

LAS SANCIONES Y EL RÉGIMEN “DE LOS ASEGURADORES Y SU CONTROL” (DEC-LEY. N° 20.091)

David Andrés HALPERÍN

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Las primeras nociones. 2.1. La norma aplicable. 2.2. La clasificación de las sanciones. 2.3. La locución de “*ejercicio anormal de la actividad aseguradora*” como antecedente de las sanciones del régimen de los aseguradores. 2. 4. La disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador.- 3. El procedimiento para la aplicación de sanciones. 3.1. Introducción. 3.2. Procedimiento. 3.3. Recurso (rectamente, demanda) pretendiendo la anulación del acto administrativo que aplica la sanción y/o revocación de la autorización para funcionar. 3.4. La prescripción de las sanciones en el régimen de los aseguradores y su control

1. Introducción

Constituye un placer colaborar en una obra colectiva tan completa sobre el Derecho Administrativo sancionador, como la que nos proponen los directores de esta obra, los Profesores Juan STUPENENGO y Natalia MORTIER. En lo personal con ambos me unen lazos académico afectivos trascendentes. Con el Dr. STUPENENGO pues su abuelo, el gran Profesor Carlos Juan Zavala Rodríguez, quien fuera profesor titular de Derecho Mercantil y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y mi padre fueron compañeros y amigos desde el día del examen de ingreso en la Facultad de Derecho allá por 1923, en la época en que no se acostumbraba el tuteo entre adolescentes como eran ambos, según reza una locución del propio Zavala Rodríguez ¹.

Por su parte, la Dra. Natalia MORTIER cursó el grado conmigo en la Universidad del Museo Social Argentino y por detalles de buen

¹ Alocución del Profesor ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., en el acto de homenaje a Isaac Halperín, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, presentado como introducción a los estudios en homenaje que conformaron tres ejemplares de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, ps. 279 y sigs.

gusto respecto de las damas no voy a precisar en qué fecha, y tiempo después la encontré como compañera de cátedra en la Universidad de Buenos Aires bajo la dirección del Profesor Guido S. Tawil.

Al ser una obra sobre Derecho sancionador me releva de examinar los temas que generalmente abordo al tratar las cuestiones referidas al Derecho Público del Seguro, tales como si la institución del seguro constituye o no un servicio público, si este último puede ser propio o impropio, o un servicio de interés general ² o es una actividad administrativa de policía, esta última como actividad que tiene como medio la coacción ³, la que se configura a través de las sanciones de policía y de allí se comienzan a tratar necesariamente, las diferencias entre las sanciones civiles y penales, las semejanzas o aseveraciones acerca de las diferencias cuali o cuantitativas entre las sanciones penales y las sanciones administrativas, entre otras.

En fin, se trata de un buen número de cuestiones que si las llevo a tratar voy a entrar en reiteraciones innecesarias, toda vez que -salvo lo atinente a si la institución del seguro se trata dentro de la dinámica de la actividad administrativa como una actividad de prestación o coacción- ya ha sido desarrollada por algún colaborador a lo largo de esta obra colectiva.

Luego de analizar con precisión las sanciones que establece la Ley (dec) N° 20.091, voy a entrar en la materia referida a la prescripción de las sanciones previstas para el régimen de los aseguradores para procurar explicar qué plazo de prescripción se va a aplicar por analogía -siguiendo algún precedente de nuestro más Alto Tribunal, que tuve el honor de patrocinar a una parte como letrado- y que fueron la referencia como contribución del suscripto a dos obras escritas en homenaje a dos grandes juristas. Primero en España con motivo del fallecimiento del gran catedrático el Profesor Sánchez Calero y poco más tarde en otro trabajo que me fue requerido por el Colegio de Abogados de Santa Fe en homenaje al Profesor

2 HUTCHINSON, Tomás (Director), HALPERÍN, David A. (Coordinador), *Tratado Doctrinario y Jurisprudencial de Derecho Administrativo*, Vol. 5 "Servicios Públicos", t. I, La Ley, Bs. As, 2010, ps. 13, 29, 30 y 31.

3 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 169. Ver además DE LA CUÉ-TARA, Juan Miguel, *La Actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, ps. 265 y sigs.

y gran maestro Don Carlos S. Fayt, cuando pasaba circunstancias desagradables como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁴.

2. Las primeras nociones

2.1. La norma aplicable

El artículo 58 de la Ley (dec) N° 20.091, en el primer párrafo regula el antecedente del conjunto de las sanciones posibles y -al respecto- establece: “Cuando un asegurador infrinja las disposiciones de esta ley o las reglamentaciones previstas en ella o no cumpla con las medidas dispuestas en su consecuencia por la autoridad de control y de ello resulte el ejercicio anormal de la actividad aseguradora o una disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador o un obstáculo real a la fiscalización, será pasible de las siguientes sanciones que se graduarán razonablemente según la conducta del asegurador, la gravedad y la reincidencia...”.

