

Instituto de Ciencias del Seguro

# **TEMAS RELEVANTES DEL DERECHO DE SEGUROS CONTEMPORÁNEO**

CILA  
(COMITÉ IBEROLATINOAMERICANO DE AIDA)  
X CONGRESO

Edición a cargo del

**Prof. Osvaldo Contreras Strauch**  
Coordinador Académico del Congreso  
Presidente del CILA



FUNDACIÓN MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito del autor o del editor.

© 2008, FUNDACIÓN MAPFRE  
Carretera de Pozuelo 52  
28220 Majadahonda. Madrid

[www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro](http://www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro)  
[publicaciones.ics@mapfre.com](mailto:publicaciones.ics@mapfre.com)

ISBN: 978-84-9844-136-9  
Depósito Legal: SE-7560-2008

## PRESENTACIÓN

La FUNDACIÓN MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales. En el marco de la Fundación, el Instituto de Ciencias del Seguro promueve actividades de formación y de investigación en el campo del Seguro y la Gerencia de Riesgos tanto en España como en América Latina.

Para el mejor desarrollo de la labor formativa e investigadora, la Fundación cuenta con un centro de información documental con mas de 100.000 referencias y una biblioteca que da soporte a las actividades anteriores y que presta sus servicios al sector profesional especializado en el ámbito del Seguro, la Gerencia de Riesgos, la Seguridad y el Medio Ambiente:  
*[www.fundacionmapfre.com/documentacion](http://www.fundacionmapfre.com/documentacion)*

El Instituto promueve la edición impresa y en formato electrónico de libros, cuadernos de trabajo, informes y estudios de investigación y además, edita una revista especializada en Gerencia de Riesgos y Seguros.

Estas publicaciones, constituyen el medio de divulgar los resultados de investigaciones o estudios cuya actualidad o temática pueden resultar de interés para el público especializado.



## ÍNDICE

PRÓLOGO .....	1
TEMA I. FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA .....	17
Oswaldo Macías Muñoz y Fernando Pérez Jiménez	
Ponencia 1. Fiscalización de la actividad aseguradora y protección del consumidor .....	75
Oswaldo Contreras Strauch	
TEMA II. LA EXIGIBILIDAD DE LA CONTRIBUCIÓN DEL REASEGURO	99
Alberto Baumeister Toledo	
Ponencia 1. La exigibilidad de la contribucion del Reaseguro .....	117
Francisco Fernández Guerra Fletes	
Ponencia 2. Exigibilidad de la contribución del Reasegurador .....	123
Nancy Anamaría Vilá	
TEMA III. EL INTERÉS ASEGURABLE. ESPECIAL MENCIÓN A LOS SEGUROS DE PERSONAS .....	137
Ponencia 1. Hacia una doctrina del interes asegurable .....	137
Walter Villa Zapata	
Ponencia 2. O interesse segurável e os seguros de pessoas .....	159
Angélica Lucía Carlini	
Ponencia 3. El interés asegurable. Especial mención a los seguros de personas .....	171
Eberhard S. Von Lücken G.	
Ponencia 4. El interés asegurable. Su relevancia en el seguro .....	189
Oswaldo Contreras Strauch	
Ponencia 5. Concepto de interés en el seguro de daños .....	227
Humberto Ruiz Quiroz	
Ponencia 6. Interesse asegurado no código civil brasileiro .....	245
Renato Bechara Santos y Ricardo Bechara Santos	

Ponencia 7.O interesse segurável e a boa-fé objetiva nos contratos de seguro .....	265
Keila Christian Zanatta Manangão Rodrigues	

TEMA IV. LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	285
---	-----

Ponencia 1. Las acciones relacionadas con el seguro de Responsabilidad Civil .....	285
Juan Manuel Diaz Granados	

Ponencia 2. Los seguros de protección e indemnización (P&I) y la responsabilidad civil por contaminación marina según la legislación chilena .....	335
Eugenio Cornejo Lacroix	

Ponencia 3. Las coberturas de riesgos de responsabilidad civil. Los operadores de carga multimodal. Las coberturas ofrecidas por las Compañías de Seguros y los Clubes de Protección e Indemnización ..	363
Ana María Rojas Villamil	

Ponencia 4. Acción de constitución del fondo de limitación de responsabilidad por contaminación marina .....	371
Ricardo Abuaud Dagach	

Ponencia 5. Breves comentários sobre a responsabilidade civil, o seguro de responsabilidade civil e seu formato no Brasil e importancia no desenvolvimento das empresas e para o consumidor .....	377
Washington Luís Bezerra da Silva	

Ponencia 6. Consideraciones acerca del seguro de transporte de mercancías y su coexistencia con el seguro de responsabilidad civil del transportador .....	393
Leonardo Umaña	

Ponencia 7. Breves notas sobre a acção directa contra os P&I Clubs .	403
Luis Filipe Caldas	

TEMA V. EL SEGURO DE GRANDES RIESGOS .....	411
--	-----

Ponencia 1.El seguro de grandes riesgos .....	411
Geraldine Ifrán y Andrea Signorino Barbat	

Ponencia 2. Aspectos jurídicos da cláusula de depreciação nos Contratos de Seguros de Danos .....	429
Sergio Ruy Barroso De Mello	

Ponencia 3. El seguro de grandes riesgos .....	437
Alberto Javier Tapia Hermida	
TEMA VI. LA DEFENSA DEL ASEGURADO: JUSTICIA ORDINARIA, ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y DEFENSOR DEL ASEGURADO .....	451
Ponencia 1. La mediación y la defensa del asegurado .....	451
Carlos Alberto Schiavo	
Ponencia 2. El Defensor del Asegurado .....	467
Héctor Miguel Soto	
Ponencia 3. Arbitraje y mediación como medios para solución de conflictos en el seguro .....	489
Fernando Sánchez Calero y Miguel Sánchez-Calero Guilarte	
Ponencia 4. A Mediação e o defensor do segurado .....	511
Manuel S. Soares Póvoas	
Ponencia 5. La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (publicada en el Diario Oficial de la Federación, 18 de enero de 1999) .....	523
Horacio Castellanos Fernández	
Ponencia 6. Los conflictos de intereses en el seguro y la buena fe .....	537
Oswaldo Contreras Strauch	
Ponencia 7. Autorregulación en materia de seguros (una breve exposición de la experiencia boliviana) .....	579
María Sandra Ramírez Bernal	
COLECCIÓN “Cuadernos de la Fundación” .....	587
Instituto de Ciencias del Seguro	





## PRÓLOGO

Constituye para nosotros un motivo de profunda satisfacción, poder presentar a los abogados especialistas en Derecho de Seguros del ámbito jurídico luso ibero latinoamericano, los frutos académicos del X Congreso del CILA (Comité Ibero-latinoamericano de AIDA), celebrado en la ciudad de Viña del Mar, entre el 7 y el 10 de noviembre de 2007.

En efecto, en el presente volumen están contenidos los trabajos preparados por los relatores de los diferentes temas que fueron tratados, así como también, las ponencias individuales que, en relación a dichos temas, fueron presentadas por los abogados pertenecientes a las secciones nacionales de los distintos países afiliados a AIDA y al CILA.

Dichos temas, que fueron abordados, desarrollados y discutidos en el X Congreso del CILA, son algunos de los que tienen mayor importancia e interés dentro de la disciplina del Derecho de Seguros y constituyen un positivo aporte para el desarrollo del ramo. Es por ello que hemos dado a esta obra el título “Temas Relevantes del Derecho de Seguros Contemporáneo”.

La exposición de cada tema fue seguida por un rico intercambio de ideas que no hizo otra cosa que confirmar la relevancia que tales tópicos tienen para la disciplina del Derecho de Seguros.

El Tema I del Congreso, lleva por título La Fiscalización de la Actividad Aseguradora y la relación del trabajo principal estuvo a cargo de don Osvaldo Macías Muñoz, Intendente de Seguros de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile y de don Fernando Pérez Jiménez, abogado de dicha Superintendencia, correspondiendo hacer de correlator al Licenciado Luis Eduardo Iturriaga Velasco, de AMEDESEF (Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas), Capítulo Mexicano de AIDA.

La importancia de este tema es evidente. En efecto, en todos los países existen entidades fiscalizadoras y regulatorias de la actividad aseguradora, que se ocupan tanto de los aspectos relacionados con el control de la solvencia financiera, como de supervigilar y regular las actividades que desarrollan las compañías de seguros, de reaseguros, corredores de seguros y reaseguros y los liquidadores o ajustadores de siniestros. Los entes fiscalizadores ejercen control, también, sobre las pólizas y cláusulas adicionales usadas en el mercado y sobre los problemas que surgen de la contratación y cumplimiento de las obligaciones y deberes de todos los actores que intervienen en el comercio de seguros.

Con ocasión del ejercicio de dicho comercio, la intervención de los entes fiscalizadores resulta de frecuente ocurrencia, cuando se producen conflictos entre los diversos actores que intervienen en él, y muy particularmente, cuando se trata de casos de relevancia pública y/o cuando los asegurados presentan reclamos por la negativa a proporcionar una cobertura o la demora en el ajuste o el pago de un siniestro.

Resulta de sumo interés examinar las finalidades, la forma y los límites de la actividad fiscalizadora, para brindar un espacio de discusión académica, tanto a los entes fiscalizadores, como a los fiscalizados, esto es, las compañías de seguros, de reaseguros, corredores de seguros y reaseguros y los liquidadores o ajustadores de siniestros, por la vía de artículos, comunicaciones y ponencias y su examen en el marco del Congreso.

En efecto, el Derecho de Seguros esta integrado por tres grandes partes o divisiones académicas. La primera parte esta constituida por las normas que rigen el contrato de seguro, es decir, la naturaleza, formación y ejecución de este contrato, tanto en la esfera de los seguros terrestres, marítimos o aéreos, y ya sean de daños, reales o patrimoniales, o de personas. En esta parte se analiza, también, a los diferentes “ramos” o modalidades del seguro, incluyéndose aquí el estudio de aquel aspecto tan importante como lo es el reaseguro, sin cuya existencia, seguramente no existiría la industria aseguradora.

La segunda parte consiste en la regulación legal de la comercialización, que algunos han optado por denominar, la distribución del seguro, lo que comprende, a su vez, a las normas que rigen a la venta directa, a los intermediarios, corredores y agentes de seguros y la fiscalización por el órgano gubernamental correspondiente, de las pólizas y cláusulas autorizadas para ser comercializadas.

Por último, forma parte del Derecho de Seguros la regulación institucional de la actividad aseguradora, concretamente, la que recae sobre las compañías de seguros y reaseguros, abarcando aspectos tan variados como las normas sobre constitución de dichas empresas, el capital y reservas que deben constituir en respaldo de su solvencia financiera, la regulación de las agencias o subsidiarias de compañías extranjeras que operan en el país, la regulación de la contratación de seguros en el extranjero, las normas sobre legislación y jurisdicción aplicable a los conflictos en materia de seguros y reaseguros y, por último, las que regulan las dificultades financieras y la quiebra de este tipo de entidades.

El trabajo preparado por los relatores de este primer tema aborda, precisamente, la forma como se aplica el control gubernamental de la actividad aseguradora, haciendo un amplio análisis respecto a los principios que inspiran la regulación chilena, examinando las normas reguladoras que se han ido concordando al interior del IAIS (International Association of Insurance Supervisors)<sup>1</sup>, y se

---

<sup>1</sup> Vid. <http://www.iaisweb.org/>

caracteriza por su amplitud y profundidad, de modo que estamos ciertos que servirá de base para incentivar el debate académico entre los especialistas en Derecho de Seguros en el ámbito internacional.

Entre los principales aspectos que toca este trabajo, cabe mencionar al denominado “modelo de supervisión”, que se examina estudiando el que actualmente aplica la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile en paralelo con el modelo de supervisión de la LAIS, tanto en lo que se refiere a la solvencia como al gobierno corporativo de las entidades fiscalizadas.

El trabajo analiza, luego, la reglamentación y control de la actividad aseguradora; el régimen jurídico de la protección del asegurado, en particular de los “asegurados consumidores”; la intervención de la autoridad en las reclamaciones de seguros, su naturaleza y alcances; la supervisión sobre las condiciones generales de la contratación en el ámbito del seguro, que se concreta en el examen preventivo de la legalidad y claridad de los modelos de pólizas y cláusulas; la regulación de la oferta y comercialización de seguros y, por último, termina abordando los aspectos relacionados con las situaciones de déficit y sobre endeudamiento de las compañías aseguradoras y reaseguradoras y los procedimientos relativos a la liquidación y quiebra de las mismas.

Complementa al trabajo presentado por los relatores oficiales del Tema, una ponencia elaborada por quien suscribe este prólogo, denominada “Fiscalización de la Actividad Aseguradora y Protección del Consumidor”, que, como su nombre lo indica, aborda dos grandes temas. El primero es el relativo a la supervisión de las entidades y los profesionales que se desenvuelven y llevan a cabo la actividad aseguradora, analizando el tema de la protección del orden público y del interés general en el seguro, y sus manifestaciones más importantes, que son el carácter imperativo que asumen ciertas normas legales que rigen al contrato de seguro y todas las que regulan la actividad aseguradora; los seguros obligatorios, de gran importancia en algunos países; la regulación de los modelos de contratos y las cláusulas tipo, incluyendo las normas relativas al idioma y la letra del contrato; la distinción que, en cuanto a la naturaleza y los objetivos de la supervisión del contrato de seguro debe hacerse entre seguros comunes y seguros de grandes riesgos; las disposiciones relativas a la comercialización del seguro, tocando en particular las relativas a la información y asesoría a que tiene derecho el asegurado y sobre los requisitos que debe cumplir la publicitación del seguro. Dentro de este rubro, el trabajo aborda el estudio de las normas sobre la prueba del contrato y sus modificaciones y sobre la interpretación judicial del mismo, del siniestro y de los daños causados por él y también sobre la prueba de las exclusiones, en contraste con la presunción legal de cobertura del siniestro. Por último se analiza el tema de las cláusulas ambiguas, equívocas o contradictorias.

La segunda parte del trabajo esta orientada a analizar la aplicación al contrato de seguro de la Ley de Protección del Consumidor. Aquí se examina el ámbito de aplicación de la LPC; si el asegurador puede o debe ser considerado o no,

un proveedor y el asegurado un consumidor; y las materias no regladas por la ley que rige al contrato de seguro y en las que puede ser aplicable la LPC. Se estudia acto seguido el derecho del consumidor a la reparación e indemnización adecuada y oportuna; y a poner término unilateralmente a los contratos celebrados por medios electrónicos. Posteriormente se analiza la obligación del proveedor de respetar los términos, condiciones y modalidades, conforme a las cuales ha ofrecido o convenido con el consumidor la prestación del servicio y las disposiciones de LPC relativas a los contratos de adhesión y a la información y publicidad.

Termina este trabajo examinando las normas procesales que contempla la LPC, incluidas las que regulan el ejercicio de las acciones colectivas o de clase.

Como en muchos otros temas del que es tan rico el Derecho de Seguros, es indudable que en el tema de la supervisión de la actividad aseguradora hay intereses contrapuestos. El asegurador, y el resto de los intervinientes en la industria, reclaman la mayor libertad posible en el ejercicio de sus actividades profesionales, en tanto que los asegurados, y el legislador y los órganos del Estado, en protección de aquellos, estiman indispensable ejercer el control, tanto de la actividad y solvencia financiera y profesional de los actores del comercio de seguros, como de los contratos de seguros, su ejecución, cumplimiento e incumplimiento, y sobre las disputas que surjan en torno a ellos, sobre todo los que utiliza el grueso público.

El Tema II del Congreso versó sobre la Exigibilidad de la Contribución del Reaseguro y la exposición del trabajo principal presentado, estuvo a cargo del abogado Sr. Alberto Beaumeister Toledo, en representación de la Sección Venezolana de AIDA (AVEDESE), correspondiendo desempeñarse como correlator al abogado Sr. Sergio Ruy Barroso de Mello, representando a la Sección Brasileña de AIDA. La trascendencia de este tema salta a la vista si se considera que el momento en que se torna exigible la obligación del reasegurador de pagar la correspondiente contribución de reaseguro a la cedente, no ha sido siempre un tema pacífico.

Es así como hay quienes asimilan el Reaseguro a un contrato de seguro de responsabilidad de reembolso, en el que la contribución del reasegurador se toma exigible a condición y sólo una vez que el reasegurado ha pagado la indemnización al asegurado directo, salvo un acuerdo expreso distinto. Tal posición no es compartida por otros, quienes estiman que el reaseguro es un contrato de indemnidad patrimonial, destinado a proteger el patrimonio de la cedente, tanto económica como financieramente, por lo que el reasegurador debe contribuir con su participación en el siniestro antes de que el asegurador se vea legalmente obligado a pagar al asegurado directo.

Para quienes así opinan, el siniestro en el contrato de reaseguro tiene lugar con el nacimiento de la deuda en el patrimonio de la cedente/reasegurada, con independencia de que haya indemnizado o no al asegurado directo.

Sostienen estos últimos que esta solución es igualmente aplicable a los contratos automáticos proporcionales cuando se trata de siniestros de pago al contado (“CASH LOSS”). Este tema es de una permanente actualidad y de gran relevancia, puesto que en siniestros con pérdidas cuantiosas, puede, incluso, llegar a verse amenazada la estabilidad financiera del asegurador directo, si no recibe la contribución de reaseguro antes de ser forzado al pago de la indemnización a su asegurado.

La jurisprudencia norteamericana e inglesa se ha inclinado por la segunda posición, concluyendo por ejemplo: (i) que no es necesario que el asegurador haya pagado el siniestro al asegurado antes de que proceda su reclamo en contra del reasegurador; (ii) que la insolvencia del asegurador no afecta la responsabilidad del reasegurador, como tampoco su imposibilidad de pagarle al asegurado; y (iii) que en ausencia de una cláusula contractual expresa, ni el pago del reclamo al asegurado directo, ni el pago de la prima de reaseguro por el reasegurado es una condición previa o precedente de la responsabilidad del reasegurador.

A partir de ciertas precisiones preliminares, el trabajo presentado por el relator examina el tema, comenzando por debatir qué es lo que debe entenderse por exigibilidad de la contribución del reaseguro y continuando con el análisis de la determinación del momento en que son exigibles las obligaciones a cargo del reasegurador frente a su cedente (reasegurado), las diferentes posiciones doctrinarias y los casos de excepción, terminando por proponer sus conclusiones.

Complementan la exposición del tema efectuada por el relator oficial, dos ponencias, que llevan, ambas, el mismo título que el tema del Congreso a que se refieren. La primera fue presentada por el Lic. Francisco Fernández Guerra Fretes, de la Sección Mexicana de AIDA y la segunda por la especialista argentina Nancy Anamaría Vilá.

El primero concentra su atención sobre lo que denomina “los límites aparentes de la obligación del reasegurador de seguir la suerte del reasegurado”. El segundo aborda el tema partiendo por estudiar primeramente el tema de fondo, esto es, la ocasión en que el reasegurador debe cumplir su obligación de pago, para luego hacer un distingo entre el concepto y la realidad, prosiguiendo por examinar la cobertura de los riesgos que otorga el reasegurador, su obligación de pago y el momento en que dicho pago se hace exigible distinguiendo entre los reaseguros proporcionales y no proporcionales, los reaseguros facultativos o individuales, los reaseguros financieros o finitos, las cláusulas especiales que modifican la forma de la contribución, la intervención de los brokers de reaseguro y el lugar de pago de la contribución. Termina este trabajo haciendo un análisis sobre la aplicación de la buena fe en el contrato de reaseguro y con las conclusiones de la autora.

El Tema III se denomina “El Interés Asegurable”, y el trabajo principal, correspondiente al relator, fue elaborado por el abogado Sr. Walter Villa

Zapata, en representación de la Sección Peruana de AIDA, correspondiendo oficiar como correlator el abogado de Paraguay Sr. Eberhard von Lucken .

Este tema, también, tiene muchísima importancia, tanto en el seguro de cosas, como muy especialmente en el de personas (que es aquél en el que la organización del Congreso ha puesto énfasis), y ha sido tratado de diferentes maneras en la doctrina y la legislación comparada.

Tradicionalmente, la doctrina y la legislación contemplan al interés asegurable como un elemento esencial para la validez del contrato de seguro, estrechamente vinculado al concepto del riesgo.

Sin embargo, han surgido cuestiones respecto del alcance e importancia de la institución y las particularidades de su aplicabilidad en los seguros de personas y particularmente en el de vida, en el que una gran cantidad de legislaciones reemplazan el concepto teórico y genérico del interés asegurable por exigencias concretas tendientes a proteger a las personas que pudieran resultar víctimas con motivo de la contratación de seguros en los que no existe interés real en la conservación de la vida cubierta por el seguro.

Resulta de sumo interés abordar el tema del interés asegurable desde el concepto mismo, su relevancia, quien o quienes y cuando deben tenerlo, la contratación de seguros con interés asegurable futuro, los efectos que produce la falta del interés asegurable y las particularidades del interés asegurable en el seguro de vida.

Complementan este trabajo varias ponencias que han sido presentadas por miembros del CILA.

Una de ellas lleva por título “O interesse segurável e os seguros de pessoas” y fue preparada por Angélica Lucía Carlini, de la Sección AIDA de Brasil. En este trabajo se analiza el interés asegurable en el derecho brasileño, en particular desde la perspectiva de la nueva regulación de los contratos en el Código Civil del Brasil terminando por examinar los aspectos más relevantes del interés asegurable en los seguros de personas.

La tercera ponencia lleva también el título “El Interés Asegurable. Especial Mención a los Seguros de Personas”, y fue presentada por el Abogado Sr. Eberhard S. von Lücken G. de la Sección AIDA de Paraguay, a quien le correspondió desempeñarse, asimismo, como correlator del Tema. En su trabajo el Dr. Von Lucken examina el concepto y naturaleza del interés asegurable; su aplicación en los seguros sociales y los privados; se detiene en los seguros de personas, distinguiendo los distintos tipos de seguros de esta naturaleza; analiza el requisito del examen médico; las reservas matemáticas; los planes de seguros prohibidos; el seguro de vida en particular, las agravaciones de riesgos; la rescisión del contrato y en particular la rescisión por parte del asegurado; los casos de liberación del asegurador y sus correspondientes excepciones; la conversión del contrato o rescisión por

transcurso del tiempo; el derecho a préstamo con cargo al seguro y su restitución; el seguro de vida en beneficio de terceros; los seguros de accidentes personales; los seguros colectivos; el seguro de sepelio y el seguro de vida previsional.

La cuarta ponencia presentada en relación a este tema, lleva por título “El interés asegurable. Su relevancia en el seguro”, y fue preparada por el suscrito, Osvaldo Contreras Strauch en representación de la Sección Chilena de AIDA. A partir del concepto del interés asegurable, se analizan en este trabajo las diferencias existentes al respecto en la legislación comparada, concluyendo que las diferencias son más aparentes que reales. Se examina a continuación la naturaleza del interés asegurable en general y las particularidades que reviste en los seguros de daños y en los de personas. Acto seguido se estudia la oportunidad en que debe existir el interés, los efectos que acarrea la falta del interés asegurable y quien es el titular del derecho a alegar la falta de interés. Seguidamente se examina la emisión de pólizas de seguro de vida a personas que no tienen interés en la vida del asegurado y el rol del consentimiento, así como también el fenómeno del decaimiento o pérdida del interés asegurable, y la concurrencia y traspaso del interés, para terminar con una propuesta de regulación del interés asegurable en los seguros de daños y de personas.

La quinta ponencia presentada al Congreso sobre este tema lleva por título “Concepto de interés en el seguro de daños”, y fue preparada por el Lic. Humberto Ruiz Quiroz, en representación de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas (Capítulo Mexicano de AIDA). En su trabajo el Lic. Quiroz analiza el interés como presupuesto necesario y específico del seguro contra los daños e intenta desentrañar la duda sobre si es el interés el objeto del contrato de seguro.

Una sexta ponencia, titulada “Interesse asegurado no código civil brasileiro”, fue presentada por los abogados Sres. Ricardo Bechara Santos y Renato Barcellos Santos, por la Sección AIDA de Brasil. Comenzando con hacer un paralelo entre el objeto del contrato de seguro, el juego y la apuesta, la ponencia examina cuáles son los intereses legítimos en los distintos ramos o especies del contrato de seguro. Estudia los elementos del interés y el momento en que se requiere su existencia, continuando con un examen de las teorías de la causalidad adecuada, necesaria o eficiente y la denominada necesidad eventual, para terminar con un análisis de la relación existente entre las normas que rigen el interés asegurable con otras disposiciones del Código Civil brasileño.

Por último, una séptima ponencia, que lleva por título “O interesse segurável e a boa-fe objetiva nos contratos de seguro”, fue presentada por Keila Christian Zanatta Manangão Rodrigues, también por la Sección AIDA de Brasil. En ella se estudia en primer lugar al interés asegurable como elemento del contrato de seguro; el principio de la confianza y la buena fe objetiva, deteniéndose en esto último, a examinar la cláusula general de buena fe objetiva contenida en el artículo 765 del nuevo Código Civil del Brasil y su doble finalidad. Al respecto

estudia en primer lugar lo que denomina la eficacia inmediata o directa de la cláusula general y luego, la eficacia mediata o indirecta de la cláusula general referida, y lo que, en su concepto, constituye un efecto de irradiación difusa.

El trabajo correspondiente al Tema IV del Congreso, estuvo dedicado al análisis de Las Acciones Relacionadas con los Seguros de Responsabilidad Civil. Los seguros de P & I y la RC por contaminación marina, y fue elaborado por partes. Una de ellas, la primera, que se refiere al aspecto general de “Las Acciones Relacionadas con los Seguros de Responsabilidad Civil”, fue tratado por el abogado Sr. Juan Manuel Díaz-Granados de la sección AIDA de Colombia (ACOLDESE), en tanto que la segunda, relativa a “Los seguros de P & I y la RC por contaminación marina”, fue elaborada por el abogado Sr. Eugenio Cornejo Lacroix de Chile, actuando este último por cuenta tanto de AIDA Chile y de su sección local de Valparaíso, así como también, de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo, de la cual es Presidente.

En relación a este amplio tema cabe reflexionar que se ha convertido en un axioma jurídico de amplia aceptación hoy en día, el que sostiene que las instituciones de la responsabilidad civil y de sus seguros, se retroalimentan recíprocamente y contribuyen al progreso paralelo de ambas disciplinas. En este fenómeno, no han dejado de tener importancia, ahora último, los temas relacionados con la protección del consumidor y de las acciones individuales y de clase que a su amparo se pueden interponer.

Teniendo presente, particularmente, que el Congreso se realizó en la ciudad de Viña del Mar, aledaña al puerto de Valparaíso, históricamente uno de los más importantes del Océano Pacífico americano, el tema fue dedicado a examinar tanto el tema general de las acciones emanadas del seguro de responsabilidad civil, como muy especialmente, de aquella variante del seguro de RC, de enorme relevancia en el comercio marítimo, que está constituida por el Seguro de P & I, así como también a la acción directa en general, y particularmente en el ámbito de la contaminación marítima, donde en Chile se encuentra legalmente consagrada.

Desde la década de los años treinta, en el siglo pasado, se ha ido introduciendo legalmente la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, en términos tales que prácticamente la mitad de las legislaciones del mundo la contemplan.

Si bien el pionero en abrir a los terceros la posibilidad de cobrar directamente el seguro fue Gran Bretaña, pero limitada al caso de quiebra del asegurado responsable, tanto ese país como varios otros de gran tradición jurídica en el ámbito de los seguros siguen resistiéndose a aceptarla, o la aceptan únicamente en el campo de los seguros obligatorios, particularmente los que cubren vehículos motorizados.

Parecía, entonces, más que necesario, que este Congreso de AIDA se ocupara de analizar y discutir el tema general de las acciones relacionadas con el seguro de RC, para, de alguna manera, comparar la forma en que se tratan en los



diferentes países, explorar la posibilidad de una solución común, o sencillamente examinar los pro y los contra de cada una de ellas.

El primer trabajo, titulado “Las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad”, fue, como ha quedado dicho, por el Dr. Juan Manuel Díaz Granados, en representación de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros y analiza los principales aspectos del aludido tema, comenzando con una visión panorámica del seguro de responsabilidad civil, su noción y elementos básicos, continuando con un examen de su situación actual en Colombia y en el derecho comparado, distinguiendo entre las legislaciones que prevén y regulan el seguro de responsabilidad y aquellas que no lo hacen, como también aquellas que contemplan, al decir del autor, una regulación alterna para el seguro de responsabilidad.

El trabajo estudia, acto seguido, la noción y los elementos básicos de este seguro para continuar con la aplicación que en él recibe la noción del interés asegurable, la valoración del interés y la suma asegurada. Examina, luego, el riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad civil y la obligación condicional que contrae el asegurador. Prosigue analizando los rasgos y tendencias de la responsabilidad civil, en relación con los elementos de la responsabilidad, con el hecho generador y con el daño. Luego de estudiar la reclamación del siniestro y el tema de la prueba del siniestro, trata extensamente el tema de las acciones relacionadas con este seguro, refiriéndose a la acción ejecutiva, las acciones de la víctima contra el asegurado, la acción ordinaria contra los particulares en la jurisdicción civil; la acción de reparación directa contra la administración pública; la acción popular; las acciones de grupo; la acción de tutela y la acción del asegurado contra la aseguradora. Seguidamente, examina la relación entre el asegurado con el asegurador y el denominado llamamiento en garantía, hecho a este último, tratando el tema de la naturaleza del llamamiento en garantía, los efectos del llamamiento frente al asegurado y la víctima, la prescripción del llamamiento en garantía y los casos en los que procede el llamamiento, para terminar esta parte con la acción del asegurado en contra del asegurador.

El último capítulo de este interesantísimo trabajo, trata sobre la acción directa de la víctima contra el asegurador, partiendo por sus fundamentos y su naturaleza. El autor sostiene que la acción directa nace del contrato, que es un derecho de stirpe legal, y sostiene que en Colombia la acción directa constituye un derecho legal autónomo, que no está limitado por el contrato. Estudia cuáles son las personas legitimadas para ejercer la acción directa y la necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado, distinguiendo entre los casos en que la responsabilidad ha sido previamente establecida y aquéllos en que no ha sido establecida previamente, tanto a la luz del derecho colombiano como en el derecho comparado. Estudia la necesidad de que la responsabilidad se encuentre cubierta por el contrato y que la obligación de resarcimiento a cargo del responsable no se encuentre extinguida, y acto seguido, las conductas que puede observar el asegurador ante una reclamación de la víctima, analizando el deber de información a la víctima sobre la existencia de la póliza, la oponibilidad de

excepciones, los casos de pluralidad de víctimas, los aspectos procesales y la prescripción.

El segundo trabajo presentado para su relación en este tema, se denomina “Los seguros de protección e indemnización (P.&I.) y responsabilidad civil por contaminación marina según y la legislación chilena”, y fue preparado por Eugenio Cornejo Lacroix, Abogado de AIDA- Sección Chilena y Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo.

En su trabajo el abogado Sr. Cornejo relata los antecedentes históricos de los Clubs de P. & I., analiza la organización estructural que éstos tienen, y la esencia o principio básico que caracteriza la operatoria en una cobertura de P. & I.. Continúa enumerando los riesgos cubiertos, las condiciones para hacer efectivo el seguro y algunas exclusiones típicas de la cobertura, como la innavegabilidad de la nave, la conducta dolosa del asegurado y las retenciones y falsificaciones. Posteriormente estudia la operatoria esencial en una cobertura de P. & I., los privilegios marítimos y los servicios que otorgan los P. & I. Clubs a sus asociados asegurados, analizando en particular los privilegios marítimos, las cartas de garantía o “Letters of Undertaking”, su naturaleza jurídica y sus ventajas y efectos.

Posteriormente, el autor se dedica al estudio de la situación especial de la acción directa y de las cartas de garantía emitidas en Chile y los fundamentos de la acción directa que en este rubro contempla la legislación chilena, la necesidad de establecer la responsabilidad del miembro (armador asegurado) y las dificultades de emplazamiento del Club. Acto seguido analiza la legislación sobre contaminación marina en Chile y los principios fundamentales en materia de responsabilidad civil por dicha contaminación. Enfatiza el carácter objetivo que tiene dicha responsabilidad, examina las causales de exoneración de responsabilidad y el derecho a limitar la responsabilidad. Posteriormente analiza el objeto que tiene la indemnización, que es financiar el restablecimiento de los ecosistemas afectados, y el concepto de daño por contaminación. Examina la constitución del fondo de limitación y el seguro o garantía obligatoria que contempla la ley y la acción directa contra el asegurador. En este punto el autor se detiene a comentar el seguro obligatorio y la acción directa, terminando por examinar la cobertura especial de los P. & I. Clubs respecto de los daños por contaminación.

La ponencia 3, titulada “Las coberturas de riesgos de responsabilidad civil. Los Operadores de Carga Multimodal. Las coberturas ofrecidas por las Compañías de Seguros y los Clubs de Protección e Indemnización (P.&I)” , fue presentada por la abogada Ana María Rojas Villamil, de la Sección AIDA de Colombia y de la Federación de Aseguradores Colombianos, FASECOLDA. Comienza la autora esbozando la institución de la responsabilidad civil y el seguro del ramo, para continuar luego con la responsabilidad civil emanada del transporte y en particular el caso del transporte multimodal. En relación a este último examina la responsabilidad del operador de carga multimodal y las coberturas de seguro de responsabilidad civil en el transporte multimodal. Acto

seguido analiza la regulación colombiana de la actividad aseguradora, para de allí pasar a las normas de la OMC sobre el comercio transfronterizo de servicios financieros. Termina analizando la función y operatoria de los clubes de protección e indemnización (P.& I. Clubes), deteniéndose en el examen del problema derivado de la contradicción entre las normas de la Comunidad Andina y la norma interna del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia, concluyendo que los servicios que prestan los Clubes de Protección e Indemnización están permitidos y no constituyen una práctica ilegal en ese país.

La cuarta ponencia se denomina “Acción de Constitución del Fondo de Limitación de Responsabilidad por Contaminación Marina”, y fue presentada por el abogado Sr. Ricardo Abuauad Dagach, de la Sección AIDA de Chile y de su sección local de Valparaíso. El trabajo versa sobre la institución del denominado “Fondo de Limitación de Responsabilidad”, introducida al Libro III del Código de Comercio de Chile en el año 1988. Al respecto el autor parte por los conceptos generales, para continuar con la institución de la limitación de responsabilidad, examinando, acto seguido, la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad y los casos en que no se aplica el beneficio de la limitación. Posteriormente, analiza el concepto y la naturaleza del fondo de limitación de responsabilidad y su aplicación en Chile, para derivar, acto seguido, en los aspectos procesales de la constitución del fondo y la designación y actuación del síndico. Examina también las cuestiones atinentes a la acción concursal y la extraterritorialidad del procedimiento.

La quinta ponencia en relación a este tema lleva por título “Breves comentarios sobre a responsabilidade civil, o seguro de responsabilidade civil e seu formato no Brasil e importância no desenvolvimento das empresas e para o consumidor”, y fue presentada por el abogado Sr. Washington Luís Bezerra da Silva, de la Sección AIDA de Brasil. El primer punto que toca este trabajo se relaciona con lo que denomina la objetivación de la responsabilidad o la colectivización de la culpa y el seguro. Analiza luego las modalidades de cláusulas que existen en los seguros de responsabilidad y las ventajas y desventajas de las pólizas que descansan en el concepto de ocurrencia del siniestro y aquellas que se construyen en base a la reclamación de la víctima, conocidas también como cláusulas “claims made”. Analiza un ejemplo que ilustra cómo el seguro de responsabilidade civil puede ser facilitador del desarrollo de las empresas y un auxiliar en las relaciones que surgen del consumo. Se detiene aquí a analizar en particular, la situación del seguro de responsabilidad civil de productos.

La sexta ponencia presentada en relación a este tema se denomina “Consideraciones acerca del seguro de transporte de mercancías y su coexistencia con el seguro de responsabilidad civil del transportador”, y fue preparada por el Director de la Cámara de Transportes de Fasecolda, Colombia, Don Leonardo Umaña. Luego de una breve introducción, el autor distingue entre los distintos tipos de seguro de transporte, para referirse, acto seguido, a la coexistencia del seguro de transporte de mercancías con el

seguro de responsabilidad civil del transportador. Analiza, en este punto, la ineficiencia económica derivada de la práctica comercial al respecto, que observa, para presentar acto seguido distintas alternativas de coexistencia entre el seguro de daños a la mercancía y el seguro de responsabilidad civil del transportador. Posteriormente, el autor analiza las cláusulas de exoneración de responsabilidad y las de renuncia a la subrogación, para, luego, presentar diversas consideraciones de eficiencia económica y referirse a los efectos de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico.

La séptima y última ponencia en relación a este tema se llama “Breves notas sobre a acção directa contra os P. & I. Clubs” y fue presentada por el Abogado Sr. Luis Filipe Caldas de la Sección AIDA de Portugal. En su trabajo, el Sr. Caldas se refiere, en primer lugar, a la génesis y evolución de este tipo de instituciones, para examinar, acto seguido, el significado de los conceptos “Protección” e “Indemnización”, que integran la cobertura que otorgan los Clubes. Estudia, acto seguido, la legalidad de la regla “pay first to be paid”, a la luz de los principios legales de Inglaterra y las decisiones de la *House of Lords*, para luego hacerlo, a la luz de las decisiones de los tribunales portugueses. Termina analizando los casos en que existe acción directa contra los P. & I. Clubs.

El Tema V estuvo dedicado a examinar El Seguro de Grandes Riesgos y el trabajo correspondiente fue elaborado por las Dras. Geraldine Ifrán y Andrea Signorino Barbat, de la Sección AIDA de Uruguay, quedando la correlación a cargo de la abogada doña María Sandra Ramírez Bernal de la sección AIDA de la República de Bolivia. Se trata éste de un tema, que, también, es de primerísima importancia, y que, además, hasta ahora no había sido abordado con la profundidad que merece.

En efecto, varias legislaciones del mundo contienen normas generales sobre el contrato de seguro, que contemplan una alta protección para el asegurado-consumidor, atendida su característica de ser la parte débil de un contrato de adhesión, y otras normas que eximen de gran parte de la protección legal al asegurado, cuando se trata de seguros de grandes riesgos, contratados por grandes empresas o instituciones, ya que en estos casos ambas partes negocian en un pie de igualdad y el asegurado no es necesariamente la parte más débil del contrato.

Resulta muy útil, a estas alturas, examinar y discutir este tema, las diferentes normativas que se emplean en las legislaciones para tratarlo y los eventuales inconvenientes que genera su aplicación.

En el trabajo que presentaron, sus autoras parten por una introducción conceptual para enfocarse luego en las soluciones disponibles en el derecho comparado. Tratan primeramente a la solución que se ha dado al tema en la legislación de España, refiriéndose a la normativa aplicable a este tipo de seguros y a la determinación de qué es lo que se entiende en esta legislación por seguro de grandes riesgos. A continuación analizan los casos de Francia,

Chile y Uruguay, concluyendo que el primero es similar al de España; en el segundo la determinación de lo que se entiende por “grandes riesgos” es muy limitada, de modo que pasan a ser considerados como tales, seguros que en realidad contratan personas naturales o jurídicas que en realidad requieren o podrían requerir de la protección legal común, en tanto que en Uruguay la legislación no contempla regulación para los grandes riesgos.

Relacionadas con este tema fueron presentadas dos ponencias más.

La ponencia 2, denominada “Aspectos jurídicos da cláusula de depreciação nos contratos de seguros de danos”, fue preparada por el abogado Sr. Sergio Ruy Barroso De Mello, Miembro del Consejo Mundial da AIDA y Presidente de la Sección AIDA de Brasil.

La ponencia 3 se denomina “El seguro de grandes riesgos” y fue preparada por el abogado Sr. Alberto Javier Tapia Hermida, de la Sección Española de AIDA. En su trabajo el Sr. Tapia Hermida analiza, en primer lugar, la finalidad de un régimen especial de seguro para grandes riesgos, que es la de evitar la protección desproporcionada de determinados tomadores o contratantes de seguros.

Examina, a continuación, la armonización comunitaria del seguro por grandes riesgos en 1988, mediante la segunda directiva 88/357/CEE del Consejo y la adaptación del régimen español al derecho comunitario en 1990. Luego estudia la delimitación del seguro por grandes riesgos en la ley de contrato de seguro española y sus consecuencias jurídicas: la libre elección de la ley aplicable y el carácter dispositivo de la referida ley, para terminar examinando la aplicación de las disposiciones del seguro por grandes riesgos al coaseguro comunitario.

Por último, el Tema 6 estuvo consagrado a analizar las diversas formas que puede revestir “La defensa del asegurado: Justicia Ordinaria, Arbitraje, Mediación y Defensor del Asegurado” y el trabajo correspondiente fue elaborado en dos partes, al igual que en el caso del Tema 5. Una primera parte fue preparada y presentada por los Dres. Carlos Alberto Schiavo y Héctor Miguel Soto, representando a Argentina, y la segunda, fue elaborada por los catedráticos señores Fernando Sánchez Calero y Miguel Sánchez Calero Guilarte, por la sección de AIDA de España (SEAIDA). En este tema se trata de examinar la forma que asume la defensa de los intereses de los asegurados en caso de conflicto con el asegurador.

Frente al mecanismo tradicional, consistente en acudir a la justicia ordinaria, se han ido introduciendo, paulatinamente, mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, primero, y, luego, la mediación. La última etapa que presenta la evolución de la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias al seguro, ha estado representada por la introducción de la figura del defensor del asegurado.

Parece de suma utilidad examinar la experiencia de los países que han instaurado estas instituciones para los conflictos derivados del contrato de seguro, en particular para analizar y comparar las ventajas y desventajas que presenta la aplicación del mecanismo tradicional, la justicia ordinaria, haciendo un paralelo con los nuevos mecanismos precedentemente indicados, ponderando sus bondades y defectos y tratando de llegar a la recomendación del sistema -probablemente mixto- que ofrezca la mejor solución a los reclamos de los asegurados, teniendo en cuenta que un sistema justo y eficaz para encauzar las quejas y reclamos de los asegurados, es la única vía que evita las naturales tensiones en la relación de las partes y preserva el prestigio de la institución del seguro. Cabe señalar, por último, que en relación a este tema no puede dejar de considerarse, seguramente en forma complementaria, la utilización de los sistemas de autorregulación.

El primer trabajo que presentó la sección AIDA de Argentina se tituló “La mediación y la defensa del asegurado” y su elaboración y exposición estuvo a cargo del Dr. Carlos Schiavo. Se comienza analizando la situación de las partes en la relación de seguro y luego, los conflictos que derivan de dicha relación, para, acto seguido, estudiar la denominada resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la actividad aseguradora. El trabajo se orienta, luego, a la mediación en la actividad aseguradora, para terminar con algunas consideraciones en relación al arbitraje en Argentina.

El segundo trabajo presentado por la Sección Argentina de AIDA se denomina “El defensor del asegurado”, y fue elaborado y expuesto por el Dr. Héctor Miguel Soto. En primer lugar, el autor examina la figura del defensor del asegurado en el contexto teórico y la experiencia práctica internacional. Acto seguido analiza al defensor del asegurado en Argentina. Examina la naturaleza jurídica de la institución y las ventajas del sistema, para continuar, acto seguido, razonando sobre las posibilidades de éxito del sistema, concluyendo que ello depende de la credibilidad que genere en asegurados y beneficiarios y analizando las circunstancias que afectan el atractivo del sistema para asegurados y beneficiarios.