Dentro del propio artículo 58 se van estableciendo las distintas sanciones que paso a enunciar:

“...a) llamado de atención;// b) apercibimiento;// c) multa desde el 0,01 por ciento hasta 0,1 por ciento del total de primas y recargos devengados -neto de anulaciones- en el ejercicio económico anterior, que no podrá ser inferior al 0,5 por ciento del capital mínimo requerido;// de suspensión hasta de tres meses para operar en una o más ramas autorizadas o revocación de la autorización para operar como asegurador, en los casos de ejercicio anormal de la actividad aseguradora o disminución de su capacidad económico-financiera;// el asegurador no podrá alegar la culpa o dolo de sus funcionarios o empleados para excusar su responsabilidad”.

2.2. La clasificación de las sanciones

Claramente hay aquí dos clases de sanciones (que el propio legislador denomina “*penas*” como designación de la sección pertinente),

⁴ *Estudios en Homenaje a Fayt, Carlos S.*, Foro de Abogados, Santa Fe, 2012, ps. 126 y sgts.

donde claramente está anticipando la naturaleza de la sanción aplicable a los aseguradores y el catálogo de las garantías propias del Derecho Penal que le son aplicables a este tipo de sanciones.

Una de esas categorías de sanciones puede clasificarse como sanciones leves, como pueden ser las de los artículos 58 a), b) y c). En tanto, el inciso d), esto es las sanciones o penas de suspensión de hasta tres meses para operar o de la autorización para funcionar, son las sanciones graves que sólo pueden aplicarse en los supuestos de “*ejercicio anormal de la actividad aseguradora*” o de “*disminución de su capacidad económico-financiera*”.

La primera pregunta que a continuación nos debemos formular es si el “*ejercicio anormal de la actividad aseguradora*” o la “*disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador*”, pueden ser el antecedente, en sentido jurídico de la sanción para aplicar las penas de llamada de atención, apercibimiento o multa, esto es, las sanciones menores. O si conforme a la redacción del inciso d) solamente está reservada, para la aplicación de las sanciones mayores de suspensión, hasta tres meses para operar o de la revocación de la autorización para operar como asegurador.

La respuesta a esa pregunta debe encontrarse en los principios hermenéuticos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la interpretación de las leyes, donde claramente las normas penales deben interpretarse de un modo restrictivo y debe prevalecer la interpretación gramatical.

De tal modo que no resulta atendible el principio general en materia hermenéutica en el sentido de que las leyes no deben interpretarse conforme a la desnuda literalidad de sus vocablos sino computando su significado jurídico profundo (ver *Fallos*, 265:242).

Ello es así, máxime si se tiene en cuenta que la sanción por el ejercicio irregular de la actividad aseguradora podría dar un rango que ocurre desde la aplicación del mero llamado de atención hasta la revocación de la autorización para funcionar, que es una interpretación cuyo resultado es notoriamente inaceptable por inconveniente en los términos que indica la doctrina moderna ⁵.

2.3. La locución de “*ejercicio anormal de la actividad asegurado-*

⁵ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

ra” como antecedente de las sanciones del régimen de los aseguradores

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a esa frase en el fallo correspondiente a los autos “Superintendencia de Seguros de la Nación s/revocación de la autorización para funcionar de La Concordia Compañía de Seguros Argentina S.A” de fecha 13 de diciembre de 1994. El texto del fallo surge no solamente de la colección oficial de los *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* sino que ha sido objeto de comentarios en revistas especializadas de Derecho del Seguro ⁶.

Para el Alto Tribunal, la locución “*ejercicio anormal de la actividad aseguradora*” contiene un elemento fuertemente discrecional.

Es aquí, donde poseo una discrepancia con el criterio adoptado por el Alto Tribunal, toda vez que entiendo que la frase “*ejercicio anormal de la actividad aseguradora*” no constituye la atribución de una facultad discrecional sino de un concepto jurídico indeterminado.

En este sentido, corresponde destacar la obra del Profesor español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA que en su opúsculo “La lucha contra las inmunidades del poder” ⁷, señala que lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación (que en apariencia otorgaría una facultad discrecional, esto es varias decisiones todas ellas igualmente válidas y justas) en una circunstancia concreta -en cambio- no puede ser más que una, esto es, o hay ejercicio anormal de la actividad aseguradora o no, pero no existe facultad discrecional, sino que la solución es una sola.