El tercer trabajo oficial presentado en relación al Tema 6, se denomina “Arbitraje y mediación como medios para solución de conflictos en el seguro” y fue preparado por los catedráticos señores Fernando Sánchez Calero y Miguel Sánchez-Calero Guilarte, de la Sección AIDA de España (SEAIDA).

Luego de consideraciones preliminares, el trabajo se enfoca hacia la institución del arbitraje y analiza la Ley 69/2003 de España, sobre arbitraje, la que fue inspirada en la ley modelo de UNCITRAL. El trabajo enfatiza que el arbitraje queda limitado en su aplicación cuando el asegurado sea calificado como “consumidor”. Examina, acto seguido, al que denominan “El arbitraje administrado” (o arbitraje institucional), con especial referencia al Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. Se analiza, luego, a la mediación como procedimiento alternativo, exponiendo su utilización en la práctica española. Examina, por último, a la propuesta de regulación de la mediación como

procedimiento alternativo de resolución de conflictos, en curso en el seno de la Unión Europea. Dentro de este tema, la ponencia 4 denominada “A Mediação e o Defensor do Segurado”, presentada por el abogado Sr. Manuel S. Soares Póvoas, Presidente del Consejo Deliberativo de la Sección AIDA del Brasil. El trabajo parte con un análisis general sobre la defensa de los asegurados, para referirse, enseguida, al tema de la autorregulación en el ámbito de los seguros. Examina luego, la terminología usada y la filosofía institucional que está por detrás de las instituciones.

Reflexiona sobre la exigencia de independencia como garantía de imparcialidad y los criterios de equidad. Posteriormente, analiza la siniestralidad y la institución del Defensor, terminando por expresar su convicción de que la institución de un Defensor del Asegurado, libre, independiente e imparcial es la única que puede salvar a la institución del seguro del desprestigio que, en su concepto, ha ido afectando su imagen.

Otra ponencia presentada, lleva por título “La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros” (Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación 18 de enero de 1999), presentada por el Lic. Horacio Castellanos Fernández, de la Sección AIDA de México, Vicepresidente Jurídico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros de ese país. En su trabajo analiza la defensa del asegurado en general, para concretarse luego en el análisis de la figura del defensor legal, establecida por la ley y radicada en la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros de México (CONDUSEF). Estudia los casos en que procede la defensa legal gratuita del asegurado y cuando ésta es improcedente. Examina a continuación, las causales para la revocación del servicio de defensa legal, la competencia y los asuntos procesales para terminar examinando los casos de seguros con mayor incidencia.

Otra ponencia presentada en relación a este tema se titula “Los Conflictos de Intereses en el Seguro y la Buena Fe”, y fue preparada por quien suscribe, Osvaldo Contreras Strauch, en representación de la Sección AIDA de Chile. En este trabajo se analiza, en primer lugar, las generalidades sobre los conflictos de interés y la buena fe, para luego dedicarse a examinar los distintos casos que pueden presentarse: - Conflictos de intereses entre el asegurado y el asegurador; - Conflictos de intereses entre el asegurador y los reaseguradores; - Conflictos de intereses entre los corredores de seguros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores; - Conflictos de interés entre los liquidadores de siniestros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores y - Conflictos de intereses entre los asegurados y los aseguradores que surgen de la indemnización misma.

Por último, fue presentada la ponencia “Autorregulación en materia de seguros. (Una breve exposición de la experiencia boliviana), trabajo preparado y expuesto por la abogada doña María Sandra Ramírez Bernal de la Sección AIDA de Bolivia. Luego de una introducción, su autora conceptualiza la

autorregulación, para referirse luego a la experiencia boliviana al respecto, a los instrumentos de la autorregulación, el compendio de buenas prácticas y gobiernos corporativos, terminando con una exposición del contenido del código de autorregulación y gobiernos corporativos de la asociación boliviana de aseguradores, ABA.

Estamos ciertos que la calidad de los trabajos y ponencias presentadas al X Congreso CILA, harán del presente libro que los recoge y presenta a la comunidad jurídica del ámbito ibero latino americano, todo un éxito.

Santiago de Chile, mayo de 2007

Oswaldo Contreras Strauch <sup>2</sup>  
Profesor de Derecho Comercial (UDP)  
Presidente del CILA

---

<sup>2</sup> Abogado (U. de Chile). Licenciado en Transacciones Internacionales por la Universidad de California (Davis). Master en Comercio Internacional por la Universidad del País Vasco. Ex Profesor de Política Económica (U. de CH.). Ex Profesor de Derecho de Seguros en la Escuela de Seguros de Chile. Profesor de Derecho Comercial (UDP). Profesor de Derecho Comercial en la Escuela de Graduados de la U. de Chile. Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago. Miembro del Consejo de Presidencia Mundial de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), Presidente del CILA (Comité Iberoamericano de AIDA). Director de la Revista Chilena de Derecho de Seguros y Presidente del Grupo de Trabajo sobre Seguro de Responsabilidad Civil de AIDA. Director del Instituto Chileno de Derecho Comercial. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo. Autor de múltiples artículos y de las siguientes obras de derecho: "Antecedentes y Perspectivas de la Planificación en Chile", "Derecho de Seguros", "Jurisprudencia sobre Seguros", "Derecho Marítimo", "El Contrato de Seguro" e "Instituciones de Derecho Comercial". En colaboración con otros autores: "Aspectos Jurisdiccionales del Seguro" (1998), "Arbitragem e Seguro" (2001) y "Derecho y Tecnologías de la Información" (2002). Senior partner del Estudio de Abogados Contreras & Cia. Mail: osvaldo.contreras@contreraslex.cl



# TEMA I

## FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

**Oswaldo Macías Muñoz<sup>3</sup>**

**Fernando Pérez Jiménez<sup>4</sup>**

Asociación Chilena de Derecho de Seguros

### SUMARIO

Introducción. 1. Resumen ejecutivo modelo de supervisión de solvencia. 2. Modelo de supervisión de la asociación internacional de supervisores de seguros–IAIS. 2.1 Modelo de supervisión de solvencia. Nivel 1 del marco. Precondiciones para la evaluación de solvencia. Nivel 2 del marco. Requisitos reglamentarios. Nivel 3 del marco. Evaluación e intervención de supervisión. 2.2 Divulgación pública y transparencia. 3 Gobiernos corporativos modelo de supervisión de la super-intendencia de valores y seguros de Chile. Modelo de supervisión actual. 3.1 El nuevo enfoque de supervisión de solvencia. 4. Fiscalización de la actividad aseguradora. Régimen jurídico de protección al asegurado. 4.1 Principios básicos de seguros de la IAIS. Conducta de mercado. 4.2 Reglamentación y control de la actividad aseguradora en Chile. Orden público económico. Competencia y principio de legalidad. Fundamentos y

---

<sup>3</sup> Intendente de Seguros de la Superintendencia de Valores y Seguros de la República de Chile, el Sr. Macías es Ingeniero Comercial con Mención en Administración de Empresas (Marzo 1987) y Licenciado en Ciencias de la Administración (Diciembre 1986) por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Dirección de Empresas (1992 - 1993) y Diplomado en Finanzas Corporativas (Marzo - Diciembre 1998) de la Universidad Adolfo Ibáñez, Escuela de Negocios de Valparaíso, Chile; desde mayo de 2003 ocupa el cargo de Intendente de Seguros, Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) de Chile; entre marzo de 1994 hasta mayo de 2003, fue Jefe de la División Estudios, Superintendencia de AFP; es Miembro Comité Ejecutivo de Asociación de Aseguradores de América Latina (ASSAL) y Consultor Banco Mundial, BID y PNUD en diversos programas de apoyo a la implementación de reformas previsionales, formación de organismos fiscalizadores y diseño de regulación y sistemas de fiscalización.

<sup>4</sup> Abogado, Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal con mención en Delitos Económicos, Universidad de Chile. Secretario Primera Comisión de Reforma del Código de Comercio sobre las Normas del Contrato de Seguro. Ex Director y Secretario de la Asociación Internacional de Abogados de Seguros, Sección Chilena, AIDA-CHILE. Relator VI Asamblea Internacional, 1995, Chile y Reunión Internacional de Capacitación de la Asociación de Superintendentes de América Latina, Assal, 2006, Perú. Miembro del Comité Organizador Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros 2007, Viña del Mar, Chile. Desde el año 2000 Jefe de la División de Atención y Educación al Asegurado de la Superintendencia de Valores y Seguros. Síndico de Quiebra. Mail: fperez@svs.cl

objetivos del régimen normativo de seguros en Chile. 5. La protección de los derechos de los asegurados consumidores. 5.1 Fundamentos. 5.2 Marco normativo de la protección de los derechos de los asegurados-consumidores. 6. Intervención de la autoridad en las reclamaciones de seguros la reclamación administrativa. 6.1 Facultades y atribuciones de la autoridad en la reclamación. 6.2 Alcance y efectos de la reclamación administrativa. 6.3 La reclamación administrativa y la jurisprudencia. 7. El arbitraje de seguros 7.1 Naturaleza jurídica del arbitraje de la superintendencia. 7.2 Seguros obligatorios y previsionales. 8. Las condiciones generales de contratación. 8.1 control administrativo. Depósito de pólizas. 8.2 Condiciones particulares. 8.3 Cláusulas abusivas. 9. Autorregulación. 10. Oferta y comercialización de seguros 10.1 Seguros masivos y contratación colectiva. 10.2 Intermediación de seguros 10.3 Liquidación de siniestros. 11 Regularización, liquidación y quiebra. 11.1 Situaciones de déficit y sobreendeudamiento. 11.2 Liquidación. 11.3 Convenios o quiebra

## INTRODUCCIÓN

El mercado de seguros es un componente clave de la industria financiera. Es importante no sólo desde la perspectiva de su rol en la economía de un país, sino también desde el punto de vista social. El mercado de seguros permite a personas, empresas y otras organizaciones transferir sus riesgos, otorgándoles protección en caso de eventos que les provoquen daños patrimoniales o en su integridad física, generando alternativas de ahorro y previsión para las familias, favoreciendo el desarrollo de la actividad económica en un ambiente de confianza y fomentando el desarrollo del mercado de capitales a través de la inversión de los recursos que administra, lo que finalmente se traduce en mayor riqueza y bienestar para un país.

El seguro como producto de cobertura de riesgos opera sobre la base de la confianza. Los asegurados pueden pasar años pagando una prima a cambio de la promesa que cuando ocurra un siniestro serán compensados. De igual forma en ciertos productos de ahorro y previsión los asegurados traspasan sus fondos para que la compañía los administre y les entregue una rentabilidad. La confianza pública es componente clave entonces dentro de la industria del seguro y un evento de insolvencia de una aseguradora puede afectar a toda la industria en la medida que debilita esa confianza. Contar por lo tanto con un adecuado sistema de supervisión otorga beneficios a los asegurados, compañías de seguros y en general a toda la población.

En la mayoría de los casos, existe una asimetría en la relación entre aseguradora y asegurado, teniendo este último una situación de debilidad frente a la aseguradora, tanto respecto a su capacidad de evaluar las condiciones en las cuales accede al seguro y la situación financiera de la aseguradora, como ante situaciones de disputa o desacuerdo en relación a la aplicación del seguro. El no pago del seguro puede provocar un fuerte impacto en las personas.

Considerando los aspectos señalados, el contar con un mercado de seguros eficiente, competitivo y confiable, es de gran importancia para el desarrollo económico y social del país. Para ello resulta clave la existencia de un marco regulatorio y de supervisión moderno y eficiente, que junto con favorecer el desarrollo sano del mercado, proteja los derechos de los asegurados. El sistema regulatorio claramente no es inocuo en relación al funcionamiento del mercado y su potencial de desarrollo. Debe entenderse entonces que un adecuado sistema de supervisión es un activo para un país y la industria aseguradora y un requisito imprescindible para la proyección futura del sector en nuevas actividades y negocios. Es así como el regulador de seguros tiene por misión contribuir al desarrollo económico del país mediante el logro de mercados de seguros confiables y eficientes, a través de una supervisión eficaz y una regulación moderna que permita tanto resguardar los derechos de los asegurados, como facilitar el rol de los demás agentes de estos mercados. Su accionar debe estar basado en el principio de la buena fe y la probidad en la función pública.

En la sección siguiente del presente documento, se presenta un resumen de los aspectos claves del Modelo de Supervisión de Solvencia de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS), el que establece las bases, a través de principios y recomendaciones, de una correcta supervisión por parte del regulador. Este modelo se sustenta en 3 niveles fundamentales, un primer nivel de precondiciones para la supervisión, un segundo nivel de requisitos reglamentarios y un tercer nivel de evaluación por parte del supervisor.

En la sección 3 del presente se presenta el Sistema de Supervisión de la Solvencia de las Aseguradoras en Chile y el nuevo enfoque que en este aspecto se proyecta implementar. Se entrega una visión general sobre la importancia de la industria aseguradora chilena y de un adecuado y eficiente sistema de supervisión. Se presentan las bases sobre las que se establece el actual esquema regulatorio, se plantean los conceptos e ideas matrices del nuevo modelo de supervisión, el que incorpora los principales elementos recomendados por la IAIS. Del mismo modo se describen los principales objetivos y beneficios esperados y su alcance en términos de cambios concretos en el actual marco regulatorio y de supervisión.

En la sección 4 y siguientes se describe el régimen jurídico de la fiscalización de la actividad aseguradora, principios, normas constitucionales y legales que rigen el actuar del Estado en la regulación y supervisión de seguros, las potestades normativas de interpretación, fiscalización y control, potestad de absolver consultas y reclamaciones, solución de conflictos y potestad sancionadora de la autoridad fiscalizadora, con respeto de los derechos de las personas y entidades supervisadas, bajo la perspectiva de la conducta de mercado y protección de los intereses de los asegurados, a la luz de los fundamentos y normas de los derechos de los consumidores.

## 1. RESUMEN EJECUTIVO MODELO DE SUPERVISIÓN DE SOLVENCIA

El mercado de seguros, por la naturaleza de su negocio y su impacto económico y social, es un mercado regulado. Contar con un mercado de seguros eficiente, competitivo y confiable, es de gran importancia para el desarrollo del país. Para ello, resulta clave la existencia de un marco regulatorio y de supervisión moderno y eficiente, que junto con favorecer el desarrollo sano del mercado, proteja los derechos de los asegurados.

La fiscalización de las entidades aseguradoras es el punto de partida para mantener mercados de seguros eficientes, justos, confiables y estables en beneficio y protección de los asegurados. Los mercados de seguros eficientes y bien reglamentados ayudan a atraer y retener capital, además de fomentar la estabilidad financiera global, asegurando, de esta manera, la protección de los asegurados y beneficiándolos como objetivo final. La regulación tiene como principales objetivos la solvencia, que procura que las aseguradoras cuenten con los recursos financieros suficientes para cumplir sus compromisos con sus asegurados, y la conducta de mercado, que busca proteger los derechos de los asegurados y público en general, considerando aspectos tales como trato justo y transparencia en la comercialización de los seguros, el pago de las indemnizaciones y otros beneficios asociados a éstos. El sistema de supervisión debe tener como objetivos básicos el fortalecer los sistemas de gestión de riesgos de las aseguradoras, efectuar una fiscalización preventiva, contar con una regulación más flexible con un énfasis en principios, cumplir con los estándares internacionales y focalizar adecuadamente los recursos de supervisión.

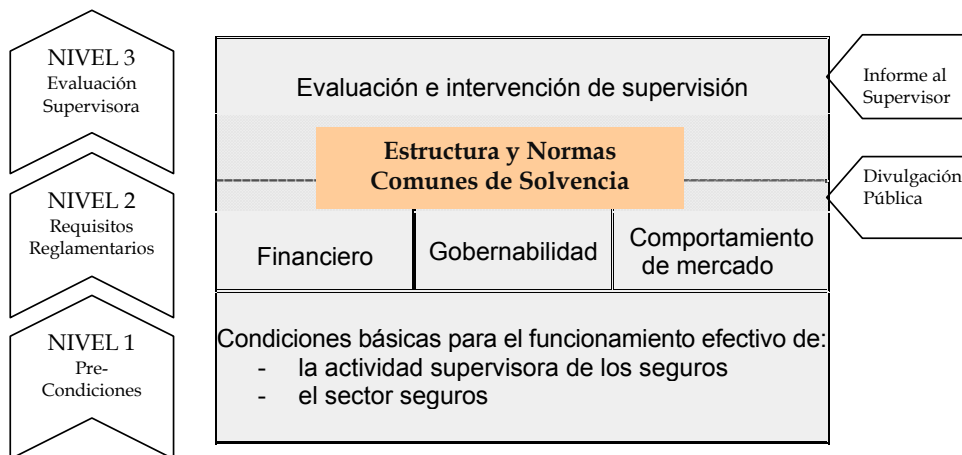
En la actualidad existen un conjunto de principios básicos de supervisión y recomendaciones internacionales establecidos por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) para efectuar una adecuada supervisión del mercado asegurador. Estos principios y recomendaciones muestran una clara tendencia hacia un sistema de supervisión centrado en el análisis de los riesgos y su gestión por parte del asegurador, al que se le ha denominado modelo de supervisión basado en riesgos (SBR). Este modelo se sustenta en 3 niveles fundamentales, un primer nivel de precondiciones para la supervisión, un segundo nivel de requisitos reglamentarios y un tercer nivel de evaluación por parte del supervisor.

El enfoque de la IAIS presenta una serie de elementos estructurales para una operación eficaz de los sistemas de supervisión, los que ilustran los conceptos clave que sostienen una estructura de solvencia, una apropiada divulgación pública y transparencia de la información, y una adecuada infraestructura de gobierno corporativo.

En su enfoque la IAIS identifica los principales elementos de un régimen de supervisión, que consta tanto de componentes cuantitativos (financieros) como cualitativos (governabilidad y comportamiento de mercado). El enfoque pone énfasis en la interdependencia de estos aspectos cuantitativos y cualitativos en

la evaluación de la solvencia de las aseguradoras. Este modelo de la IAIS desarrolla un enfoque más preciso respecto de cómo debe operar un régimen de solvencia y las implicancias de éste en términos de cómo debe estructurarse.

La IAIS presenta su enfoque dada la necesidad de modernizar el planteamiento y la práctica de la evaluación de solvencia, y conducir a un mejoramiento, mayor transparencia y comparabilidad, y convergencia de la evaluación de la solvencia de las aseguradoras en todo el mundo. En la siguiente figura se puede apreciar la estructura y normas comunes de solvencia y el rol de divulgación dentro del Marco para la supervisión de seguros de la IAIS:



El enfoque presenta la existencia de 3 niveles, un primer nivel de precondiciones para la evaluación de la solvencia, un segundo nivel de requisitos reglamentarios, el que incorpora requisitos financieros, de gobernabilidad y de comportamiento de mercado, y un tercer nivel de evaluación e intervención de supervisión; a estos tres niveles se agrega el rol de divulgación. La divulgación pública y los informes apropiados al supervisor pueden considerarse como una superposición al resto de los elementos. Se hace necesario contar con una divulgación pública e informes confidenciales adicionales para el supervisor, y para que el propio régimen de solvencia sea transparente.

Respecto al Gobierno Corporativo, la IAIS establece dentro de sus principios (principio N°9) la importancia de una adecuada infraestructura de gobierno corporativo la que debe ser capaz de reconocer y proteger los derechos de todas las partes interesadas. Del mismo modo establece la necesidad que la autoridad supervisora deba hacer cumplir todos los estándares de gobierno corporativo.

En el caso chileno el sistema actual de supervisión de seguros descansa en dos conceptos claves: Solvencia y Conducta de Mercado. El primero apunta a

que las aseguradoras cuenten con los recursos financieros suficientes para cumplir sus compromisos con sus asegurados. El segundo apunta a establecer una regulación y supervisión que permita dar protección a los derechos de los asegurados y público en general.

Este sistema de supervisión se focaliza en la capacidad financiera actual de la compañía para pagar los compromisos derivados de la venta de seguros, basándose principalmente en los siguientes conceptos:

- Reservas Técnicas
- Patrimonio Mínimo y de Riesgo
- Régimen de Inversiones

El primero apunta a una correcta constitución de las reservas técnicas conforme a criterios y parámetros técnicos, tal que estas sean suficientes para el pago de los compromisos de seguros.

El segundo aspecto se refiere a la obligación de las aseguradoras de mantener un nivel de patrimonio mínimo para ejercer la actividad aseguradora, o un monto superior determinado en función del nivel de operaciones de las compañías, denominado patrimonio de riesgo. El objetivo fundamental es poseer un resguardo en caso que las reservas técnicas de la compañía no sean suficientes para el pago de sus compromisos.

El tercer concepto apunta a acotar el riesgo de los activos que respaldan las reservas técnicas y el patrimonio mínimo o de riesgo de la compañía, buscando limitar las pérdidas que la compañía pudiera enfrentar por la inversión de dichas reservas y patrimonio.

El enfoque de supervisión de la solvencia en Chile se ha basado en el establecimiento de normas prudenciales que regulan los tres aspectos señalados previamente. La supervisión entonces se ha concentrado en la verificación del cumplimiento de la regulación de solvencia y en la auditoria de estados financieros e información anexa, destinada a garantizar que dicha información refleje adecuadamente la situación de la compañía.

No obstante lo anterior, aún cuando en el modelo actual las normas tienen por objeto limitar los riesgos de las aseguradoras, al ser de carácter general, no siempre son aplicables a la situación particular de cada compañía, siendo menos efectivas a la hora de evaluar y acotar adecuadamente los riesgos que cada compañía asume, restringiendo la capacidad de la compañía para gestionar sus riesgos financieros y adoptar decisiones en relación a la gestión de sus activos y pasivos. El desarrollo del mercado asegurador y el consiguiente mayor grado de complejidad y sofisticación en el negocio de las aseguradoras, genera que en un sistema de supervisión basado en el cumplimiento de normas sea muy difícil mantener normas siempre actualizadas y acordes a los riesgos que enfrentan las aseguradoras, generando que este

sistema no sea tan efectivo a la hora de monitorear y mitigar riesgos que pudieran afectar la solvencia en las compañías.