A este respecto, tuve la oportunidad de señalar antes de ahora que “la idea fundamental que subyace en esta concepción es la siguiente: así como resulta razonable y necesario aceptar ámbitos de juicio libre en el obrar administrativo, consustanciales a la naturaleza misma de la acción gubernativa, no corresponde proyectar las consecuencias inmediatas del ejercicio auténticamente discrecional

⁶ BARBATO, Nicolás H. (Director), *Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad*, N° 27, Buenos Aires, ps. 77 y sigs. con nota del Dr. SCHIAVO, Carlos A.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1984, p. 35.

de la potestad administrativa a aquellas hipótesis en las cuales, no obstante mediar indeterminación del concepto jurídico mentado por la norma no es autorizada la libre elección de comportamiento en los órganos administrativos”⁸.

Es muy probable que en el caso concreto, en la particular de “La Concordia”, ella hubiere merecido la revocación de la autorización para funcionar, pues venía arrastrando una insuficiencia en las relaciones técnicas, y era muy probable que hubiera coexistido tanto una disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador, como un ejercicio anormal de la actividad aseguradora.

Lo que resulta jurídicamente cuestionable es que el Alto Tribunal haya calificado a la locución “ejercicio anormal de la actividad aseguradora”, como un cheque en blanco atribuido a la Superintendencia de Seguros de la Nación, como facultad discrecional (y así se desprende del propio pronunciamiento), sin advertir que técnicamente se encontraba ante un concepto jurídico indeterminado.

La situación no es menor pues esa circunstancia es tributaria a la consagración del principio de la interdicción de toda arbitrariedad. En todo caso, como lo sostuve antes de ahora “la limitación está dada por la propia norma legal que establece...” la necesaria infracción por el asegurador por las disposiciones de la ley, las reglamentaciones y los actos individuales previstas en ella, por la autoridad de control “...y de ello resulte el ejercicio anormal de la actividad aseguradora...”.

Está claro que al estar presente la conjunción copulativa “y” el intérprete debe apreciar que la intención del legislador fue vincular el anormal ejercicio de la actividad aseguradora, con alguna de las hipótesis contempladas como antecedentes de la Ley (dec) N° 20.091⁹.

2. 4. *La disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador*

⁸ HALPERÍN, David Andrés, *Estudios de derecho público del seguro*, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 145/146; GRECCO, Carlos, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, La Ley, 1980-D-1306; SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 180 y sigs.

⁹ HALPERÍN, David, *Estudios de derecho público del seguro...*, cit., p. 170.

Es ésta la otra sanción que trae aparejada la revocación de la autorización para funcionar. La disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador puede expresarse o exponerse a partir de diversas circunstancias que son técnicamente posibles de detectar frente a distintos institutos propios del régimen de las entidades aseguradoras reguladas por la Ley (dec) N° 20.091. A título de ejemplo, el régimen de capitales mínimos ha sido establecido por los artículos 30 y 31 de la Ley (dec) N° 20.091 y de tal modo establece con carácter uniforme el monto de capital mínimo como las normas destinadas a preservar su intangibilidad o integridad ¹⁰, como así también un procedimiento tendiente a la presentación de planes de regularización y saneamiento en el supuesto en que ese capital mínimo disminuya y sea necesario reintegrarlo.

Existen distintas reservas técnicas que determina la autoridad de control con carácter general en materia de siniestros pendientes, que deban constituir los aseguradores para poder atender el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados.

Estas reservas deben constituirse en la misma moneda en que fueron contraídas las obligaciones con los asegurados. Así se establece en el artículo 33. Lo que acaece es que el contrato de seguro es un contrato sumamente peculiar por su carácter aleatorio. El asegurado debe cumplir su obligación del pago de la prima y tal vez nunca necesite del pago del siniestro, pues éste quizás nunca se produzca.

Sin embargo, cuando ello ocurra, es indispensable que el asegurador posea la solvencia necesaria para atender el siniestro ocurrido. Para ello, es indispensable que se hayan calculado correctamente las reservas técnicas y que ellas se encuentren intangibles por su colocación en distintas inversiones que conforme a las necesidades de liquidez sean matemáticamente aceptables conforme a las reglas técnicas a las cuales debe acudir el Derecho cual si fuese una norma misma ¹¹.

Pero además, es indispensable una fiscalización seria y tenaz del ente de control, pues si a la Superintendencia de Seguros de la Nación no se le muestran con lealtad todos los libros que exige el

10 STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 49. MORANDI, Juan C., *La Ley N° 20.091. "De los aseguradores y su control"*, *Estudios en Homenaje a Isaac Halperín*, Buenos Aires, 1978, p. 1164.

11 SESIN, Domingo J., *Administración Pública...*, cit., ps. 202/203.

artículo 37 de la Ley N° (dec) 20.091 y sus reglamentaciones, como ser el libro en que se registran los siniestros pendientes, no se podrá constituir adecuadamente la reserva de siniestros pendientes, y es sabido que muchos aseguradores escabullen la anotación de las cédulas recibidas para evitar constituir la reserva, pues importa aumentar la pérdida o disminuir utilidad, la reserva impacta directamente sobre la cuenta de resultados.