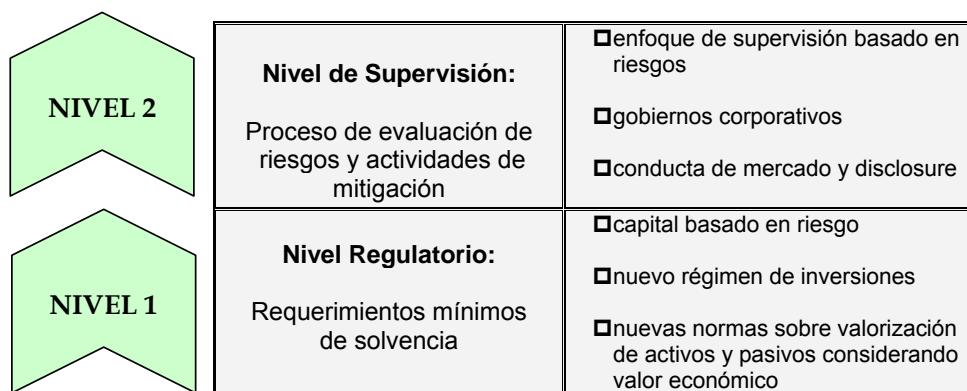
Considerando esta realidad, los supervisores del sistema financiero de países más desarrollados, han evidenciado en los últimos años, una tendencia clara hacia modelos de supervisión basados en riesgos más que en cumplimiento de normas. Basándose en estos tipos de modelos y en las recomendaciones de organismos internacionales la SVS ha desarrollado un nuevo modelo de supervisión de la solvencia para el mercado asegurador chileno, estructurado en 2 niveles de supervisión, correspondientes a los niveles de supervisión 2 y 3 del modelo IAIS.

En relación a los conceptos del nivel 1 de precondiciones del modelo IAIS, se estima que el mercado chileno tiene un nivel satisfactorio de cumplimiento de estos requisitos previos, observándose un buen desarrollo de la estructura del mercado financiero y de capitales, un marco legal e institucional razonable, una Superintendencia con un carácter técnico, y recursos humanos y financieros que le permiten realizar su labor. Considerando lo expuesto el nuevo modelo de supervisión de solvencia basada en riesgos de la SVS para la industria aseguradora, se estructura sobre la base de dos niveles:

- a) Un nivel regulatorio, que establece requerimientos mínimos de solvencia sensibles a los riesgos de las aseguradoras, tanto proveniente de los activos como los pasivos, con énfasis cuantitativo; un nuevo régimen de inversiones, más flexible que el actual; y un sistema de valoración de activos, pasivos y patrimonio apegado a los nuevos estándares internacionales, bajo el concepto de valor de mercado o económico.
- b) Un nivel de supervisión que complementa el nivel de requerimientos básicos de solvencia, con énfasis cualitativo y que permite a la autoridad evaluar riesgos individuales de las compañías y su gestión por parte de éstas, pudiendo actuar en forma preventiva, anticipándose a situaciones de insolvencia a través de actividades de mitigación de los riesgos. En este nivel se recogen los aspectos de gobierno corporativo, conducta de mercado y transparencia o “disclosure”, como factores relevantes a considerar en la evaluación de riesgo de la compañía.

Uno de los puntos más importantes dentro de este nivel, y clave en el nuevo modelo de supervisión, es contar con adecuados Gobiernos Corporativos, lo que incide directamente en la capacidad de la compañía para gestionar y controlar adecuadamente los riesgos que asume. La calidad de los gobiernos corporativos será por ende un factor a evaluar en el proceso de análisis de riesgos en las compañías y por lo tanto, establecer y difundir un marco de principios o buenas prácticas en materia de gobiernos corporativos, especialmente dirigido a las compañías de seguros, es parte relevante del trabajo de implementación del nuevo enfoque de supervisión. Será misión del Supervisor el fomentar la utilización de mejores prácticas de gobierno corporativo en las aseguradoras y generar un marco conocido por el mercado,

que sirva de base para la evaluación que la SVS efectuará de este aspecto en las aseguradoras. La siguiente figura resume el modelo de supervisión de solvencia *Basada en Riesgos* que la SVS proyecta implementar:



## 2. MODELO DE SUPERVISIÓN DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SUPERVISORES DE SEGUROS (IAIS)

En la actualidad existen una serie de principios básicos de supervisión y recomendaciones internacionales establecidos por la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) para efectuar una supervisión coherente, transparente y confiable del mercado asegurador. Estos principios y recomendaciones muestran una clara tendencia hacia un sistema de supervisión centrado en el análisis de los riesgos y su gestión por parte del asegurador, al que se le ha denominado modelo de supervisión basado en riesgos (SBR). El modelo de supervisión de la IAIS se sustenta en 3 niveles fundamentales, un primer nivel de precondiciones para la supervisión, un segundo nivel de requisitos reglamentarios y un tercer nivel de evaluación por parte del supervisor.

En su enfoque la IAIS identifica los principales elementos de un régimen reglamentario y de supervisión, que constan tanto de componentes cuantitativos (financieros) como cualitativos (governabilidad y comportamiento de mercado), tal como ilustra en la Figura N°1 siguiente.

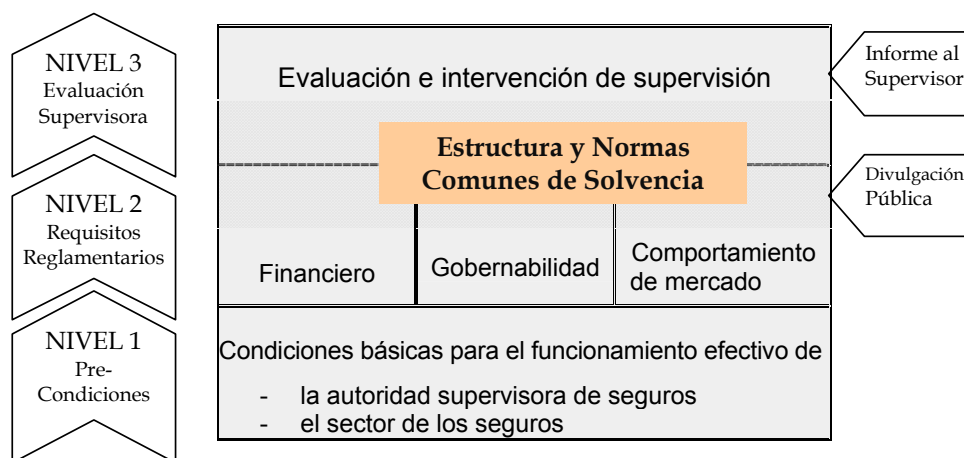
El enfoque de solvencia pone énfasis en la interdependencia de estos aspectos cuantitativos y cualitativos en la evaluación de la solvencia de las aseguradoras. La evaluación de la posición financiera de una aseguradora para fines de supervisión aborda tanto las reservas técnicas de la aseguradora como el capital necesario y disponible. Los respectivos roles de las reservas técnicas y del capital en un régimen de solvencia, y cómo se pueden determinar y calibrar las reservas técnicas y los requisitos de capital, forman el núcleo del análisis en la sección Requisitos Financieros Reglamentarios del enfoque de la IAIS, los que se detallan posteriormente. Este modelo de la IAIS, que aquí se



presenta, desarrolla un enfoque más preciso respecto de cómo debe operar un régimen de solvencia y las implicancias de éste en términos de cómo debe estructurarse.

La IAIS presenta su enfoque dada la necesidad de modernizar el planteamiento y la práctica de la evaluación de solvencia, y conducir a un mejoramiento, mayor transparencia y comparabilidad, y convergencia de la evaluación de la solvencia de las aseguradoras en todo el mundo.

*Figura 1: Estructura y normas comunes de solvencia y el rol de divulgación dentro del Marco para la supervisión de seguros*



La divulgación pública y los informes apropiados al supervisor pueden considerarse como una superposición al resto de los elementos, como se ilustra en la Figura N°1. Se hace necesario contar con una divulgación pública e informes confidenciales adicionales para el supervisor, y para que el propio régimen de solvencia sea transparente.

Respecto al Gobierno Corporativo, la IAIS establece dentro de sus principios (principio N°9) la importancia de una adecuada infraestructura de gobierno corporativo la que debe ser capaz de reconocer y proteger los derechos de todas las partes interesadas. Del mismo modo establece la necesidad que la autoridad supervisora deba hacer cumplir todos los estándares de gobierno corporativo. El enfoque de la IAIS presenta una serie de elementos estructurales para una operación eficaz de los sistemas de supervisión, los que ilustran los conceptos clave que sostienen una estructura de solvencia, una apropiada divulgación pública y transparencia de la información, y una adecuada infraestructura de gobierno corporativo, los que se presentan resumidos a continuación.

## 2.1 Modelo de supervisión de solvencia

- *Nivel 1 del marco – Pre-condiciones para la evaluación de solvencia*

**Elemento Estructural 1.** El supervisor debe tener las facultades adecuadas para:

- solicitar a una aseguradora que evalúe y gestione los riesgos a los cuales está expuesta
- establecer requisitos financieros reglamentarios para cada una de las aseguradoras con el fin de proteger los intereses de los asegurados y
- solicitar a una aseguradora, si fuese necesario, que mantenga capital adicional o que tome medidas para reducir sus riesgos, de manera que los activos que posea sean suficientes y apropiados.

- *Nivel 2 del marco. Requisitos reglamentarios*

### A. Requisitos Financieros

- Elemento Clave I: el régimen de solvencia apunta a la solidez de la aseguradora para cumplir con sus pasivos, tanto en el corto plazo como en un periodo de tiempo más largo.

**Elemento Estructural 2.** Los requisitos financieros reglamentarios sensibles al riesgo deberán proporcionar incentivos para la alineación óptima de la gestión de riesgos por parte de la aseguradora y la reglamentación.

- Elemento Clave II: el régimen de solvencia es sensible al riesgo y es explícito en cuanto a cuáles riesgos, tanto individual como colectivamente, generan un requisito financiero reglamentario y cómo se reflejan en el requisito.
- Elemento Clave III: el régimen de solvencia es explícito respecto de cómo, para cada uno de los riesgos que atraen un requisito financiero, tanto individual como colectivamente, se refleja la prudencia en estos requisitos.

**Elemento Estructural 3.** Un régimen de solvencia deberá abordar todos los riesgos relevantes potencialmente materiales, incluyendo el riesgo de suscripción, el riesgo crediticio, el riesgo de mercado, el riesgo operacional y el riesgo de liquidez. La aseguradora, como mínimo, deberá abordar todos los riesgos en su propia evaluación de riesgo y capital.

- Los riesgos que, por lo general, son rápidamente cuantificables deberán reflejarse en requisitos financieros reglamentarios suficientemente sensibles al riesgo.
- Para los riesgos que se pueden cuantificar con menor rapidez, tal vez sea necesario, establecer requisitos financieros reglamentarios en términos amplios y complementarios con requisitos cualitativos.

Un régimen de solvencia sensible al riesgo exigirá que las aseguradoras evalúen y administren los riesgos a los cuales están expuestas y que evalúen y mantengan sus necesidades de capital de manera apropiada. Al solicitarse esto, los supervisores pueden lograr, de manera efectiva, sus propósitos de protección a los asegurados, manteniendo una confianza de mercado bien fundamentada. Estos propósitos necesitan niveles adecuados de capital y éstos, a su vez, necesitan que los riesgos se midan de manera apropiada. Por lo tanto, los requisitos financieros reglamentarios deben estar muy bien arraigados en la valoración económica y deben sentar las bases e incentivos para la alineación óptima de la administración del riesgo por parte de las aseguradoras y la reglamentación. Los requisitos financieros reglamentarios deberán ser tanto completos como prácticos, es decir, deben incluir todos los factores de riesgo que puedan traducirse apropiadamente en un requisito financiero.

Un régimen de solvencia sensible al riesgo podría utilizar algunos o todos los siguientes:

- Requisitos financieros reglamentarios, desde sofisticados requisitos sensibles al riesgo hasta simples razones o incluso requisitos mínimos nominales, incluyendo las medidas de seguridad necesarias
- Límites cuantitativos a las exposiciones de riesgo
- Requisitos cualitativos
- Requisitos cuantitativos o cualitativos adicionales que surjan de la evaluación de supervisión.

Se deberán formular requisitos financieros reglamentarios específicos que cubran, al menos, el riesgo de suscripción, el riesgo crediticio y el riesgo de mercado, puesto que estos tipos de riesgos, por lo general, pueden considerarse como rápidamente cuantificables si se les compara con los otros tipos de riesgo principales, el riesgo operacional y de liquidez.

**Elemento Estructural 4.** Se deberá utilizar un enfoque de balance total para reconocer la interdependencia entre activos, pasivos, requisitos de capital y recursos de capital, como también para garantizar el absoluto y apropiado reconocimiento de los riesgos.

Esto reconoce la necesidad de evaluar la totalidad de la posición financiera de una aseguradora en base a la identificación explícita y medición coherente de los riesgos y de su impacto potencial en todos los componentes del balance total.

- Elemento Clave IV: el régimen de solvencia exige una metodología de valoración que aproveche de manera óptima y sea coherente con la información que entregan los mercados financieros y los datos que están a libre disposición sobre los riesgos técnicos de los seguros.

**Elemento Estructural 5.** Los contratos de seguros se suscriben esperando que las obligaciones en ellos estipuladas sean liquidadas al reclamante o beneficiario. Las aseguradoras cumplen con la vasta mayoría de las obligaciones a través de la liquidación de los contratos de seguros, en vez de transferir las obligaciones a otra aseguradora.

Si no hay mercados secundarios líquidos activos que proporcionen valores suficientemente robustos para las obligaciones de los seguros, los elementos de las obligaciones de los seguros deberán ser valorados utilizando los modelos de flujo de caja o métodos que reflejen la liquidación de las obligaciones de los seguros y de acuerdo con los principios, metodologías y parámetros que el mercado espera que se utilicen. Podría considerarse que tales valoraciones son “consecuentes con el mercado”. Estas valoraciones proporcionan una coherencia con los otros elementos del balance que sí tienen valores de mercado confiables disponibles y con las evaluaciones realizadas por los participantes del mercado respecto del valor y del riesgo.

**Elemento Estructural 6.** Una valoración consecuente con el mercado para las reservas técnicas deberá basarse en las características de riesgo de la cartera, en vez de las características de la aseguradora en particular que es dueña de la cartera. No obstante, tal vez sea pertinente utilizar supuestos que reflejen los aspectos del modelo y prácticas de negocios específicas de la aseguradora cuando puedan justificarse suficientemente.

- Elemento Clave V: el régimen de solvencia incluye la definición de las reservas técnicas. Las reservas técnicas tienen que ser prudentes, confiables y objetivas; deben ser comparables con aseguradoras a nivel mundial. Las reservas técnicas incluyen un margen de riesgo explícito.
- Elemento Clave VI: el régimen de solvencia exige la determinación de una *estimación óptima* de los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones que surjan de la cartera de seguros, teniendo en consideración el valor temporal del dinero, determinado por la referencia a las tasas de interés pertinentes libres de riesgo en los mercados financieros.

**Elemento Estructural 7.** Dada la incertidumbre intrínseca de las obligaciones de los seguros, las reservas técnicas tienen que incluir un margen de riesgo sobre la estimación actual del costo que implica el cumplimiento de las obligaciones de las pólizas. El margen de riesgo deberá calibrarse de manera tal que el valor de las reservas técnicas sea equivalente al valor que la aseguradora necesitaría para poder asumir las obligaciones.

**Elemento Estructural 8.** Desde una perspectiva reglamentaria, el propósito del capital es garantizar que, a pesar de cualquier condición adversa, se seguirá cumpliendo con los siniestros y obligaciones de las pólizas cuando se hagan pagaderos y que las reservas técnicas necesarias sigan cubiertas.

**Elemento Estructural 9.** Es una metodología de valoración consecuente con el mercado, las reservas técnicas deberán calibrarse en base a los supuestos

sobre la diversificación de los factores de riesgo pertinentes que son coherentes con los supuestos del mercado. La falta de diversificación dentro de un factor de riesgo, en relación con estos supuestos, deberá reflejarse en el capital necesario (aumentado), no en las reservas técnicas.

Por tanto, la mayor volatilidad del riesgo de suscripción que aquella utilizada para calibrar las reservas técnicas deberá ser cubierta por los requisitos de capital y no por las reservas técnicas.

**Elemento Estructural 10.** La exposición al riesgo de descalce, que no es intrínseco a la cartera de la póliza y que la aseguradora asume en forma voluntaria, deberá reflejarse en el capital necesario y no en las reservas técnicas

**Elemento Estructural 11.** El riesgo que se refleja en el margen de riesgo de las reservas técnicas se relaciona con todos los flujos de caja de pasivos y, de esta manera, con la totalidad del horizonte cronológico de los contratos de seguros que subyacen a estas reservas técnicas.

Los requisitos de capital deberán calibrarse de manera tal que, frente a la adversidad, los activos superen a las reservas técnicas con un nivel especificado de seguridad durante el horizonte cronológico que se haya definido.

- Elemento Clave VIII: el régimen de solvencia permite tener un conjunto de enfoques estandarizados y más avanzados para determinar los requisitos de solvencia e incluye el uso de modelos internos, si fuese pertinente.

## B. Requisitos de gobernabilidad

**Elemento Estructural 12.** El régimen de supervisión exigirá a las aseguradoras que tengan y mantengan políticas, prácticas y estructuras de gobernabilidad corporativa, y que asuman una administración de riesgos sólida en relación con todos los aspectos de su negocio. Una gobernabilidad sólida es un pre-requisito para que un régimen de solvencia funcione de manera efectiva.

Los requisitos financieros sensibles al riesgo sólo podrán cumplir con el rol que se les ha otorgado si la aseguradora cumple con los requisitos de gobernabilidad sólida, comportamiento de mercado y divulgación pública. La gobernabilidad corporativa sólida y la asesoría profesional se relacionan con todos los aspectos del negocio de los seguros, con un rol específico para los directores no ejecutivos y profesionales auditores y actuariales, para mejorar la objetividad y alcanzar los contrapesos necesarios en la estructura de gobernabilidad. Algunos riesgos pueden abordarse solamente a través de requisitos de gobernabilidad en vez de establecer requisitos financieros reglamentarios.

## C. Requisitos de comportamiento de mercado

**Elemento Estructural 13.** El régimen de supervisión exigirá a las aseguradoras que tengan políticas y procedimientos sólidos de comportamiento de mercado. El régimen deberá ser transparente respecto de cómo se expresarán y reflejarán las expectativas de los asegurados en la evaluación de solvencia.

Un comportamiento de mercado inapropiado puede tener un impacto prudencial directo en una aseguradora, o puede ser perjudicial para la reputación de una aseguradora y, por tanto, tener graves consecuencias indirectas para su posición financiera y su capacidad para funcionar con efectividad. Por lo tanto, una aseguradora debe contar con políticas y procedimientos sólidos de comportamiento de mercado. Algunos riesgos pueden abordarse solamente a través de requisitos de comportamiento de mercado en vez de establecer requisitos financieros reglamentarios.

- *Nivel 3 del marco – Evaluación e intervención de supervisión*

- Elemento Clave VII: el régimen de solvencia establece un rango de niveles de control de solvencia y los instrumentos de supervisión asociados a cada uno de los niveles de control.

**Elemento Estructural 14.** Deberá haber una serie de niveles de control de solvencia que gatillen diferentes grados de intervención por parte del supervisor de manera oportuna. El régimen de solvencia deberá prestar debida consideración a la coherencia de los niveles de control de solvencia y cualquier acción correctiva que pueda haber a disposición de la aseguradora, y del supervisor, incluyendo opciones para reducir los riesgos que asuma la aseguradora como también para aumentar el capital.

El propósito de la supervisión será garantizar que las insuficiencias en la operación de una aseguradora sean resueltas por la aseguradora. Las facultades de supervisión deberán incluir la capacidad para imponer y mantener, entre otros, un requisito de capital adicional para el riesgo adicional que presentan dichas deficiencias cualitativas.

## 2.2 Divulgación pública y transparencia

**Elemento Estructural 15.** El régimen de supervisión deberá especificar qué tipo de información de solvencia deberá publicarse para fomentar la disciplina del mercado y proporcionar atractivos incentivos para que las aseguradoras administren sus negocios de manera segura, sólida y eficiente que trate a los asegurados de manera justa.

La información proporcionada al supervisor y sujeta a confidencialidad respalda y promueve la apertura en temas comercialmente sensibles entre el supervisor y la aseguradora.

El régimen deberá ser abierto y transparente en cuanto a los requisitos reglamentarios vigentes, y deberá ser explícito acerca de sus objetivos y del nivel de seguridad que necesita.

La divulgación pública de información fomenta la disciplina del mercado, imponiendo atractivos incentivos a las aseguradoras para que administren sus negocios de manera segura, sólida y eficiente. De esta manera, la solvencia de la aseguradora y la evaluación de solvencia se benefician de la divulgación pública apropiada. Se espera que un régimen haga diferencias entre una divulgación pública y un informe para el supervisor.

Este punto es muy importante para la IAIS estableciendo entre sus principios (Principio N° 26) la importancia de contar con adecuada información, divulgación y transparencia hacia el mercado. Respecto a este punto se establece la necesidad que la autoridad supervisora requiera que las aseguradoras divulguen información relevante sobre una base oportuna para efecto de proporcionar a los interesados una visión clara de sus actividades del negocio y de su posición financiera, de manera de facilitar el entendimiento de los riesgos a los que se encuentran expuestos las compañías de seguros. Dado lo anterior, es que este punto está muy relacionado con aspectos del gobierno corporativo, el que se expone a continuación.

## **2.3 Gobiernos corporativos**

La IAIS, como se mencionó anteriormente, estableció una serie de principios para la operación eficaz de sistemas de supervisión, siendo uno de ellos el principio N° 9 el Gobierno Corporativo. Este principio, hace mención a que la infraestructura de gobierno corporativo reconoce y protege los derechos de todas las partes interesadas. Del mismo modo, la autoridad supervisora tiene que hacer cumplir todos los estándares de gobierno corporativo.

### ▪ *Definición*

El gobierno corporativo se refiere a la manera en la cual el directorio y la alta gerencia vigilan la operación de la aseguradora. De esta manera, el gobierno corporativo comprende los siguientes aspectos:

- a) Los mecanismos mediante los cuales los miembros del directorio y de la alta gerencia rinden cuentas y son responsables de sus acciones.
- b) La disciplina corporativa, transparencia, independencia, responsabilidad, rendición de cuentas, imparcialidad y responsabilidad social.

- c) La divulgación oportuna y precisa de todos los asuntos importantes relacionados con la aseguradora, incluyendo la situación financiera, desempeño, propiedad y los programas de gobierno.
- d) El gobierno corporativo también incluye el cumplimiento de requisitos legales y regulatorios.

De acuerdo a la definición anteriormente expuesta, el directorio es el punto central en el sistema de gobierno corporativo, siendo el responsable final del desempeño de la compañía aseguradora.

Del mismo modo, si el directorio delega autoridad sobre comités o la alta gerencia, de ninguna manera podrá mitigar el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades. Las responsabilidades del órgano de gobierno deberán ser consistentes con las normas de estructura de gobierno establecidas en la jurisdicción.

- Criterios esenciales del gobierno corporativo para la autoridad supervisora
  - a) La autoridad supervisora requiere y verifica que la aseguradora cumpla con los principios aplicables de gobierno corporativo.
  - b) Cuando el puesto de presidente y el de gerente general están combinados en una persona, la autoridad supervisora verificará que se hayan establecido los controles necesarios para asegurar una adecuada rendición de cuentas al directorio.
  - c) En la mayoría de las jurisdicciones, existen reglas de gobierno corporativo para empresas con propósitos generales; las cuales podrían aplicarse a las aseguradoras. Sin embargo, es necesario establecer requerimientos adicionales a través de la regulación de seguros, que traten con asuntos de preocupación e importancia específica para los supervisores de seguros.
  
- *Criterios esenciales del gobierno corporativo para el directorio*
  - a) Establecer sus responsabilidades al aceptar y comprometerse con los principios específicos de gobierno corporativo para su aseguradora.
  - b) Establecer políticas y estrategias, los mecanismos para alcanzarlas, y los procedimientos para el monitoreo y la evaluación de los progresos realizados.
  - c) Cerciorarse de que la aseguradora está organizada de tal manera que promueva la administración efectiva y prudente de la institución, así como la vigilancia del directorio sobre dicha administración.
  - d) Distinguir entre las responsabilidades, la toma de decisiones, la interacción y cooperación del directorio, del presidente, del gerente general y los principales gerentes.



- e) Establecer estándares de conducta de negocios y comportamiento ético para los directivos, los altos ejecutivos y demás personal.
  - f) Contratar y remover a los altos ejecutivos y establecer una política de remuneración que sea revisada en forma periódica.
  - g) Garantizar en forma colectiva que el asegurador cumpla con todas las leyes relevantes, regulaciones y cualquier código de conducta establecido.
  - h) Contar con conocimiento, habilidades, experiencia y compromiso para vigilar efectivamente a la aseguradora.
  - i) No estar sujeto a influencia inapropiada por parte de la alta gerencia ni de otros entes.
  - j) Comunicarse con la autoridad supervisora cuando le sea requerido y reunirse con ésta cuando se le solicite.
  - k) Establecer políticas que aborden el conflicto de interés, el trato justo a los contratantes y el intercambio de información con los interesados, revisando estas políticas periódicamente.
- *Criterios esenciales del gobierno corporativo para la alta gerencia*
    - a) Vigilar las operaciones de la aseguradora y proporcionar las directrices adecuadas, sujeto a los objetivos y políticas establecidas por el directorio, así como también de la legislación.
    - b) Hacer las recomendaciones al directorio, para su revisión y aprobación, sobre objetivos, estrategias, planes de negocios y principales políticas que gobiernan la operación de la aseguradora.
    - c) Proporcionar al directorio información completa, relevante y oportuna que permita revisar los objetivos de la operación, su estrategia y políticas, y rendir cuentas sobre su desempeño.
  - *Criterios avanzados*
    - a) El directorio puede establecer comités con responsabilidades específicas, tal como un comité de auditoría o de administración de riesgos.
    - b) La política de remuneración para directivos y altos ejecutivos tiene relación con el desempeño de la persona, así como el de la aseguradora. La política de remuneración no debe incluir incentivos que promuevan un comportamiento imprudente.
    - c) El directorio identifica un contralor o contralores con responsabilidad para asegurar que se está cumpliendo con la legislación y los estándares requeridos.

Cuando un “actuuario responsable” es parte del proceso de supervisión, el actuuario tiene acceso directo al directorio o a un comité del directorio. El actuuario reporta sobre asuntos relevantes al directorio oportunamente.

- *Otros principios de seguro relacionados con aspectos del gobierno corporativo*
  - a) Idoneidad de personas (Principio N° 7): Los accionistas mayoritarios, miembros del directorio, altos ejecutivos, auditores y actuarios de una institución de seguros son el personal idóneo y apropiado para llevar a cabo sus funciones. Esto requiere que tengan la integridad, capacidad, experiencia y calificación apropiada.
  - b) Cambios en el control accionario y transferencia de cartera (Principio N°8): La autoridad supervisora aprobará o rechazará propuestas para adquirir derechos significativos o cualquier otro interés en una aseguradora que resulte en que esa persona, directa o indirectamente, sola o con un socio, ejerza el control sobre la aseguradora.
  - c) Control interno (Principio N° 10): La autoridad supervisora requerirá que los aseguradores tengan en funcionamiento controles internos, que sean adecuados para la naturaleza y escala de sus operaciones.
  - d) Visitas de inspección (inspección in-situ) (Principio N° 13): La autoridad supervisora llevará a cabo visitas de inspección, para revisar las operaciones de una aseguradora y su cumplimiento con la legislación y los requerimientos de supervisión.
  - e) Evaluación y administración de riesgos (Principio N° 18): La autoridad supervisora requerirá que las aseguradoras reconozcan el rango de riesgos que enfrentan y los evalúen y administren con efectividad.

### **3. MODELO DE SUPERVISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS DE CHILE**

#### **3.1 Modelo de supervisión actual**

El mercado de seguros es un componente clave de la industria financiera chilena, las aseguradoras han acumulado fondos superiores a los 28.900 millones de dólares (a junio de 2007), representando esta cifra alrededor de la quinta parte del PIB total del país. Lo anterior las transforma en los segundos inversionistas institucionales de Chile, siendo actores relevantes del mercado de capitales. Sus inversiones han aportado al financiamiento de una gran variedad de proyectos de desarrollo, como por ejemplo infraestructura vial de uso público y proyectos inmobiliarios y de financiamiento para la vivienda.

Las aseguradoras de vida son parte fundamental del sistema de pensiones chileno, tanto desde el punto de vista de la protección y ahorro de los trabajadores activos, como de la entrega de las pensiones y la gestión de los riesgos asociados a su etapa pasiva. En este plano resulta necesario considerar además la garantía del Estado que existe sobre las pensiones, lo que genera un pasivo indirecto considerable para el Fisco.

El mercado asegurador chileno se ha caracterizado por su apertura y alto nivel de competencia. En él participan 51 compañías (30 de vida y 21 de generales), algunas de las cuales corresponden a grandes grupos aseguradores de nivel mundial. Prácticamente no existen barreras de entrada a la industria y las aseguradoras gozan de amplia libertad para la oferta de sus diversos productos de seguro y para gestionar su negocio.

La industria aseguradora chilena muestra un gran desarrollo en su oferta de productos, existiendo una amplia gama que cubre las principales líneas de negocio a nivel internacional. De igual forma los mecanismos de comercialización se han ido sofisticando en el último tiempo e incorporando nuevos actores en la distribución de los seguros, tales como bancos y grandes tiendas, generando aún mayores niveles de competencia y mayores beneficios en términos de acceso al seguro para la población.

El desarrollo del mercado trae consigo nuevos riesgos y mayor complejidad en la operación de las compañías. Provoca también un nivel de dinamismo que exige una gestión moderna, flexible y focalizada en los riesgos y su mitigación por parte de la administración de las aseguradoras. La apertura internacional supone asimismo un gran desafío para las compañías de propiedad nacional, para mantenerse competitivas en el mercado.

El sistema de supervisión de seguros chileno descansa en dos conceptos claves: Solvencia y Conducta de Mercado. El primero apunta a generar un sistema de supervisión prudencial, que en términos generales garantice que las aseguradoras cuenten con los recursos financieros suficientes para cumplir sus compromisos con sus asegurados. El segundo apunta a establecer una regulación y supervisión que permita dar protección a los derechos de los asegurados y público en general, dando garantías que las aseguradoras cumplan adecuadamente sus obligaciones derivadas de los contratos de seguros suscritos, otorguen un trato justo a los asegurados, beneficiarios y otros legítimos interesados y actúen con la necesaria transparencia en la comercialización de los seguros, el pago de las indemnizaciones y otros beneficios asociados al seguro. A esto se le ha denominado “conducta de mercado”.

El enfoque de supervisión por solvencia que se ha aplicado en Chile, deja amplia libertad a las aseguradoras para comercializar sus seguros y gestionar sus riesgos técnicos, fijando éstas entidades entre otros aspectos los productos, las políticas de suscripción y reaseguro, y la tarificación de los

riesgos. El sistema de supervisión se focaliza en la capacidad financiera actual de la compañía para pagar los compromisos derivados de la venta de seguros.

El sistema de supervisión de solvencia chileno, hasta la fecha, se ha basado principalmente en los siguientes conceptos:

- Reservas Técnicas
- Patrimonio Mínimo y de Riesgo
- Régimen de Inversiones

El primero apunta a una correcta constitución de las reservas técnicas (pasivos que reflejan el valor de las obligaciones con los asegurados), conforme a los criterios y parámetros técnicos fijados por la Superintendencia. Estos criterios buscan ser prudenciales en cuanto a que el monto de las reservas técnicas sea suficiente para el pago de los compromisos de seguros.

El segundo aspecto se refiere a la obligación de las aseguradoras de mantener un nivel de patrimonio mínimo equivalente a UF 90.000, para ejercer la actividad aseguradora, o un monto superior determinado en función del nivel de operaciones de las compañías, denominado patrimonio de riesgo. Este patrimonio es el aporte de los accionistas que garantiza el pago de los compromisos con los asegurados, como primera prioridad y el de otros acreedores en forma subordinada. El objetivo fundamental del patrimonio mínimo o de riesgo es servir de resguardo en caso que las reservas técnicas de la compañía no sean suficientes para el pago de sus compromisos. Lo anterior ante la naturaleza por definición probabilística del pago de las obligaciones por la venta de seguros y por ende la existencia de potenciales desviaciones entre la siniestralidad observada y la esperada.

El tercer concepto apunta a acotar el riesgo de los activos que respaldan las reservas técnicas y el patrimonio mínimo o de riesgo de la compañía, buscando limitar las pérdidas que la compañía pudiera enfrentar por la inversión de dichas reservas y patrimonio. Con este objetivo se establece un régimen de inversiones que fija activos elegibles para invertir, límites o márgenes de diversificación por tipos de activos, emisores y emisión, normas para la valoración de estos activos y constitución de provisiones y castigos, cuando corresponda, normas de calce y otras restricciones a las operaciones de inversión y gestión de riesgos derivados de los activos.

El enfoque de supervisión de la solvencia se ha basado en el establecimiento de normas prudenciales que regulan los tres aspectos señalados previamente. Para efectos de su aplicación, este enfoque descansa en la información financiera de la compañía, básicamente estados financieros e información anexa a éstos. La supervisión entonces se ha concentrado en la verificación del cumplimiento de la regulación de solvencia y en la auditoría de estados financieros e información anexa, destinada a garantizar que dicha información refleje adecuadamente la situación de la compañía.

### 3.2 El nuevo enfoque de supervisión de Solvencia

Si bien las normas tienen por objeto limitar los riesgos de las aseguradoras, al ser de carácter general, no siempre son aplicables a la situación particular de cada compañía. Las reglas son fijas e iguales a todo el mercado, aún cuando puedan ser más fáciles de aplicar y supervisar, son menos efectivas a la hora de evaluar y acotar adecuadamente los riesgos que cada compañía asume. Además, el establecimiento de pautas y normas rígidas de actuación puede restringir la capacidad de la compañía para gestionar sus riesgos financieros y adoptar decisiones en relación a la gestión de sus activos y pasivos.

El desarrollo del mercado asegurador ha traído consigo un mayor grado de complejidad y sofisticación en el negocio de las aseguradoras. Las compañías, producto entre otras razones del desarrollo de nuevos tipos de seguros, nuevas formas de comercialización, el aumento de la competencia y la propia naturaleza dinámica de los riesgos, han debido generar nuevos mecanismos y herramientas de gestión de riesgos, lo que provoca que en la práctica sea muy difícil mantener normas siempre actualizadas y acordes a los riesgos que enfrentan las aseguradoras. Lo anterior genera que un sistema de supervisión basado en el cumplimiento de normas no sea tan efectivo a la hora de monitorear y mitigar riesgos que pudieran afectar la solvencia en las compañías.

Considerando esta realidad, los supervisores del sistema financiero de países más desarrollados, han evidenciado en los últimos años, una tendencia clara hacia modelos de supervisión basados en riesgos más que en cumplimiento de normas. Dentro de estos enfoques se pueden mencionar el modelo propuesto por el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, conocido como Basilea II, el modelo de la Unión Europea de solvencia para las aseguradoras, denominado "Solvencia II", y el anteriormente descrito modelo de supervisión de solvencia de la IAIS. Basándose en estos modelos y en el modelo de supervisión canadiense (OSFI) y de Inglaterra (FSA) y considerando además las recomendaciones de otros organismos internacionales como la IAA (International Actuarial Association), la IASB (Internacional Accounting Standard Board), la OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) y el Banco Mundial, la SVS ha desarrollado un nuevo modelo de supervisión de la solvencia para el mercado asegurador chileno, estructurado en 2 niveles de supervisión, correspondientes a los niveles de supervisión 2 y 3 del modelo IAIS.

En relación a los conceptos del nivel 1 de condiciones del modelo IAIS, si bien se reconoce la necesidad de efectuar algunos perfeccionamientos al marco legal e institucional que rige el mercado asegurador chileno que hagan más completo el cumplimiento de estas condiciones, se estima que el mercado chileno tiene un nivel satisfactorio de cumplimiento de estos requisitos previos, observándose un buen desarrollo de la estructura del mercado financiero y de capitales, un marco legal e institucional razonable, una

Superintendencia con un carácter técnico, y recursos humanos y financieros que le permiten realizar su labor.

Considerando lo expuesto el nuevo modelo de supervisión de solvencia basada en riesgos de la SVS para la industria aseguradora, se estructura sobre la base de dos niveles:

- a) Un nivel regulatorio, que establece requerimientos mínimos de solvencia sensibles a los riesgos de las aseguradoras, tanto proveniente de los activos como los pasivos, con énfasis cuantitativo; un nuevo régimen de inversiones, más flexible que el actual; y un sistema de valoración de activos, pasivos y patrimonio apegado a los nuevos estándares internacionales, bajo el concepto de valor de mercado o económico.
- b) Un nivel de supervisión que complementa el nivel de requerimientos básicos de solvencia, con énfasis cualitativo y que, sobre la base de enfoques de Supervisión Basada en Riesgos observados en países como Canadá e Inglaterra, permite a la autoridad evaluar riesgos individuales de las compañías y su gestión por parte de éstas, pudiendo actuar en forma preventiva, anticipándose a situaciones de insolvencia a través de actividades de mitigación de los riesgos. En este nivel se recogen los aspectos de gobierno corporativo, conducta de mercado y transparencia o “disclosure”, como factores relevantes a considerar en la evaluación de riesgo de la compañía.

Uno de los puntos más importantes dentro de este nivel, y clave en el nuevo modelo de supervisión, es contar con adecuados Gobiernos Corporativos, lo que incide directamente en la capacidad de la compañía para gestionar y controlar adecuadamente los riesgos que asume. La calidad de los gobiernos corporativos será por ende un factor a evaluar en el proceso de análisis de riesgos en las compañías y por lo tanto, establecer y difundir un marco de principios o buenas prácticas en materia de gobiernos corporativos, especialmente dirigido a las compañías de seguros, es parte relevante del trabajo de implementación del nuevo enfoque de supervisión. Será misión del Supervisor el fomentar la utilización de mejores prácticas de gobierno corporativo en las aseguradoras y generar un marco conocido por el mercado, que sirva de base para la evaluación que la SVS efectuará de este aspecto en las aseguradoras.

La siguiente figura resume el modelo de supervisión de solvencia *Basada en Riesgos* que la SVS proyecta implementar:

<b>NIVEL 2</b>	<p><b>Nivel de Supervisión:</b> Proceso de evaluación de riesgos y actividades de mitigación</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- enfoque de supervisión basado en riesgos</li> <li>- gobiernos corporativos</li> <li>- conducta de mercado y disclosure</li> </ul>
<b>NIVEL 1</b>	<p><b>Nivel Regulatorio:</b> Requerimientos mínimos de solvencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- capital basado en riesgo</li> <li>- nuevo régimen de inversiones</li> <li>- nuevas normas sobre valorización de activos y pasivos considerando valor económico</li> </ul>

En el nivel regulatorio, los nuevos requerimientos mínimos de solvencia que se contempla aplicar se estructuran sobre la base de: a) un nuevo requerimiento patrimonial, bajo el concepto de capital basado en riesgo y el enfoque de balance total (“total balance sheet approach”), el que contemplaría un modelo estándar del tipo “fórmula” y la posibilidad de autorización de modelos internos bajo ciertos requisitos; b) un nuevo régimen de inversiones más flexible que el actual, y c) nuevos métodos de valoración de activos y pasivos, considerando las recomendaciones internacionales.

El nivel de requerimientos mínimos de solvencia debe entenderse como un piso para el ejercicio de la actividad en un esquema de regulación prudencial, pero existen una serie de razones que hacen imprescindible un nivel complementario de supervisión, basado en la evaluación individual de riesgos y su gestión en cada aseguradora (nivel 2).

El nivel de supervisión en base al riesgo, contempla tres etapas:

- Una evaluación de riesgos inicial, basada en ratios e indicadores y el análisis de impacto de una eventual insolvencia de la compañía.
- Una evaluación de riesgo más profunda, realizada utilizando una metodología de “matriz de riesgo” que, sobre la base de criterios, “benchmarks” y principios o buenas prácticas de gestión, evalúa y establece un nivel de riesgo agregado para la compañía. La matriz considera un análisis de riesgo para las principales actividades de la compañía, evaluando riesgos inherentes a éstas, calidad de la gestión, fortaleza patrimonial y capacidad de generar ingresos por parte de la aseguradora.
- Actividades de Mitigación de los Riesgos, que corresponde a las medidas que adoptará la SVS para fomentar acciones de mitigación de riesgos de parte de las compañías. Para este efecto, la SVS emitirá una “guía de actuación” que informará las posibles acciones que adoptará, dependiendo de los distintos niveles de riesgo observados en la aseguradora.

El nuevo modelo de supervisión basada en riesgos tiene como objetivos básicos los siguientes:

*A) Fortalecimiento de los sistemas de gestión de riesgos*

Se espera que la supervisión focalizada hacia temas de riesgo y su gestión, promueva un mayor desarrollo de herramientas y modelos modernos de gestión y control de riesgos en las compañías de seguros. Lo anterior, junto con favorecer entidades más solventes y bien administradas, genera un gran potencial de desarrollo sostenido y estable de las aseguradoras. El objetivo fundamental del modelo es que las aseguradoras gestionen adecuadamente sus riesgos y a través de esto, reduzcan su exposición neta y sean capaces de prevenir situaciones que puedan debilitar su solvencia. Consistente con esta visión, el modelo establece incentivos para que las compañías generen sistemas de gestión de riesgos más robustos y a su vez genera mayor carga y requerimientos de supervisión para aquellas compañías que se muestren débiles en esta materia.

*B) Enfoque preventivo*

El objetivo de los requerimientos de solvencia y de la evaluación de los riesgos que afectan a las aseguradoras, es evitar que situaciones de riesgo excesivo se cristalicen, es decir se transformen en situaciones reales de insolvencia. Para ello resulta clave la adopción de medidas preventivas oportunas, que actúen mitigando los riesgos, antes que éstos se materialicen, en lugar de medidas a posteriori, que apuntan a administrar una situación de insolvencia, más que a evitarla.

*C) Regulación más flexible*

El modelo SBR otorga un alto grado de flexibilidad a las aseguradoras para definir sus políticas de riesgo, al compararlo con un esquema tradicional de cumplimiento de normas. El nuevo modelo permitirá flexibilizar la regulación, de modo que las compañías tengan mayor libertad para adoptar sus decisiones sobre la base de sus propios modelos y análisis de riesgos y no sobre la base de una regulación determinada. Este proceso involucra por lo tanto un cambio en sustancial en la regulación actual.

*D) Recomendaciones internacionales*

El nuevo modelo SBR permitirá que el país muestre un mayor apego a los principios y recomendaciones internacionales en materia de supervisión de seguros. Lo anterior, adicionalmente a los beneficios propios de un sistema más moderno y eficiente, es un objetivo altamente deseable en sí mismo, entre otras cosas porque incide en una mejor evaluación del sistema financiero



chileno a nivel internacional, favorece la inversión e intercambio con el exterior y genera una mayor valoración y reconocimiento del desarrollo de la industria aseguradora y de la labor que realiza la SVS.