De ello se deriva que frente a una inspección más seria algunos aseguradores descubren que no han incorporado todos los pleitos pendientes y deben incrementar la reserva de siniestros y por ende la autoridad de control los obliga a previsionar las reservas por siniestros pendientes, previsión que conforme al artículo 63.2 l.b. de la Ley (dec) N° 19.550 integra el pasivo y se torna en una suma que por más que se le otorgue un programa de saneamiento resulta inalcanzable y culmina en una situación comprendida por el artículo 58 de la Ley (dec) N° 20.091.

Cuadra aclarar que hay disposiciones en materia de capitales mínimos por ejemplo que permiten establecer medidas cautelares *per se* y determinan la liquidación forzosa y por ende culminan en la revocación de la autorización para funcionar.

En fin, no voy a profundizar íntegramente en todos los supuestos del control económico-financiero de la autoridad de aplicación en la materia sino que basta remitirse a las obras del Profesor MORANDI ya citadas, del Profesor STIGLITZ ya citada y de Nicolás BARBATO¹².

3. El procedimiento para la aplicación de sanciones

3.1. Introducción

El procedimiento para la aplicación de sanciones es el mismo que para cualquier procedimiento establecido para la emisión de un acto administrativo en sentido estricto, esto es de un acto administrativo en sentido particular.

¹² MORANDI, Juan C., *La Ley 20.091...*, cit., ps. 1164 y sigs.; STIGLITZ, Rubén, *Derechos de Seguros...*, cit., ps. 48 y sigs.; BARBATO, Nicolás, actualizador de la obra de HALPERÍN, Isaac, *Seguros, Exposición crítica de las Leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, Depalma, 2001, ps. 173 y sigs.

Corresponde señalar que en el año 1996, se sancionó el Decreto N° 722/96, que en su esencia pretendió derogar todas las normas que se alejaran de la aplicación de la Ley (dec) N° 19.549. No obstante sus loables propósitos, ya que pretendió reducir los cerca de cuatrocientos especiales que se encontraban vigentes, lo cierto es que, en general, se mantuvieron en vigencia los procedimientos anteriores a su dictado, entre ellos el establecido en la sección IV del Capítulo 2 de la Ley (dec) N° 20.091, que en sus artículos 82 y sigs. establece las reglas del procedimiento según que se trate de un acto de alcance particular o de un acto administrativo de alcance general o reglamento.

El artículo 82 de la citada Ley (dec) N° 20.091, establece que el acto administrativo (de alcance individual) a dictarse en el procedimiento deberá ser fundado, esto es motivado, siguiendo el léxico establecido en el artículo 7° inc. e) de la Ley (dec) N° 19.549, en adelante LNPA.

En consecuencia, lo que vamos a expresar seguidamente es el procedimiento (por ende necesariamente previo, establecido por ese artículo 82 de la Ley [dec] N° 20.091) en los términos del artículo 7° inc. d) de la LNPA, que es de cumplimiento ineludible, como requisito sustancial, esto es un procedimiento sustancial del acto administrativo, que en caso de omitirse acarreará necesariamente la nulidad del acto, conforme lo dispone el inciso b) del artículo 14 de la LNPA. De allí que -por cierto- no aceptemos en modo alguno la doctrina de la subsanación que permitió en distintos supuestos que diversos vicios en el requisito procedimiento del elemento formal de los actos pudiese sanearse con posterioridad.

Quienes así han razonado han puesto “el carro delante del caballo”, pues el criterio para determinar si un acto es nulo de nulidad absoluta y por ende insubsanable por definición conforme lo dispone el propio artículo 14 de la LNPA, es la gravedad del vicio. Solamente aquellos actos que porten un vicio leve (que no impidan la subsistencia del elemento viciado como tal), serán por su poca gravedad subsanables.

De lo expuesto, se desprende que el criterio para discriminar la categoría entre actos nulos y anulables, es la gravedad del vicio y no la subsanabilidad, razón por la cual, la doctrina de la subsanación carece de lógica y buen sentido que es el ámbito del Derecho¹³ y por ende de razón suficiente.

¹³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 157.

En otro orden de ideas, se trata de un procedimiento especial en el que, antes de la pretensa aplicación del Decreto N° 722/96, y dentro del régimen del Decreto N° 9101/72, constituía uno de los procedimientos especiales que al haber sido sancionados después de la sanción del Reglamento aprobado por Decreto N° 1759/72 -en adelante RNLPA-, constituía uno de los llamados “procedimientos especiales”¹⁴.