#### *E) Focalización de los recursos*

La SVS cuenta con recursos limitados para efectuar la supervisión del mercado asegurador. Por lo anterior debe asignar sus recursos en forma eficiente, buscando focalizarlos en aquellos aspectos de riesgo más relevantes en términos de potencial impacto en la solvencia de las aseguradoras y el sistema en general, y en aquellas entidades que, sobre la base del análisis de riesgo individual, aparecen como de mayor vulnerabilidad. En este sentido, el modelo SBR se sustenta en forma importante en la capacidad de los profesionales que están a cargo de la labor de supervisión de las entidades. Por lo anterior, la implementación del nuevo modelo contempla una fuerte inversión en capacitación que apunta a dar mayor relevancia y responsabilidad al trabajo individual de los supervisores.

## **4. FISCALIZACION DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL ASEGURADO**

### **4.1 Principios básicos de seguros de la IAIS. Conducta de mercado**

La IAIS ha desarrollado una serie de Principios Básicos de Seguros que proporcionan un marco aceptado globalmente para la regulación y supervisión del sector seguros.

Los principios, estándares y documentos guía cubren diversos temas, que proveen de bases para evaluar la legislación de seguros y los sistemas y procedimientos de supervisión, entre los cuales se encuentra los principios relacionados con el Mercado y los Consumidores, que podemos identificar con la conducta de mercado.

Entre los objetivos de la regulación y la función de la autoridad supervisora con relación a este aspecto, se han desarrollado varios principios orientados al comportamiento de mercado de las aseguradoras, intermediarios y agentes. Por su parte, desde la perspectiva de la industria de seguros, el desafío es lograr tener procedimientos sólidos de comportamiento, usos y prácticas de mercado, con adecuada transparencia respecto de los asegurados.

A continuación pasamos a revisar los Principios Básicos de Seguros establecidos por la IAIS para Mercado y Consumidores.

## *Principios Básicos de Seguros Mercado y Consumidores*

### *A). PBS 24 Intermediarios*

La autoridad supervisora establece requerimientos, directamente o a través de la supervisión de las aseguradoras, para la conducta de los intermediarios.

#### Nota explicativa

24.1 Los intermediarios sirven como importantes canales de distribución de seguros, proporcionando una interfase entre los consumidores y las aseguradoras. Su buena conducta es esencial para proteger a los consumidores y promover la confianza en los mercados aseguradores. Por esta razón los intermediarios deben ser directa o indirectamente supervisados. En donde los intermediarios son supervisados directamente, entonces la autoridad supervisora debe estar en posibilidades de realizar visitas de inspección cuando sea necesario.

24.2 Los intermediarios incluyen a todos aquellos que estén involucrados en actividades de intermediación de seguros.

### *B). PBS 25 Protección al consumidor*

La autoridad supervisora establece requerimientos mínimos para los aseguradores e intermediarios en su trato con clientes en su jurisdicción, incluyendo aseguradores extranjeros que vendan productos sobre una base transfronteriza. Los requerimientos incluyen la presentación de información oportuna, completa y relevante a los consumidores, tanto antes de firmar el contrato como después, hasta el punto en el cual todas las obligaciones bajo un contrato han sido satisfactorias.

#### Nota explicativa

25.1. Los requerimientos para la conducta la actividad aseguradora ayudan a fortalecer la confianza del consumidor en el mercado de seguros.

25.2. La autoridad supervisora requiere que los aseguradores y los intermediarios traten a sus clientes de una forma justa, prestando atención a sus necesidades de información. Respecto de los consumidores en su propia jurisdicción, la autoridad supervisora debe establecer requerimientos que los aseguradores e intermediarios deben cumplir. Los requerimientos aplicables a las ventas transfronterizas también deben ser claros.

25.3. Un buen proceso de resolución de reclamaciones por siniestros es esencial para el trato justo a los clientes. Para este propósito, algunas

jurisdicciones han establecido mecanismos de resolución de reclamaciones por siniestros extrajudiciales, tales como paneles independientes o arbitrajes.

25.4. Para un gran número de consumidores, los productos de seguros son difíciles de entender y evaluar. Las aseguradoras y los intermediarios tienen un mayor conocimiento de los temas de seguros que los clientes. Por tanto deben existir arreglos para los asegurados potenciales:

- Para tener acceso a la información requerida para tomar una decisión informada antes de formalizar un contrato.
- Para estar informado acerca de los derechos y obligaciones durante la vigencia del contrato.

25.5. Estos requerimientos deben distinguir entre tipos particulares de clientes. En particular, las reglas detalladas para la conducta del negocio pueden no ser apropiadas para las transacciones de reaseguro o con respecto a consumidores profesionales. Sin embargo, ello no aligera a los reaseguradores de su deber para proveer información completa y precisa a las aseguradoras con las que negocian.

### C) *PBS26 Información, divulgación y transparencia hacia el mercado*

La autoridad supervisora requiere que las aseguradoras divulguen información relevante sobre una base oportuna a efecto de proporcionar a los interesados una visión clara de sus actividades del negocio y de su posición financiera y para facilitar el entendimiento de los riesgos a los que se encuentran expuestos.

#### Nota explicativa

26.1. La divulgación pública de información confiable y oportuna facilita el entendimiento de los interesados existentes y potenciales de la posición financiera de las aseguradoras y de los riesgos a los que están sujetos, independientemente de que sean públicamente ofertadas o no.

26.2. Las autoridades supervisoras están preocupadas por mantener mercados de seguros eficientes, justos, sanos y estables para el beneficio y protección de los asegurados. Cuando se proporciona información apropiada, los mercados pueden actuar eficientemente, premiando aquellas aseguradoras que operan de manera eficiente y penalizando aquellas que no lo hacen. Este aspecto de la disciplina de mercado sirve como un agregado a la supervisión.

- 26.3. La divulgación periódica de información puede facilitar el suave funcionamiento de los mercados de seguros. Por ejemplo, cuando existe divulgación pública oportuna, es menos frecuente que los participantes del mercado sobre-reaccionen a información negativa acerca de una aseguradora.
- 26.4. Una mayor divulgación conlleva mayores costos, que pueden ser directos o indirectos. Por ejemplo, las compañías pudieran experimentar una desventaja competitiva que provenga de una mayor divulgación de información propia. Dichos costos deberán ser ponderados contra el beneficio potencial de una mayor divulgación requerida por cualquier estándar.
- 26.5. La autoridad supervisora toma acción, si es necesario, en coordinación con otros organismos relevantes, para asegurar una divulgación efectiva y relevante.

#### *D). PBS27 Fraude*

La autoridad supervisora requiere que las aseguradoras y los intermediarios tomen las medidas necesarias para prevenir, detectar y remediar los fraudes de seguros.

#### Nota explicativa

- 27.1. La autoridad supervisora tiene un importante papel que jugar para combatir el fraude en seguros en su jurisdicción. Esta se comunica con otros supervisores para enfrentar dichos fraudes a través de las jurisdicciones.
- 27.2. El fraude puede ser llevado a cabo por cualquier parte involucrada en seguros, por ejemplo, aseguradoras, administradores y personal de las aseguradoras, intermediarios, contadores, auditores, consultores, ajustadores, así como los asegurados.
- 27.3. La mayor parte de las jurisdicciones cuentan con medidas legales contra el fraude en seguros. En muchas jurisdicciones, los casos de fraude son considerados actos criminales.
- 27.4. El fraude de seguros resulta en daños financieros y a la reputación, así como en costos sociales y económicos. Es por ello que la autoridad supervisora requiere que las aseguradoras y los intermediarios aborden asuntos de una manera efectiva.

## E). PBS28 Combate al lavado de dinero y financiamiento al terrorismo (CLD/CFT)

La autoridad supervisora requiere que los aseguradores y los intermediarios, como mínimo aquellos aseguradores e intermediarios que ofrecen productos de seguros de vida u otras inversiones relacionadas con los seguros, tomen medidas efectivas para detener, detectar y reportar lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo consistentes con las recomendaciones de la Fuerza de Trabajo de Acción Financiera sobre Lavado de Dinero (Financial Action Task Force on Money Laundering –FATF).

### Nota explicativa

28.1. En la mayoría de las jurisdicciones miembros de la IAIS, el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo son actos criminales bajo la ley. El lavado de dinero es el procesamiento de procedencias criminales para disfrazar su origen ilegal. El financiamiento al terrorismo involucra la provisión directa o indirecta de fondos, obtenidos legal o ilegalmente, para actos terroristas o para organizaciones terroristas.

28.2. Las aseguradoras y los intermediarios, en particular aquellas aseguradoras e intermediarios ofreciendo seguros de vida u otras inversiones relacionadas con los seguros de vida pueden verse involucrados, de forma consciente o inconsciente, en lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. Esto los expone a riesgos legales, operativos y de reputación. Las autoridades supervisoras, conjuntamente con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, y en cooperación con otros supervisores, deben supervisar adecuadamente a las aseguradoras e intermediarios para prevenir y combatir el CLD/CFT y contener dichas actividades.

## 4.2 Reglamentación y control de la actividad aseguradora en Chile

La regulación de seguros está integrada por principios, instituciones y normas de Derecho Público y Derecho Privado.

### ▪ Orden Público Económico

Para el eficaz cumplimiento de los objetivos fundamentales de regulación y normativos que persigue la legislación de seguros, la ley contempla la intervención del Estado a través de normas regulatorias y de fiscalización, que se enmarcan dentro del concepto de *Orden Público Económico*.

Sobre este punto, como se ha señalado “en el Derecho Público Económico especial importancia tienen los principios y valores que conforman el denominado “orden público económico”, concepto que ha sido con profundidad

desarrollado por la doctrina y jurisprudencia nacional y que comprende tanto el rol del Estado (regulador, fiscalizador y excepcionalmente, empresario), los derechos de las personas (igualdad ante las cargas, libertad de emprender, no discriminación en materia económica y derecho de propiedad) como igualmente los mecanismos para hacer efectivos los mismos o garantías (recursos de protección, amparo económico o denuncia a los órganos defensores de la libre competencia).

“La materia en cuestión fue especialmente debatida en el seno de la Comisión de Estudio (CENC) que redactó la carta fundamental. Al respecto, se dejó constancia de que “en el nuevo ordenamiento jurídico tenemos el deber de contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la Economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país<sup>5</sup>”.

El profesor don José Luis Cea, citado por Roberto Guerrero del Río,<sup>6</sup> en su obra Tratado de la Constitución de 1980, señala que se entiende “por orden público económico el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país, y facultan a la autoridad para regularla en armonía de los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”, Para este autor “el orden público económico comprende el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas, en diversas jerarquías y especies, destinado a organizar y regular ese aspecto de la convivencia humana, incluyendo la dirección y promoción y control de él, como la penalidad de las transgresiones.”

Refiriéndose a esta materia el Tribunal Constitucional (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 92, segunda parte, sección sexta, considerando 72) ha señalado que: “el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los organismos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulen dichas actividades”.<sup>7</sup>A su vez, Arturo Fernandois señala que el “Orden Público Económico es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida de lo posible y en un marco subsidiario, el

---

<sup>5</sup> Navarro Beltrán, Enrique. Orden Público Económico y Libre Competencia (Apuntes)

<sup>6</sup> Guerrero del Río, Roberto. Orden Público Económico. (Apuntes)

<sup>7</sup> Fernandois V., Arturo. Lecciones Derecho Constitucional Económico, p. 54, Tomo I Ediciones Universidad Católica de Chile).

disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.”<sup>8</sup>

En el concepto de Orden Público Económico destaca la idea de orden que permite calificar si una situación dada es o no correcta en un momento determinado, atendido el objetivo y finalidad que se persigue con el orden de que se trate. En lo que respecta a las entidades aseguradoras podrán desarrollar sus actividades normales respetando las normas legales que las regulan. La garantía de desarrollar cualquier actividad económica está subordinada al cumplimiento y respeto por parte del sujeto del derecho de las normas legales que la regulan, y siempre que la actividad no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. No se trata entonces de un derecho absoluto, estando su ejercicio sujeto a las limitaciones impuestas por la ley, la que en este caso establece un conjunto de controles y reglamentaciones.

En tal sentido, la regulación de seguros esta orientada y comprende el deber de reglamentación y fiscalización que impone la ley respecto de la actividad aseguradora, que está determinado por el hecho que las compañías de seguros se encuentren definidas en la ley como inversionistas institucionales y que en el ejercicio de la actividad aseguradora está comprometida la fe pública, confianza y seguridad del comercio de seguros.

Lo señalado impone y hace necesario el establecimiento en la ley de requisitos o condiciones para el desempeño de la actividad aseguradora y del rol fiscalizador permanente del Estado desde el inicio y hasta su término, respecto de las personas y entidades que intervienen en el negocio, a fin de contribuir al desarrollo de un mercado de seguros confiable y eficiente, resguardando los derechos y la protección de los asegurados e inversionistas.

#### ▪ *Competencia y Principio de Legalidad*

En nuestro país la Superintendencia de Valores y Seguros dentro de la organización del Estado, es un órgano administrativo encomendado de aplicar la ley y sus actuaciones deben ser siempre ejercidas dentro del ámbito de su competencia. Para ello, habrá de fiscalizar una materia que la ley le encomienda, impartiendo órdenes e instrucciones, y ante la inobservancia o incumplimiento de estas podrá ejercer sus facultades fiscalizadoras y potestades sancionadoras imponiendo las sanciones del caso.

En lo que respecta al ejercicio de la actividad aseguradora, corresponde a la Superintendencia cumplir cabalmente con su función de fiscalización y control del comercio de seguros, en las diversas materias bajo su competencia, con estricta sujeción a las normas legales establecidas en el D.F.L. 251, de 1931, Ley de Compañías de Seguros, en el D.L. 3.538, de 1980 Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros y en su normativa complementaria. En

---

<sup>8</sup> (ob. cit. p. 58).

tales condiciones, las actuaciones de la autoridad supervisora no podrían ser susceptibles de reproche jurídico en cuanto ellas se ajusten al principio de legalidad, esto es, ejerza las facultades legales que signifiquen la ejecución de la ley y que le han sido conferidas para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las normas generales o especiales que regulan la actividad aseguradora, y no obedezcan a una decisión caprichosa o infundada del Superintendente, sino que sean producto de un análisis técnico y razonado que justifique su decisión y proceder, ya sea dictando o interpretando normas administrativas, impartiendo instrucciones a tomando las medidas sancionadoras ante un incumplimiento de la normativa vigente, o también procurando evitar se comprometa la solvencia actual o futura de la compañía y el funcionamiento del mercado asegurador, todo ello en resguardo de los intereses de los asegurados. Con todo, el ejercicio de las facultades legales no podrán importar una privación, perturbación o amenaza a ningún derecho o garantía constitucional de los fiscalizados, igualdad ante la ley, no discriminación en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica derecho de propiedad, libertad de desarrollar una actividad económica, ni afectar el normal desenvolvimiento del negocio asegurador.

Por otra parte, sentado que sea que el órgano fiscalizador está llamado por la ley a satisfacer la función pública fundamental de proteger los intereses de los asegurados, conociendo o debiendo conocer la situación de los riesgos de la industria aseguradora, es dable concluir que el supervisor no podrá circunscribir su actuación a la verificación puramente formal del cumplimiento de la ley, sin atender al análisis de los riesgos de la industria mediante un enfoque preventivo a fin de evitar los riesgos de incumplimiento, de insolvencia y de eventual quiebra, que en definitiva perjudiquen los derechos de los asegurados.

Sin entrar al análisis detallado de las facultades generales y especiales que la ley confiere a la Superintendencia, cabe destacar algunas atribuciones que le permiten cumplir los objetivos de la supervisión, mediante el ejercicio de sus potestades públicas, tales como: velar por el cumplimiento de las normas; interpretar administrativamente las leyes de su competencia; dictar normas e instrucciones, examinar y fiscalizar todas las operaciones y documentos; pedir informes sobre sus negocios, requerir los antecedentes y explicaciones necesarios para su información; imponerse del estado, desarrollo y solvencia; comprobar la exactitud e inversión de las reservas, capitales y fondos, solicitar la entrega de cualquier documento o antecedente necesario para fines de fiscalización; convocar al directorio o a junta general de accionistas, inspeccionar las oficinas de los fiscalizados; examinar su documentación, libros, impartir normas relativas a la preparación y presentación de balances, estados financieros y a la forma de llevar su contabilidad, requerir que se proporcione información al público; pedir declaraciones sobre hechos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, ordenar la designación de auditores externos para que informen los balances generales y designar la propia Superintendencia auditores externos para que realicen actividades específicas en los fiscalizados.



Si una entidad supervisada contraviene la ley, las normas reglamentarias o sus estatutos, la Superintendencia puede aplicar las sanciones siguientes: censura o reconvención, multa, suspensión de la administración hasta por seis meses, suspensión de todas o algunas de las operaciones hasta por seis meses y revocación de la autorización de existencia.

- *Fundamentos y Objetivos del Régimen Normativo de Seguros en Chile*

El control de la actividad aseguradora mediante la reglamentación legal, encuentra fundamento en el compromiso de confianza, fe pública y seguridad comprometida en el ejercicio del giro de seguros. El comercio de seguros se desenvuelve en un marco general de libertad y libre iniciativa privada. Como se ha señalado, el objeto fundamental de la legislación de seguros es velar por la solvencia, seguridad y transparencia del mercado, y fundamentalmente, proteger los derechos e intereses de los asegurados que han confiado el resguardo de sus bienes y patrimonio en el asegurador.

Desde la perspectiva de la protección de los asegurados, existe hoy día un creciente interés y preocupación producto de los cambios y evolución en el sector de seguros tanto en el ámbito normativo como del negocio asegurador, entre los cuales se pueden mencionar la desregulación de la actividad y de las operaciones de seguros que determinan una reducción del grado de control del Estado del mercado asegurador<sup>9</sup>, globalización de los mercados y aplicación de mejores prácticas y estándares internacionales, relación dinámica entre las entidades aseguradoras y los consumidores-asegurados, comercialización masiva de productos de seguros, banca seguros, nuevos canales de distribución y formas de contratación, estandarización de algunos tipos de coberturas, novedosos productos y coberturas, multiplicidad de actores en el mercado y mayor competencia entre las empresas aseguradoras.

Por otra parte, es menester considerar la existencia de regímenes legales que autorizan y prevén la participación de las entidades aseguradoras privadas en la administración y manejo de beneficios y prestaciones de seguridad social, radicado antes exclusivamente en el Estado y sus órganos, además del establecimiento por ley de determinados seguros obligatorios, lo cual impone la necesidad de sistemas y mecanismos más eficientes de control, en resguardo y protección de los derechos de los asegurados.

En Chile tenemos la experiencia del Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia creado por el D.L. 3.500, de 1980, que contempla entre sus bases y principios fundamentales la intervención de aseguradoras privadas, que asumen un rol complementario en el sistema de protección social de pensiones mediante el seguro de renta vitalicia para el pago de pensiones a los

---

<sup>9</sup> Ríos Gómez Lobo, Jaime. La desregularización de la operación de seguros. La Experiencia Chilena. II Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros, México, 1991

afiliados de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia y el seguro de invalidez y sobrevivencia; administración de planes de ahorro previsional voluntario; otorgamiento de prestaciones y beneficios de protección social a víctimas de accidentes de tránsito (Ley N° 18.490 Seguro Obligatorio de Accidentes Personales Causados por Vehículos Motorizados).

## **5. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS ASEGURADOS CONSUMIDORES**

### **5.1 Fundamentos**

Siendo la legislación de seguros una “disciplina normativa y equilibradora, que actúa por encima de las partes tutelando al más débil, al asegurado”, la protección de los intereses y derechos de los asegurados deberá ser enfocada a la luz de los actuales modelos de supervisión aplicables a la realidad del mercado y en función del estado de desarrollo de la legislación y normativa administrativa, atendiendo tanto a los requerimientos propios de la actividad de seguros como a las nuevas orientaciones en materia de protección de los consumidores en general.

Como se sostiene por autores especializados “la protección de los derechos de los consumidores...se ha constituido en uno de los aspectos más relevantes de la modernización del sector asegurador”.<sup>10</sup> Por ello, desde la perspectiva del Derecho de Seguros: “No es pues extraño que gran parte de las aportaciones doctrinarias al Derecho de Seguros, se enfoquen preferentemente desde la óptica de los consumidores <sup>11</sup>”. Con todo, en cuanto al sector asegurador, la doctrina se plantea si su legislación específica tiene el mismo alcance y fundamento que la legislación sobre los consumidores en general. A este respecto, como acota María de los Angeles Calzada, citada por Ernesto Caballero Sánchez,<sup>12</sup> se ha advertido la diferenciación de dos planos distintos en la protección de los asegurados, a saber:

“Por un lado, la tutela que es necesaria para el funcionamiento y desarrollo del sector - lo que en última instancia es debido a las peculiares características del contrato de seguro - y que da lugar al planteamiento tradicional de la cuestión al que responden tanto la legislación de control como las modernas leyes del contrato de seguro. Ello explica que el fenómeno de protección de los asegurados en ese sentido haya surgido mucho antes y con independencia del de protección de los consumidores, así como que tal protección se otorgue indiscriminadamente a todos los asegurados. Por otro lado, la protección

---

<sup>10</sup> Jaramillo, Carlos, citado por Ernesto Caballero Sánchez. El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa. P44. Editorial Mapfre S.A., Madrid, 1997.

<sup>11</sup> E. Caballero Op. Cit. P.44.

<sup>12</sup> Caballero.Op.cit. p.43

específica que al margen de las exigencias del sector puede precisar el asegurado-consumidor en cuanto tal, desde la perspectiva propia del fenómeno de protección de los consumidores.”

En cuanto a esta diferenciación – que resulta particularmente aplicable a nuestra realidad –, se sostiene que: “por una parte, no es suficiente como instrumento de protección de los consumidores, la existencia de una norma sobre el contrato de seguro frecuentemente desconocida por los mismos y escasamente divulgada o popularizada, aunque, por supuesto, en el fondo, constituya el eje fundamental sobre el que se apoya la tutela de los tomadores y asegurados; por otra, la protección ha de ser más efectiva y concreta cuando se trate de asegurados más necesitados de ella...”