Claro está que la LNPA y el RLNPA eran de aplicación supletoria al régimen procedimental de la Ley (dec) N° 20.091, como lo propiciaba el art. 2 de la primera. De todos modos, la circunstancia de que se rigieran por un procedimiento especial, en modo alguno podía significar que no se le aplicasen a este procedimiento como a todo procedimiento de los denominados “especiales” ni los principios fundamentales del procedimiento administrativo, como ser el “debido proceso adjetivo” (máxime hoy cuando la doctrina y la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, han definido la aplicación al procedimiento administrativo del principio derivado del Pacto de San José de Costa Rica, que postula el derecho a la tutela administrativa efectiva, derivado de la tutela judicial efectiva)¹⁵ y ¹⁶.

Por otro lado, también son plenamente aplicables los distintos requisitos del acto administrativo, establecidos en el art. 7 de la LNPA, pues claro está, no resulta imaginable la presencia de un acto administrativo cualquiera fuese el procedimiento especial que lo rigiese, que careciera de causa, motivación, finalidad, objeto, etc.¹⁷.

3.2. Procedimiento

Esta etapa embrionaria del procedimiento presupone que uno o más órganos sea de la Administración activa, sea de la Admi-

14 LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, 1974, p. 14.

15 CANOSA, Armando N., *Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos*, Astrea-RAP, Buenos Aires, 2017, ps. 86 y sgts.

16 CABRAL, Julio, *Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 23.

17 CABRAL, Julio *Ámbito de aplicación...* cit., p. 23.

nistración consultiva de la Superintendencia de Seguros de la Nación, le han formulado distintas observaciones o imputaciones a un asegurador. Luego de ello, con arreglo al procedimiento reglado en este artículo 82 la autoridad de aplicación deberá correrle traslado a dicho asegurador de las imputaciones u observaciones que hubiere por el plazo de diez (10) días hábiles administrativos.

El asegurador podrá: a) oponer todas las defensas que hagan a sus derechos; b) ofrecer la prueba acompañando la prueba instrumental o documental o en su defecto indicar dónde se halla; c) ofrecer la prueba testimonial, puntualizando los hechos sobre los cuales habrán de deponer los testigos por él ofrecidos; d) proponer la prueba pericial, indicando la especialización de los expertos y los puntos de pericia, y e) ofrecer enunciando los demás medios de prueba de los cuales intentará valerse.

Antes de continuar con el examen del resto de las normas, deseo aclarar que dentro de la concepción de la Ley (dec) N° 20.091, existe la creencia de que se está frente a la primera instancia, esto es, que se asemeja el acto administrativo definitivo que resuelve este procedimiento, a la sentencia de primera instancia, y que el recurso al que se aludirá *infra* es un recurso, cual si fuera ante la Excelentísima Cámara Comercial, como un recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones donde el asegurador se debe agraviar cual si el acto administrativo definitivo fuese una sentencia, no teniendo conciencia de que la naturaleza jurídica de ese recurso, al que todos llamamos técnicamente “recurso directo” es en rigor, una demanda ¹⁸.

De conformidad con el régimen establecido en el art 82 de la Ley (dec) N° 20.091, se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a “desechar por resolución fundada cualquier prueba indicada u ofrecida”. Las causas por las cuales la Superintendencia de Seguros de la Nación puede adoptar tal decisión -rectamente, tal acto administrativo interlocutorio o de mero trámite- no están precisadas en la norma especial. Sin embargo, son de plena aplicación las disposiciones del LNPA y del RLNPA. A este respecto, me voy a referir a un trabajo anterior en el que

18 HUTCHINSON, Tomás *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa fe, 2009, p. 17. Ver, además, t. III, Cap. XXVI.

estudié la admisibilidad de las pruebas en el procedimiento administrativo ¹⁹.

Allí señalé que el art 46 de la LNRPA disponía que la Administración, de oficio o a pedido de parte, pudiera disponer la producción de la prueba respecto de los hechos invocados que fueran conducentes para la decisión y que fijara un plazo para su producción. También señalé que esa disposición declara admisibles todos los medios de prueba, salvo que fueran manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios. Sostuve que se debía relacionar esa disposición reglamentaria que dispone en el art. 1, inc. f), apart. 2do.) de la LNPA que debe producirse la prueba que fuese pertinente ²⁰.

Por pertinencia de la prueba debe entenderse una noción que se relaciona con su idoneidad entendida como la adecuación entre los datos que ella tiende a proporcionar y los hechos sobre los que versa el objeto probatorio. En tanto, el concepto de admisibilidad de la prueba se relaciona con la posibilidad jurídica del medio propuesto para producir la prueba o con el tiempo, la forma de su ofrecimiento y agregación. Concluía entonces, que “se podría entender que el concepto de pertinencia o impertinencia del art. 1, inc. f) apart. 2do. de la LNPA, es el regulado por el art. 46 del RLNPA”.