Ello lleva al autor a reflexionar que “Lo cierto es que los consumidores de los servicios de seguros precisan un asesoramiento protector y una buena información en el proceso de comercialización del seguro, para conocer las características del servicio que se les ofrece, así como el sentido y alcance de las condiciones y cláusulas contractuales más importantes (pago de la prima, declaración de riesgo, derecho de rescisión, etc.) y en cualquier caso todos los trámites a realizar en las reclamaciones de eventuales siniestros que se puedan producir”. Y se agrega, citando a Michele Carlo, Profesor de la Universidad de Génova: “En teoría podemos afirmar que el consumidor estará adecuadamente tutelado cuando: se le garantice el acceso a los servicios de seguros, esté suficientemente informado sobre la cualidad intrínseca de los servicios que se le ofrecen; la estructura de la póliza esté dotada de mecanismos de flexibilidad en la medida que le permita rescindir el contrato cuando cese su necesidad de seguro o cuando considere oportuno satisfacerla con otros bienes; pueda disponer de la prestación en el momento del siniestro o del vencimiento contractual, debido a que la compañía es solvente; y exista un sistema de resolución de controversia imparcial y poco costoso.”<sup>13</sup>

## **5.2 Marco normativo de la protección de los derechos de los asegurados-consumidores**

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones modernas, en Chile no existe un tratamiento normativo orgánico, sistemático y específico en materia de protección de los derechos de los asegurados-consumidores.

Sobre el particular, nuestra ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores tiene el carácter de norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores.

---

<sup>13</sup> E. Caballero.Op.cit. p.44

El Mensaje del Poder Ejecutivo al enviar el proyecto de ley al Congreso Nacional, precisando el propósito de “ampliar el ámbito de aplicación de la ley, convirtiéndola en la norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores, entregando facultades al Servicio Nacional del Consumidor para asumir la defensa, independientemente de si el acto consumo está regido por la Ley N° 19.496 u otro cuerpo normativo.”<sup>14</sup>

El artículo 2 bis de la Ley N° 19.496 establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, establece: Art. 2° bis.: “No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de *prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:*

- a) En las materias que estas últimas no prevean;
- b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y
- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

Del tenor literal de la norma citada resulta que si bien los seguros se encuentran entre aquellas actividades sujetas a normativa especial, en virtud de la misma ley se contempla su aplicación supletoria en todas aquellas materias que las leyes de seguros no prevean, lo que resulta armónico con la necesidad de amparo y protección de los derechos de los consumidores de seguros. Sin embargo, aun cuando lo señalado es claro y podría satisfacer el principio de especificidad y respeto de los espacios de regulación de los distintos sectores y mercados, entre los cuales se encuentra el mercado de los seguros, surgen dudas de aplicación e interpretación sobre el alcance de las normas sobre protección del consumidor al contrato de seguro.

La práctica también demuestra que hay situaciones de duplicidades y superposiciones de autoridades administrativas, como el conocimiento de algunas materias de seguros o el ejercicio de determinadas atribuciones previstas en la ley, por un organismo distinto de la autoridad supervisora de seguros. Ello puede generar eventuales contiendas de competencia. Un ejemplo de ello lo podrían constituir ciertas actuaciones en el ámbito judicial y

---

<sup>14</sup> Sandoval López, Ricardo. Derecho del Consumidor, Protección al Consumidor en la Ley N° 19.496 de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la Legislación Comparada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.

de defensa de intereses colectivos o difusos<sup>15</sup>". Ante este escenario, en razón de la especialidad creemos debe corresponder a la autoridad supervisora de seguros velar por la aplicación de estas normas, en cumplimiento de su función pública como órgano público encargado de la fiscalización y control del funcionamiento del mercado de seguros.

En tal sentido, la especialidad y objetivo de la regulación de seguros en la protección de los derechos de los asegurados, atendido el carácter de contrato de adhesión del seguro que se reconoce al seguro, determina la necesidad de una intervención activa de la autoridad supervisora, haciendo uso de las facultades y atribuciones conferidas por la ley en los diversos planos de su quehacer y concretarse en el cumplimiento de ciertos estándares y requerimientos mínimos:

1. La competencia y ámbito de la fiscalización de la Superintendencia, respecto a la actuación de las personas y entidades fiscalizadas -compañías de seguros, agentes de ventas, corredores, liquidadores- por el cumplimiento y aplicación de los contratos de seguro que se celebren con los asegurados, debe comprender naturalmente el velar por la protección de los derechos de los consumidores de seguros, poniendo fin a las asimetrías y evitando desigualdades en el tratamiento del consumidor de seguros frente a actos de consumo por otros servicios, hacer respetar los derechos de los consumidores-asegurados establecidos en la Ley de Protección al Consumidor, garantizando el conocimiento y resolución de las materias de seguros de acuerdo a los principios y criterios técnicos de los mismos.
2. La intervención de un organismo distinto a la autoridad supervisora de seguros en el conocimiento de materias concernientes de su competencia, resulta contradictoria con la especialidad de la regulación de seguros y las funciones privativas de fiscalización y supervisión, especialmente con motivo del cumplimiento y aplicación de las condiciones generales y de adhesión de las pólizas de seguros o el ejercicio de potestades administrativas y sancionadoras sobre las personas o entidades supervisadas.

---

<sup>15</sup> Viguri Perea, Agustín. La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho, p. 164. Editorial Comares. Desde nuestro punto de vista, debemos partir del hecho contrastado de que los intereses supraindividuales de los consumidores deben distinguirse de los derechos clásicos y concepciones jurídicas tradicionales de la persona. De este modo, las modernas corrientes doctrinales han llegado a conceptualizar correctamente dichos intereses de grupo con nuevas acepciones, denominándolos intereses colectivos o difusos, por su pertenencia común a sectores o categorías de sujetos, tratándose en el caso que nos ocupa de consumidores.

Se entendería por intereses difusos de los consumidores, los de todos los potenciales o efectivos o adherentes a cláusulas uniformes contenidas en contratos estándar, para solicitar su inhibición o nulidad cuando sean lesivas de sus derechos económicos; los de todos los adquirentes de una cadena de productos defectuosos elaborados en serie; los de todos los destinatarios de mensajes publicitarios engañosos, etc.

3. En uso de sus facultades la autoridad supervisora de seguros está obligada a brindar adecuada protección a los derechos de los consumidores de seguros, mediante el establecimiento de mecanismos que garanticen la debida atención y expedición a la absolución de los reclamos y consultas, así como la exigencia a los supervisados de un trato justo y transparencia en la comercialización de los seguros, el pago de las indemnizaciones y otros beneficios asociados a estos.

Lo anterior es sin perjuicio de la necesidad de avanzar en ampliar los espacios de protección de los consumidores de seguros, mejorando los mecanismos para hacer efectivos sus derechos y garantizar el acceso a la información para una decisión de consumo apropiada al momento de adquirir los productos de seguros.

En cuanto al mercado de seguros, nos quedamos con la reflexión del profesor don Miguel Luis Amunátegui, al analizar uno de los aspectos claves de los derechos de los asegurados en la utilización en la contratación de seguros del sistema formulario de adhesión: "Nosotros no podemos quedarnos en el argumento de que la Ley del Consumidor es inaplicable a nuestra actividad en función del principio de la especialidad. Esa ley es un llamado de alerta y es nuestra la responsabilidad acercar los textos a la comprensión de los asegurados corrientes para lograr con ello una contratación tan transparente como sea posible y el mayor prestigio de nuestra importante actividad"<sup>16</sup>

## **6. INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD EN LAS RECLAMACIONES DE SEGUROS**

La constatación de formas modernas de contratación masiva en un escenario de asimetría de información de los asegurados, el incipiente desarrollo de instituciones públicas o privadas de defensa de los consumidores, y la falta de una apropiada legislación sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Seguros, dificulta una defensa oportuna, justa y equilibrada de los intereses del asegurado, considerado como un "consumidor desorganizado". De ahí que la intervención y actuación de la autoridad pública en la actividad de seguros adquiere fundamental importancia en las dificultades y manejo de quejas y conflictos entre asegurados y aseguradoras.

### **6.1 La reclamación administrativa**

La reclamación administrativa corresponde a un recurso propiamente administrativo que se interpone ante la autoridad, y no ante un órgano

---

<sup>16</sup> Amunátegui Monckeberg, Miguel. El Seguro, la Contratación Formulario y la Responsabilidad de los Abogados. En revista Chilena de Derecho de Seguros, Santiago, Diciembre 1999

jurisdiccional independiente de la administración. Se diferencia así del arbitraje que es una facultad de naturaleza jurisdiccional. Esta denuncia o mera reclamación tiene su fuente en la garantía constitucional consagrada en el N° 14 del artículo 19° de la Constitución Política del Estado que: "Asegura a todos los habitantes de la República el derecho de presentar peticiones a la autoridad constituida sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes".

Concordante con esta garantía constitucional, la Ley N° 18.175 sobre Bases Generales de Administración del Estado, establece que la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, debiendo los órganos que la componen actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo. (Artículos 3° y 8°). Por su parte, la Ley N° 19.880 de 29 de mayo de 2003, establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

## **6.2 Facultades y atribuciones de la autoridad en la reclamación**

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley encomienda a la Superintendencia de Valores y Seguros, la función de "absolver las consultas y peticiones e investigar las denuncias o reclamos formulados por los legítimos interesados en materia de su competencia"..Se otorga a la entidad supervisora la facultad normativa para determinar los requisitos y condiciones previas que deben cumplirse para entrar a conocer de las consultas, reclamos o peticiones. (Artículos 1° y 4° letra b) del D.L. 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros).

El procedimiento de reclamación administrativa está sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradic-toriedad, imparcialidad, abstención, no-formalización, inexcusabilidad, impugnabili-dad, transparencia y publicidad. En virtud de este procedimiento la autoridad supervisora en uso de sus prerrogativas legales puede requerir informe a los fiscalizados, emitir opinión administrativa sobre la materia sometida a su conocimiento y eventualmente hacer efectivas las responsabilidades administrativas mediante el ejercicio y aplicación de sus potestades sancionadoras (Artículo 44° del D.F.L. N° 251, de 1931).

## **6.3 Alcance y efectos de la reclamación administrativa**

Por aplicación del principio de inexcusabilidad en este ámbito queda comprendida la fiscalización de la actuación de las compañías de seguros con motivo del cumplimiento de los contratos de seguro. La existencia de una controversia o discusión respecto de la aplicación o cumplimiento de las estipulaciones contractuales, no inhibe la facultad de intervenir de la autoridad

supervisora. Desde luego, esto no importa restar aplicación a los mecanismos de solución de las controversias previstos en la ley y en el contrato. El pronunciamiento emitido en una reclamación administrativa tiene efecto relativo, reviste el carácter de una opinión administrativa que carece de fuerza vinculante para las partes del contrato de seguros, no pone término al conflicto y su discusión podrá derivar a la sede judicial. Esto genera muchas la incompreensión de los asegurados que requieren la intervención de la autoridad.

#### **6.4 La reclamación administrativa y la jurisprudencia**

La jurisprudencia judicial da cuenta de algunos fallos de interés que se han pronunciado sobre las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia, y que han confirmando las medidas administrativas adoptadas por la autoridad en los casos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

- *Recurso de Ilegalidad. Ingreso N° 6265-02 I. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 11 de agosto de 2003*

Se rechazó el recurso de ilegalidad de una aseguradora resolviendo que al no diferir las partes acerca del hecho constitutivo del siniestro, sino que exclusivamente acerca de sí tal siniestro quedaba o no excluido por lo dispuesto en la ley que rige el seguro, la cuestión que la Superintendencia hubo de elucidar consistió únicamente en interpretar el sentido y efectos de la referida disposición, que fue lo que precisa y determinadamente hizo al emitir su pronunciamiento, con instrucciones a la reclamante. Para ello se tuvo en consideración que al proceder de esta manera “la Superintendencia actuó en legítimo ejercicio de las facultades que le entrega su ley orgánica, como quiera que esta ley fija la función de interpretar las leyes y demás normas sobre seguros, para los efectos de ejercer su función sobre los agentes encargados de la gestión de dichos seguros, en el caso sobre la compañía de seguros reclamante; que la interpretación de las normas que la Superintendencia estaba facultada para efectuar, es vinculante para los agentes encargados de la gestión del seguro, esto es, la aseguradora, la que le debe acatamiento, salvo que, reclamada ella, el reclamo sea fundado y oportuno; que por tales motivos la interpretación, así como las instrucciones que de ella emanen, no son ni pueden ser vinculantes para terceros, de modo que, los actos administrativos constituidos por el oficio N° 5429, y los oficios posteriores en que se reiteró la instrucción reclamada, no pueden ser considerados como actos propios de la función jurisdiccional que la Constitución y las leyes pertinentes entregan a los Tribunales de Justicia, como quiera que no obligan ni pueden obligar a terceros ajenos a las personas sometidas a la superintendencia de la reclamada; que la reclamada no ha pretendido obligar con su conducta a terceros ajenos a su función pública, sino que se ha limitado a ejercer las que la ley le asigna, en los términos que constan en el proceso, y por ende, no hay motivo para sostener que haya pretendido ejercer funciones jurisdiccionales propias de un tribunal de justicia; que en cuanto se refiere a la interpretación del N° 4 del art. 34 de la ley 18.490, esta Corte considera que se



ajusta tanto al tenor como al espíritu de esta ley de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, cuyo carácter eminentemente social es incuestionable; norma que por lo mismo excluye excepcionalmente de la cobertura del seguro obligatorio, los siniestros ocurridos con ocasión de guerras, sismos u otros casos fortuitos que han de ser, como dice clara y textualmente la ley, “enteramente extraños a la circulación del vehículo”; cuyo no es el caso del siniestro de que se trata, que, como consta en autos y lo reconocen las partes, ocurrió en circunstancias que las víctimas protegidas por el seguro obligatorio se encontraban en el interior de un vehículo motorizado en circulación; de modo que el caso no fue enteramente extraño a la circulación.”

- *Recurso de Ilegalidad. Ingreso N° 477-95. Sentencia de 22 de junio de 1995 Corte de Apelaciones de Santiago*

En fallo dividido, se declaró que si bien el asunto planteado en un juicio ordinario civil de cumplimiento de contrato, en la sentencia allí recaída se excluyó expresamente como fundamento el incumplimiento contractual en que se fundó la demanda el hecho acreditado de que la compañía demandada haya cobrado las letras giradas en pago de las primas, en un banco distinto del conocido. Así las cosas, la Superintendencia estaba impedida de pronunciarse sobre el incumplimiento contractual, pero bien pudo ejercer su potestad fiscalizadora respecto de la conducta de la compañía en cuanto alteró unilateralmente el lugar de pago. (Considerando Sexto).

A mayor abundamiento, el voto de minoría del mismo fallo señaló: “5°) Que, sin embargo de lo dicho precedentemente, estima el disidente que el reclamo de ilegalidad presentado a esta Corte a fs. 27 es plenamente procedente, desde que con él se impugna la omisión de un pronunciamiento que obligatoriamente a su juicio ha debido emitir la Superintendencia de Valores y Seguros en relación a una denuncia que tiene una finalidad diversa, cual es la aplicación de sanciones administrativas a la Compañía de Seguros Generales La Previsión S.A. ante las eventuales infracciones que a disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias vigentes atribuyen los reclamantes a esta compañía de seguros. Las sanciones administrativas pedidas a la Superintendencia son diversas a las declaraciones sobre incumplimiento de contrato solicitadas al Juzgado Civil por los mismos reclamantes, problema único este último conocido y resuelto por el órgano jurisdiccional respectivo; 6°) Que la Superintendencia de Valores y Seguros no ha emitido el pronunciamiento administrativo que como autoridad fiscalizadora le corresponde en virtud de lo previsto en los artículos 3° letra b) del DFL 251, y 3° letra f) y 4° letras a), b), d), f) y h) del D.L. 3.538...” .

En el N° 8 del voto de minoría de este fallo se hace un interesante análisis de la facultad de la Superintendencia de absolver las consultas y peticiones e investigar las denuncias o reclamos formulados por determinadas personas, entre otras por los legítimos interesados, señalando lo siguiente: “Absolver significa, entre otras cosas, “resolver, dar solución a una duda, lo que implica

que el Superintendente no ha podido abstenerse de resolver o de pronunciarse respecto de la solicitud del interesado –ya acogiendo el reclamo, ya rechazándolo-, sin que para no hacerlo sea legítima excusa el hecho de haber recaído sentencia firme en un proceso como el que se tiene a la vista, tanto por haberse extendido el fallo a materias con objeto y causa claramente diversos, cuanto por haberse seguido dicho juicio entre personas también diferentes. En efecto, en el proceso civil, las partes fueron los contratantes asegurado y asegurador como demandante y demandado respectivamente, habiéndose circunscrito puntualmente la controversia a una materia de carácter estrictamente contractual y privado. En la denuncia del asegurado ante la Superintendencia, se invocan en cambio las facultades de la Autoridad Pública, en su investidura de ente fiscalizador y de órgano de la administración del Estado, para que ejerciera funciones legales y administrativas en relación a una compañía de seguros sometida a un control, y en cumplimiento de un mandato legal previsto en beneficio general de todos los interesados intervinientes en el comercio de seguros.

La obligación que la Superintendencia tiene de pronunciarse sobre la petición de los reclamantes se encuentra establecida no sólo en las disposiciones legales ya mencionadas, sino además en los artículos 19 N° 4 de la Constitución Política, y 2°, 8° y 9° de la Ley 18.175. El primero asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, el segundo obliga a los órganos de la administración a “someter su acción” a la Constitución y a las leyes; el cuarto obliga a los mismos órganos a actuar a petición de parte cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo; y el último, en fin, concede recursos para impugnar tales decisiones. Así, ni la Constitución ni la ley admiten la falta de audiencia de los interesados, como tampoco admiten, ni aquella ni ésta, la consiguiente desprotección de los afectados”.

*- Recurso de Reclamación de Multa. Rol N° 3992-2000. Sentencia de 18 de julio de 2001, Décimo Juzgado Civil de Santiago*

En este caso sometido al conocimiento de un tribunal civil se reclamaba por una compañía de seguros la aplicación de una multa por haber dilatado injustificadamente el trámite de liquidación y pago del siniestro. La compañía alegó que el asegurado acudió a la Superintendencia exigiendo solución a su problema; y que al concluir la autoridad la improcedencia de un Addendum al informe de liquidación y hacer presente que la suma a indemnizar era la del informe primitivo, la Superintendencia hizo una recomendación para la que no estaba legalmente facultada, constituyendo una presión arbitraria e ilegal, en circunstancias que la vía de solución de conflicto que debió recomendar al asegurado, era el juicio arbitral, y no la intervención administrativa más allá de lo que la ley faculta a la Superintendencia. Se sostenía además que si la aseguradora no paga, indicando el motivo de su decisión, correspondía al asegurado debería demandar para hacer valer los derechos que le confiere el contrato de seguro, por lo que la Superintendencia ha influido decisiva e ilegalmente para exigir un pago a favor del asegurado, aun contra la voluntad

del asegurador. El tribunal rechazó el reclamo fundado entre otras consideraciones en que “según el criterio del tribunal la reclamación que se efectuara por el asegurado ante la autoridad administrativa, no queda fuera de las reglas de los seguros, toda vez que dicha autoridad administrativa, se encuentra facultada precisamente para fiscalizar las actuaciones de las entidades como la compañía de seguros.”

## **7. EL ARBITRAJE DE SEGUROS**

Históricamente el arbitraje de seguros como mecanismo de solución de las controversias entre asegurados y compañías de seguros data de la ley N° 4.228, de 1927, que junto con crear la Superintendencia de Compañías de Seguros, encargada de la organización de la fiscalización y vigilancia de las aseguradoras, estableció entre otras la facultad de resolver como árbitro arbitrador y sin ulterior recurso, las dificultades que se susciten entre compañías, o entre el asegurado y la compañía, cuando ambas partes de común acuerdo lo soliciten, pudiendo el asegurado por sí solo someter al arbitraje de la Superintendencia, las dificultades en que el monto de lo reclamado no excediere de \$20.000.

Posteriormente, con fecha 20 de mayo de 1931 se dictó el DFL 251, de 1931, que creó la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, que mantuvo entre las atribuciones de la Superintendencia la de ser árbitro arbitrador en las disputas entre las compañías de seguros y los asegurados cuando estos así lo acuerdan, pudiendo el asegurado o beneficiario exigir por sí sólo que el asunto se someta a arbitraje, cuando la indemnización que se discuta no sea superior a \$ 20.000.

Actualmente, el artículo 3° letra i) del DFL 251, de 1931, mantiene esta facultad en los términos siguientes: Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: i) Resolver, en casos a su juicio calificados, en el carácter de árbitro arbitrador sin ulterior recurso, las dificultades que se susciten entre compañía y compañía, entre éstas y sus intermediarios o entre éstas o el asegurado o beneficiario en su caso, cuando los interesados de común acuerdo lo soliciten. Sin embargo, el asegurado o el beneficiario podrán por sí solos solicitar al árbitro arbitrador la resolución de las dificultades que se produzcan, cuando el monto de la indemnización reclamada no sea superior a 120 unidades de fomento o a 500 unidades de fomento cuando se trate de seguros obligatorios.

El límite fijado por la ley para poder solicitar el arbitraje de la Superintendencia no guarda concordancia con la realidad del mercado, siendo absolutamente insuficiente para garantizar el derecho de los asegurados a acceder a justicia especializada y gratuita, generando una situación riesgosa ante la indefensión.

## 7.1 Naturaleza Jurídica del Arbitraje de la Superintendencia

El arbitraje de la Superintendencia representa una importante función institucional que está arraigada en la historia del seguro en Chile. En cuanto a la naturaleza jurídica de éste arbitraje, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la Superintendencia de Valores y Seguros como árbitro es un organismo público investido por la ley como tribunal especial con facultades jurisdiccionales con carácter permanente, que no constituye un verdadero arbitraje, pues no tiene origen contractual, ni el árbitro es designado por las partes <sup>17</sup>.