De allí sostuve la conclusión de que “...en caso de duda, se deberá producir la prueba ofrecida; siempre que no se configure uno de los supuestos previstos en el art. 46...” pues si la prueba no es pertinente, entonces no debe producirse ²¹.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, surge con claridad que mientras en el régimen especial de la Ley (dec) N° 20.091 el plazo de prueba se fija en 20 días, en cambio, en el RLNPA se delega en la Administración la facultad de señalar el término de prueba.

En cuanto a la prueba pericial, el RLNPA contiene un régimen general que deriva de la propia LNPA en virtud de la cual la Admi-

19 HALPEÍN, David A., “La prueba en el procedimiento administrativo. El Alegato”, en la obra colectiva dirigida por TAWIL, Guido S. *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 296.

20 HALPERÍN, David A., “La prueba en el procedimiento administrativo...”, cit., p. 296.

21 HALPERIN, David A., “La prueba en el procedimiento administrativo...”, cit., ps. 296/297.

nistración está constreñida a esclarecer la verdad jurídica objetiva, conforme a su art 1, inc. f) apart. 2do.), y para ello, debe requerir los informes y dictámenes que resulten menester. Concordantemente, el art. 48 del RLNPA clasifica a los informes en informes no técnicos -que, en general, no se diferencian en demasía de los que como prueba informativa indica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 396 y siguientes-, y los informes técnicos y dictámenes que sí forman parte de la denominada Administración consultiva que conforman el parecer de los órganos administrativos con idoneidad técnica especial y que deben ser el soporte técnico para los órganos de la Administración activa. En tanto, todo el régimen de la prueba pericial está limitado, exclusivamente, como derecho de los particulares y le está vedado a la Administración ofrecer prueba de ese tipo. Además, la producción de la prueba de peritos se encuentra sumamente limitada con un régimen muy estricto, en virtud del cual ante el mínimo incumplimiento de determinados plazos, el particular pierde el derecho a producir la prueba, no obstante que los plazos en el procedimiento administrativo no son perentorios²² ni existe la preclusión como institución procedimental dentro del procedimiento administrativo²³.

En tanto, en el régimen especial cuadra destacar que, como la norma de la Ley (dec) N° 20.091 no establece el deber de la Superintendencia de Seguros de la Nación de producir otra prueba pericial que la ofrecida por la parte, no podría aplicar las disposiciones restrictivas sobre este medio de prueba que prevé el RLNPA sin agraviar severamente el derecho de defensa del asegurador.

A mayor abundamiento, respecto de este medio de prueba, quiero destacar que el art. 82 señala que en una primera audiencia y siempre que se repute procedente la prueba pericial ofrecida, se desinsaculará "...de las listas que anualmente confeccionará el Tribunal de Alzada, integradas por actuarios, contadores públicos y profesionales universitarios especializados en la materia. En el supuesto de no haberse confeccionado esas listas de peritos se solicitará del tribunal de Alzada que los designe, a cuyo efecto oficiará

22 HALPERÍN, David A., su comentario al art. 1 de la Ley N.º 19.549 *Procedimiento Administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 117 y sgts.

23 FIORINI, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 37.

la Superintendencia expresando la materia de la pericia y los puntos propuestos”.

He transcripto esta disposición de la norma, pues es la que da un acabado sentido a lo que manifesté párrafos más arriba en lo atinente a que los autores de lo que, en definitiva, fue la Ley (dec) N° 20.091, entendieron que la Superintendencia de Seguros de la Nación constituía una suerte de primera instancia y asimilaban el acto administrativo de la Superintendencia de Seguros de la Nación a la sentencia definitiva de primera instancia y el recurso que se debía interponer en cinco días, en forma fundada era un recurso símil del recurso judicial y no una demanda, cual es su naturaleza jurídica.

La prueba de testigos no contiene mayores precisiones más allá de que, al ofrecerlos, se deben enunciar los hechos sobre los cuales deberán deponer. Agrega que es la Administración la que puede citar y hacer comparecer a los testigos. Sin perjuicio de los hechos, cuadra señalar lo siguiente: a) a diferencia del RLNPA la carga de la comparecencia de los testigos se encuentra a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de tal manera que no resulta aplicable el art. 50 del RLNPA por el cual se pierde el testimonio si el testigo no comparece a las audiencias fijadas; b) se fijan día y hora para la audiencia y para una supletoria, las que deben ser notificadas al particular, y la ausencia de las partes no obstará al interrogatorio de los testigos presentes (art. 50 RLNPA).

Finalmente, cuadra poner de manifiesto que los actos administrativos interlocutorios y de mero trámite, dictados durante el procedimiento, son irrecurribles, debiendo plantearse los agravios respectivos al momento de deducir el recurso especial previsto en el régimen especial que, técnicamente, constituye una demanda.

Luego de alegar, la Superintendencia de Seguros de la Nación debe dictar resolución, esto es, emitir su acto administrativo, dentro de los quince días.

3.3. Recurso (rectamente, demanda) pretendiendo la anulación del acto administrativo que aplica la sanción y/o revocación de la autorización para funcionar

Una vez dictado el acto administrativo, y notificado al asegurador, éste posee un plazo de cinco días computados a partir del día siguiente al de su notificación, para interponer ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, si la aseguradora estuviera domiciliada o inscrita en la Capital Federal. En tanto, los asegura-

dores inscriptos en el interior, esto es, fuera de la Ciudad de Buenos Aires, podrán apelar ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires.

El recurso se interpondrá ante la Superintendencia de Seguros de la Nación, dentro del mencionado plazo de cinco días, con el memorial en el cual se expondrán los fundamentos y, en su caso, se reproducirán los agravios motivados por decisiones adoptadas durante el procedimiento administrativo, como también por aquellos actos que rechazaron pruebas que las partes hubiesen reputado pertinentes.

La Superintendencia concederá o denegará el recurso (cual si fuese un órgano judicial, lo que es impropio de los recursos administrativos ²⁴), y después agrega que el recurso se concede en ambos efectos -esto es, con efecto suspensivo-, circunstancia que en más de una oportunidad provocó equívocos pues importa una excepción al principio de la ejecutoriedad del acto administrativo, establecido por el art. 12 de la LNPA.

Esta situación, vino a tener solución con motivo de la sanción de la Ley N° 24.241 que modificó en su art. 155, la redacción de distintas disposiciones de la Ley (dec) N° 20.091, entre ellas, las del art. 86 en el que previó distintas medidas cautelares que podía requerir la Superintendencia de Seguros de la Nación, que además eran causales, sea del ejercicio anormal de la actividad aseguradora, sea de la disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador, y con ello, eran causales de revocación de la autorización para funcionar.

Tales medidas cautelares, de ser recurridas, se concedían con efecto suspensivo, efecto que se traslada con posterioridad al recurso interpuesto en los términos del art. 82, con lo cual se vino a poner coto a una situación confusa, y que fui testigo de cómo llevó a confusión a distinguidos profesores de Derecho Administrativo, pensando éstos que era de aplicación el art. 12 de la LNPA, cuando no lo era.

3.4. La prescripción de las sanciones en el régimen de los aseguradores y su control

El régimen de sanciones previsto en el art 58 de la Ley (dec) N° 20.091, en momento alguno contempla el régimen de prescripción de

²⁴ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Cap. 10, FDA, Buenos Aires, 2000, ps. 15/16.

dichas sanciones. Como se señaló, resulta de aplicación el régimen, principios y garantías del Derecho Penal a esta clase de sanciones y, por ende, además le es aplicable el régimen de prescripción. Así lo ha entendido tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el pronunciamiento del 30 de diciembre de 2010, en la causa “Superintendencia de Seguros de la Nación c/La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales s/Organismos Externos” - Expte. N° 24.174/2010, como en esas actuaciones la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En este sentido, como patrocinante de un auditor de la compañía, frente a la aplicación de la sanción, invoqué la prescripción pues se le había aplicado la pena de inhabilitación que prescribía dentro del plazo de un año. La cuestión se centraba así, dentro del año de la comisión de la falta, había sido llamado al símil de la declaración indagatoria, que viene a ser la imputación dentro de un procedimiento previo a la aplicación de la sanción, en el cual se le da “traslado” de dicha imputación y se le indican con precisión los hechos que se le imputan y las pruebas que exciten contra él. Se asemeja al traslado que prevé la Ley (dec) N° 20.091, donde se mencionan las “observaciones” que le formulan los funcionarios de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Tanto la señora Fiscal, ante la Excma. Cámara, como la Sala A del fuero sostuvieron que no había transcurrido ese plazo, cuando ostensiblemente sí había transcurrido y, por ende, sostuvieron que no había ocurrido la prescripción. Interpuesto el recurso extraordinario, él fue rechazado y luego nuestro más Alto Tribunal hizo lugar a la queja, indicando que había transcurrido el plazo de un año que antes mencioné y que correspondía disponer la prescripción de la sanción ²⁵.

Ahora bien, el Código Penal en el artículo 59 prevé distintas formas de extinción de la acción penal y entre ellas en su inciso 3° establece que tal extinción se producirá “... *Por la prescripción;*...” (texto del artículo según la Ley N° 27.147).

El artículo 60, regula los efectos de la renuncia de la persona ofendida en el ejercicio de la acción penal, y el artículo 61, lo atinente a los efectos de la amnistía, tanto respecto de la acción penal

25 CSJN, 2/10/2012, “Superintendencia de Seguros de la Nación c/La Economía Comercial S.A. de seguros generales y otro s/Organismos Externos”.

como de la eventual condena. Tanto la acción, como las penas tienen plazos de prescripción, en los artículos 62 y 65 del Código Penal.

Me voy a referir en primer lugar a la prescripción de la acción penal establecida en el artículo 62 y según veremos la aplicación analógica de dichas normas respecto de las acciones por las sanciones de los aseguradores, posee distintas cuestiones. El inciso 1º que establece el plazo de prescripción de quince (15) años respecto de la imputación de delitos cuya pena fuese de reclusión o prisión perpetua, no pareciera, por vía de principio aplicable por analogía.

Tampoco pareciera aplicable el máximo de la pena cuando la reclusión o prisión fuese por un término o plazo menor, no pudiendo ser inferior al de dos años. La falta de analogía se configura por los términos reclusión o prisión, y solamente son aplicables los siguientes supuestos.

Veamos: el inciso 3º del artículo 62 del Código Penal establece que prescribe la acción penal a los cinco (5) años cuando se tratare de un hecho reprimido con inhabilitación perpetua. El inciso 4º, establece que prescribirá la acción penal al año cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal. Y finalmente, el inciso 5º establece como plazo de prescripción penal de la acción de dos (2) años cuando se trate de hechos reprimidos con multa.

Adviértase que para aplicar estas sanciones debe acudirse al régimen de prescripción del Código Penal, pues las sanciones de apercibimiento y llamado de atención tienen tan sólo como posible plazo de prescripción el del inciso 4º del artículo 62 del Código Penal, que es el plazo de prescripción de un (1) año, asimilando el llamado de atención y el apercibimiento a una inhabilitación temporal.

En tanto, la sanción de multa establecida en el inciso c) del artículo 58 de la Ley (dec) N° 20.091, tiene como plazo de prescripción de la acción fijado por el artículo 62 del Código Penal, el de dos (2) años.

Las sanciones más graves son las establecidas en el inciso d) del artículo 58 de la Ley (dec) N° 20.091. Estas sanciones tienen frente a los plazos de prescripción, distinta naturaleza a los fines de aplicarles analógicamente los plazos de suspensión de la prescripción, establecidos en el artículo 62 del Código Penal. En tal sentido, podrá aplicarse para los casos de “ejercicio anormal de la actividad aseguradora” o “disminución de su capacidad económico-financiera”, las sanciones de “suspensión hasta de tres (3) meses para operar en una o más ramas autorizadas” o la más grave de “revocación de la autorización para operar como asegurador”.

Claramente la sanción de “suspensión hasta de tres (3) para operar en una o más ramas autorizadas” se asimila a una “inhabilitación temporal” de donde le resulta aplicable analógicamente el artículo 62 inciso 4º del Código Penal, y el plazo de prescripción de la acción será de un año.

En tanto, la revocación de la “autorización para funcionar” es indudablemente asimilable a la sanción contemplada a la “inhabilitación perpetua”. En este último supuesto, el plazo de prescripción de la acción será de cinco (5) años.

Adviértase que existe una contradicción entre los plazos de prescripción de la acción penal aplicables por analogía, toda vez que los plazos de prescripción de la acción penal por la sanción de multa resultan ser mayores respecto de una sanción que es menor, que la sanción establecida para la “suspensión de hasta tres meses para operar en una o más ramas”, posee un plazo de prescripción de un año, que es menor al establecido para la sanción de multa, que castiga hechos menos graves.

Ante esta situación el asegurador que se encuentre frente a hechos que pueden ser objeto de una sanción de multa, podrá invocar el principio del Derecho Penal de “*la ley penal más benigna*”, reconocida tanto por el artículo 2 del Código Penal como así también por distintos Pactos de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional -a diferencia que en el Derecho interno y hasta la Constitución de 1994 el mencionado principio poseía sólo categoría legal y ahora en virtud del artículo 75 inciso 22 posee jerarquía supra legal-²⁶.

Por cierto que el artículo 67 del Código Penal con la modificación establecida por la Ley N° 27.206 del año 2015, establece que la prescripción se interrumpe con el primer llamado a una persona con el objeto de recibirle declaración indagatoria. En ese artículo 67, como lo indiqué en forma genérica más arriba, se establecen los supuestos de interrupción de la prescripción en forma muy precisa y se ha dejado de lado el concepto de “secuela de juicio” que era un supuesto sumamente complicado y que era una norma sumamente complicada para interpretar de la cual quedaba muchas veces al arbitrio del tribunal, si una resolución judicial o acto procesal era o no secuela de proceso.

²⁶ Ver entre otros, el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Ley N° 23.054: BO del 27/3/1984, y artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por Ley N° 23.313: BO del 13/5/1986.