La especialidad de la materia de seguros hace indispensable que la ley contemple que la Superintendencia ejerza, en mayor medida que lo que actualmente señala la ley, el arbitraje institucional, permitiendo de este modo concretar el acceso a la justicia de los asegurados de menores recursos que pudieren verse afectados por los costos del arbitraje privado, garantizando una resolución jurisdiccional que ha de zanjar el conflicto con estricto apego a las normas y principios que rigen el contrato de seguro. En referencia a esta materia se ha dicho que: "Durante muchos años la Superintendencia desempeñó un activo e importante papel como tribunal arbitral y a su decisión se sometió un gran número de conflictos y controversias derivadas de contratos de seguros. Su independencia, idoneidad técnica y especialidad en el área de seguros constituyen una garantía para las partes litigantes. Lamentablemente, a partir de la modificación introducida por la ley N° 18.046, del año 1981, la intervención de la Superintendencia como tribunal arbitral, no está referida a todos los casos en que las partes interesadas decidan encomendarle, como ocurría antes, sino solo a aquellos casos que en opinión de la Superintendencia sean calificados. En virtud de esta calificación la Superintendencia ha declinado intervenir como árbitro en la mayoría de los casos que se la han sometido y con ello prácticamente dejó de operar la acción de un eficaz y confiable tribunal de justicia, para resolver conflictos relacionados con el contrato de seguro"<sup>18 y 19</sup>.

En este contexto, cabe hacer notar la inexistencia de una norma legal que establezca la obligación de resolver las contiendas de seguros mediante arbitraje privado, esto es, por un árbitro nombrado por el tribunal en desacuerdo de las partes. Por tanto, no existe arbitraje forzoso u obligatorio en materia de seguros, encontrándose la fuente del arbitraje en los condicionados de las pólizas de seguros depositadas en la Superintendencia y en las estipulaciones contractuales libremente convenidas de aquellos contratos de seguros no sujetos a depósito. Estas cláusulas corresponden a una típica cláusula compromisoria, mediante la cual las dificultades en materia de

---

<sup>17</sup> Patricio Aylwin A. El Juicio Arbitral, Pág. 57

<sup>18</sup> Varios autores. Trabajo presentado por AIDA, Chile ante el VIII Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros, Río de Janeiro, 2003

<sup>19</sup> En el mismo sentido, don Rafael Gómez Balmaceda, en su exposición Del Arbitraje en general y en particular, en el Contrato de Seguro, en el Simposio Aspectos Jurisdiccionales del Seguro. Instituto de Estudios Judiciales "Hernán Correa de la Cerda" 1998, ha señalado

cumplimiento del contrato de seguro, se sustraen al conocimiento de los tribunales ordinarios y se entregan a la decisión de un árbitro.

Teniendo presente el carácter no forzoso, ni obligatorio del arbitraje de seguros en general, salvo en los seguros marítimos conforme al artículo 1203 del Código de Comercio, se han rechazado las solicitudes de depósito de cláusulas arbitrales de uso general con referencia a árbitros pertenecientes a asociaciones o agrupaciones predeterminadas. Cabe recordar que Ley de Protección al Consumidor limita la designación unilateral y anticipada de árbitro. La especialidad de la materia de seguros hace indispensable que la Superintendencia ejerza, en mayor medida que lo que ha venido haciéndolo, el arbitraje institucional, permitiendo de este modo concretar el acceso a la justicia de los asegurados de menores recursos que pudieren verse afectados por los costos del arbitraje privado, garantizando una resolución jurisdiccional que ha de zanjar el conflicto con estricto apego a las normas y principios que rigen el contrato de seguro.

Una novedad en materia de arbitraje, se contiene en el proyecto en actual trámite legislativo, que modifica las normas del contrato de seguro del Código de Comercio, en cuanto propone una nueva norma que establece el arbitraje obligatorio de cualquier dificultad que se suscite con motivo de la validez o ineficacia del contrato de seguro, interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de la indemnización, disponiendo que tales materias serán resueltas por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo con la persona del árbitro, éste será designado por la Justicia Ordinaria, y en tal caso el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho. Con todo, se prohíbe la designación de antemano en el contrato de la persona del árbitro. Se consagra el derecho del asegurado para optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria, sólo cuando la disputa sea por un monto inferior a 3.000 unidades de fomento.

## **7.2 Seguros obligatorios y previsionales**

Tratándose de seguros obligatorios la ley N° 20.190 modificó el artículo 3° letra i) del DFL 251, que contempla el arbitraje de la Superintendencia, ampliando la posibilidad que un mayor número de asegurados o beneficiarios soliciten por sí sólo el arbitraje de la Superintendencia, rechazando la iniciativa original que extendía esta posibilidad a cualquier clase de seguro, con lo cual se mantiene el desequilibrio que significa para los asegurados o beneficiarios cuyos reclamos sean de bajo monto, el tener que reclamar sus derechos asumiendo los costos de un arbitraje privado.

Otra norma importante es la del artículo 36 del DFL 251, de 1931, que establece como regla general que en los casos de contratación obligatoria de

seguros o requisito para una actividad el asegurado o beneficiario podrán demandar ante la Justicia Ordinaria, no obstante que en la póliza se hubiese contemplado compromiso o cláusula arbitral. Si el asegurado y el beneficiario son personas jurídicas y el monto de la prima anual es superior a 200 UF, el compromiso o cláusula arbitral prorrogará la competencia. El proyecto de modificación de las normas del contrato de seguro ya referido, aumenta este monto de 200 UF a 1000 UF. Asimismo, en los contratos de seguros de renta vitalicia previsional del D.L. 3.500, de 1980 las condiciones generales de la póliza establecen que el asegurado puede si lo desea recurrir a la justicia ordinaria en lugar del arbitraje.

Otra situación especial, aunque no se trata de seguros obligatorios, se presenta en los casos de pólizas de seguros en que el asegurado es un servicio público, en estos casos no es posible el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, por cuanto los organismos públicos deben recurrir a la Justicia Ordinaria.

## **8. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION**

### **8.1 Control administrativo. Depósito de pólizas**

El control estatal del contenido de los contratos de seguros en Chile, ha evolucionado desde la existencia de un sistema de aprobación y registro previo por la autoridad supervisora de las condiciones generales de las pólizas, al sistema actual de depósito público de modelos de pólizas y cláusulas adicionales, establecido por la letra e) del artículo 3° del DFL 251, de 1931 y la Norma de Carácter General N° 124, de 2001 sobre Normas relativas al Depósito de Pólizas y disposiciones mínimas del contrato de seguro.

Más allá de las denominaciones y de los diferentes grados de control público que estos sistemas involucren, lo relevante es la ratio legis de la subsistencia en la regulación normativa del contenido de las cláusulas de los contratos de seguros que radica en la protección de los derechos de los asegurados. Su origen se asocia a la característica de contrato por adhesión del seguro o contrato formado por “adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales, que es aquel que en la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional, etc.), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido.”<sup>20</sup>

En nuestra ley sobre Protección del Consumidor se define el contrato de adhesión como aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido. Esta definición resulta plenamente aplicable al contrato de seguro,

---

<sup>20</sup> S. Stiglitz, Rubén. Derecho de Seguros, p. 327. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997

cuyo régimen legal considera un sistema de Depósito de Pólizas, que impone a la autoridad administrativa supervisora de seguros el deber de mantener a disposición del público, los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado.

Las condiciones generales son los textos de los contratos tipo que deben utilizar las entidades aseguradoras en la contratación de los seguros, que contienen las regulaciones y estipulaciones por las que se rige el contrato respectivo. Estas condiciones deberán contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones relativas a: riesgos cubiertos y materias aseguradas; exclusiones; definiciones necesarias para la comprensión de la cobertura; derechos, obligaciones y cargas del contrato; reglas aplicables a la solución de las dificultades y controversias que pueden surgir con motivo de la aplicación, cumplimiento e interpretación del contrato; y en general, todas aquellas materias destinadas a regular el contrato que no constituyan condiciones particulares del mismo.

La autoridad ha de velar por la claridad, comprensión y legalidad de las condiciones generales de las pólizas depositadas, precaviendo que no induzcan a error o confusión a los potenciales asegurados, para lo cual podrá prohibir los modelos de pólizas que no cumplan estas exigencias, herramienta fundamental en la protección de los asegurados, que importa un mandato legal insoslayable como función de control administrativo de las condiciones generales de todas las pólizas de seguros que se contratan en el mercado. La forma en que la autoridad administrativa asuma la problemática que plantea la existencia de un sistema de depósito de pólizas bajo los parámetros reseñados, puede tener relevancia en caso de conflicto frente a la presunción legal de buena fe que respecto de las cláusulas de los contratos que han sido revisados y autorizados por la autoridad administrativa en uso de sus facultades legales, según lo preceptuado por la letra g) del artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor.

Independientemente de lo anterior, la ley hace responsables a las compañías por el uso de las pólizas de seguros, en cuanto a que estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso.

Por otra parte, la ley contempló la posibilidad de contratar con modelos no depositados en seguros de transporte marítimo y casco marítimo y aéreo, como asimismo en otros contratos en los cuales, tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a 200 unidades de fomento.

## 8.2 Condiciones particulares

Tratándose de las condiciones particulares, que son aquellas que permiten la singularización de una póliza determinada, especificando su contenido, su utilización se encuentra restringida, no pudiendo modificar las condiciones generales salvo en cuanto se trate de ajustes a la materia asegurada o al riesgo cubierto, pero sin modificarlo sustancialmente; establecer condiciones más favorables o menos gravosas u onerosas para los asegurados. Además, excepcionalmente se autoriza que las condiciones particulares puedan establecer un requisito, condición de asegurabilidad o restricción especial no contemplada en las condiciones generales, siempre que:

- a) se trate de seguros voluntarios o no se originen en normas legales o reglamentarias;
- b) no modifique sustancialmente el riesgo;
- c) el contratante o asegurado hayan consentido expresamente en ella
- d) se suscriba una declaración especial firmada, la que deberá formar parte de la póliza; y
- e) no se trate de seguros individuales estandarizados ofertados por el asegurador, sin condiciones de aseguramiento y en que baste la aceptación pura y simple del asegurado para su perfeccionamiento, a que se refiere la Norma de Carácter General N° 49.

Las condiciones particulares están fuera del ámbito de protección y control del depósito de pólizas, por lo que para la debida protección de los intereses de los asegurados su incorporación debe contar siempre con el consentimiento expreso de todas las partes del contrato de seguro. Además, dado que lo que subyace en estas condiciones es una modificación mutuamente convenida por las partes de las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares que no cumplan con los requisitos que autorizan su incorporación en las pólizas, pueden estimarse contrarias a la ley de seguros al desconocer el sistema de depósito de pólizas y a la ley de protección al consumidor, al imponerse en un contrato por adhesión sin existir a su respecto la libre discusión y negociación de las condiciones por el asegurado.

## 8.3 Cláusulas abusivas

La Ley de Protección al Consumidor declara que no tienen efecto las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión, estableciendo una lista de estas cláusulas. En la ley de seguros no se contempla referencia a las cláusulas abusivas, lo que puede representar una inconveniente en la protección de los derechos de los asegurados. Con todo, la función integradora de la autoridad en el ejercicio de la facultad legal de prohibición de pólizas o cláusulas contrarias a la ley, debería llevar a poder controlar la incorporación de este tipo de cláusulas, mediante la prohibición de aquellos textos depositados o comercializados al amparo de condiciones particulares que contengan cláusulas abusivas entendidas estas como “toda cláusula que



entrañe con ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente redactado por el primero<sup>21</sup>.

## 9. AUTORREGULACION

Es interesante destacar la iniciativa del mercado asegurador, que ha establecido un Código de Autorregulación y un Compendio de Buenas Prácticas Corporativas de las Compañías de Seguros, que es un conjunto de normas y principios al que las compañías adherentes al referido Código, han decidido sujetarse voluntariamente, con el objeto de propender al desarrollo del mercado de los seguros, en consonancia con los principios de libre competencia y buena fe que debe existir entre las empresas, y entre estas y sus clientes. El Compendio establece el marco general de aplicación y establece las normas y principios fundamentales que deben regir las practicas al interior de las compañías, entre las compañías y entre estas y sus clientes, entendiendo por tales indistintamente a los actuales como a los potenciales asegurados.

En lo referente a las prácticas entre las compañías y los clientes, en el párrafo 4 del Compendio se contempla la obligación de buen servicio y de respuesta a los reclamos, reglas sobre publicidad del seguro y publicidad comparativa, información del cliente y su entrega o divulgación e intermediarios. Por otra parte, en fecha reciente la industria aseguradora ha anunciado la creación por las compañías de seguros la figura del **Defensor del Asegurado**.

## 10. OFERTA Y COMERCIALIZACION DE SEGUROS

### 10.1 Seguros masivos y contratación colectiva

Uno de los aspectos más destacados en el desarrollo del mercado de seguros a partir de fines de la década del año 1990, lo constituye la venta de seguros masivos que se ha caracterizado por la ampliación de la oferta, colocación de productos estandarizados a bajo costo, diversificación de los canales distribución, con acuerdos y alianzas entre las compañías de seguros y sus socios comerciales estratégicos. Una de las fórmulas más utilizadas en la comercialización masiva de seguros, destacada por los aseguradores e intermediarios, es la colocación de estos productos mediante seguros colectivos o de grupo, lo que ha contribuido al desarrollo del mercado y acrecentar la cultura del seguro.

Los seguros colectivos inician su desarrollo fundamentalmente en los seguros de vida a través de planes de protección para contingencias que afectan a las

---

<sup>21</sup> R. Stiglitz. Op.cit. p. 363

personas (individuales o sus dependientes) tales como vida, invalidez, accidentes, gastos médicos, enfermedades graves, prestaciones de servicios (asistencia) desgravamen, seguros a favor de la empresa (hombre clave, empleados o trabajadores). Estos planes o coberturas operan en general a través de contratos colectivos. El seguro colectivo se ha definido como el modo de otorgar cobertura de seguro a un grupo de personas en un solo y único contrato. Bajo este concepto el seguro es de carácter individual o colectivo, según una misma póliza cubra riesgos inherentes a una o varias personas.

En Chile la normativa administrativa define los seguros colectivos, como aquellos contratados bajo una sola póliza en virtud de “un vínculo contractual, legal o institucional, por un conjunto de personas o a favor de un conjunto de personas o cuyas condiciones resulten aplicables respecto de un conjunto de personas” (Circular N° 1457, de 2003, N° 3 Reglas mínimas para seguros contratados en forma colectiva). No obstante que técnicamente puede considerarse que el seguro colectivo no es un tipo de seguro (riesgo) diferenciado, en general presenta tratamiento propio en cuanto a la oferta, comercialización, suscripción, administración y liquidación. El mercado de los seguros colectivos se caracterizan por el seguro masa, grandes volúmenes de prima, bajos costos de administración, relaciones con pocos intermediarios grandes (bancos, grandes tiendas comerciales, retail, cajas de compensación, empresas de servicios, etc.), altas comisiones en relación a los beneficios del negocio, bajos márgenes de los aseguradores e imposición de condiciones de renovación con impacto en la competencia del sector.

En la operatoria de esta modalidad de contratación, pueden advertirse ciertas características relacionadas con la participación y responsabilidad de distintos intervinientes, a saber: intermediarios, contratante, que administra la cartera de asegurados individuales, y que puede actuar por cuenta propia o ajena, generalmente bajo un mandato de los asegurados otorgado en el acto o contrato que los vincula y que determina la formación y pertenencia a un “grupo”; existencia de intereses asegurables concurrentes, por una parte, del contratante (empleador, acreedor, etc) y, por la otra, los integrantes del grupo asegurado (trabajador, deudor, etc). Los riesgos que se amparan bajo esta modalidad son diversos y las obligaciones del contrato según su naturaleza recaen tanto en el contratante como en los asegurados.

En cuanto a los asegurados y beneficiarios, la fórmula utilizada para ofrecer los productos al público ha evidenciado inconveniencias en la colocación, con fuertes asimetrías de información y transparencia por el desconocimiento de los clientes de las coberturas, incrementado por el uso de modelos de pólizas que continúan teniendo la estructura compleja de los productos tradicionales, costos, procedimientos y trámites para hacer efectivos sus derechos, lo cual ha hecho necesario establecer condiciones mínimas vía regulación administrativa destinadas y orientadas a equilibrar la relación aseguradora.

Por Circular N° 1759 la Superintendencia impartió instrucciones aplicables a los seguros colectivos que incorporen a clientes de la entidad contratante y

personas relacionadas, estableciendo deberes mínimos de información y atención a los asegurados y potenciales asegurados<sup>22</sup>. Asimismo, por Circular Conjunta N°1758 de la Superintendencia de Valores y Seguros y 3321 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, se fijaron normas de Transparencia sobre Seguros Colectivos

En esta materia, actualmente se encuentra en trámite legislativo la modificación de las normas del contrato de seguro del Código de Comercio, el que siguiendo la tónica de cambios normativos que van a la saga del desarrollo del mercado, contiene por primera vez un conjunto de normas, elaboradas en el seno de la Superintendencia, relativas a los contratos colectivos de seguros, bajo una regulación con carácter de orden público que comprende una concepto amplio sobre esta forma de contratación de los seguros, y reconoce un conjunto de derechos en favor de los asegurados que garanticen la libre adhesión,

---

<sup>22</sup> Deber de información mínima a entregar al público.

1. Información publicitaria.
2. Menciones mínimas de la información: destinatario de la oferta, individualización de la compañía aseguradora y entidad intermediaria, características del seguro, requisitos de asegurabilidad, extensión de la cobertura y sus limitaciones, y código de depósito.
3. Responsabilidad de la compañía aseguradora por la información.

#### **La propuesta y solicitud de seguros.**

1. Propuesta y solicitud de crédito con contenido independiente.
2. Información y contenido de la propuesta: declaraciones necesarias para la evaluación del riesgo, materia asegurada, requisitos de asegurabilidad, carencias y deducibles, vigencia y suma asegurada, descripción de la cobertura, exclusiones, prima de seguro, individualización de la compañía aseguradora, corredor de seguros, contratante, asegurado y beneficiario, procedimiento para denunciar el siniestro y código de depósito.
3. Declaraciones del Asegurable.

#### **Obligación de entregar certificado de cobertura.**

- Propuesta con cobertura de vigencia inmediata a la aceptación. Certificado de Cobertura.
- Entrega de Certificado de Cobertura si la aceptación del riesgo es posterior.

#### **Deber de atención a los asegurados.**

- Trato oportuno y diligente.
- Información sobre el carácter de la liquidación y el derecho a oponerse a la liquidación directa.
- Notificación del informe de liquidación al asegurado y beneficiario informando las gestiones.
- Información sobre los motivos del rechazo o pago parcial del siniestro por las compañías.

#### **Consultas y reclamos.**

Número de contacto telefónico y/o correo electrónico para debida atención e información.

#### **Recepción y canalización de información y documentos de seguros.**

- Responsabilidad de la compañía de seguros o corredor de seguros según el caso.
- Obligación de dejar constancia de la recepción del denuncia de siniestro y documentos requeridos para proceder a su liquidación.

incorporación y voluntariedad del seguro, información y transparencia en la contratación y cumplimiento del contrato. Se destaca la noción de incorporación de “adherentes” a una póliza de seguro que es contratada colectivamente y la regulación de sus efectos fundamentales en aspectos tales como la fijación de los términos de aseguramiento de los asegurados, responsabilidades y efectos del incumplimiento de deberes, modificación de las condiciones del contrato, derecho a retracto especial, derecho a la información de los asegurados.

En cuanto al contratante se asume que es un verdadero gestor o administrador del seguro, quién actúa bajo delegación o con beneplácito del asegurador y con intereses propios, lo que determina su responsabilidad ante los asegurados individuales por los daños que causen sus actuaciones u omisiones. Además, se contempla la responsabilidad subsidiaria del asegurador por los hechos, actuaciones u omisiones del tomador, en razón de la delegación de funciones propias del asegurador, impidiendo oponer al asegurado las excepciones que tenga contra éste cualquiera que sea la naturaleza del vínculo con éste.

## **10.2 Intermediación de seguros**

Los corredores deben encontrarse inscritos en un registro público y cumplir los requisitos que exige la normativa vigente, destacando entre estos la acreditación de conocimientos a través de estudios en Universidades o Institutos de Educación Superior, estando sujetos a la fiscalización de la Superintendencia. La importancia de los corredores de seguros en la comercialización de seguros, el aumento y masificación de la contratación de nuevos productos de seguros, unida a la exigencia de un público más informado y consciente de los beneficios de contar con la cobertura de seguros más conveniente a sus necesidades e intereses, imponen la necesidad creciente de un mayor profesionalismo, responsabilidad y control de la función de asesoría profesional independiente que compete al intermediario de seguros.

Considerado como un auxiliar del comercio de seguros, la intervención del corredor de seguros debe ser siempre garantía de buen servicio entregado al cliente, aportando toda la información y antecedentes necesarios para una correcta decisión de aseguramiento, debiendo ilustrar sobre las condiciones del contrato y asesorar tanto al asegurado como a la entidad aseguradora. Ello es particularmente relevante dada la tendencia a concentrar el corretaje por canales masivos de distribución, banca seguros, tiendas comerciales, empresas de servicios, y la incorporación del desarrollo tecnológico, lo que representa un desafío para la actividad de intermediación, que requerirá de una capacidad técnica y especialización para adaptarse a los cambios, manejar eficientemente toda la información de los clientes y colaborar con las compañías en el diseño de pólizas simples y de fácil comprensión, ofreciendo un producto a la medida.

### **10.3 Liquidación de siniestros**

En la relación con los clientes y protección de sus derechos, resultan claves los procesos derivados con motivo de los reclamos de siniestros, los que deben ser claros, conocidos y formales. La liquidación de siniestros tiene por objeto investigar las circunstancias del siniestro, determinar el valor del objeto asegurado, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar, informando fundadamente a las partes la procedencia o rechazo de la indemnización.

Puede ser efectuada directamente por las compañías (liquidación directa) o por un liquidador externo (Liquidador Oficial), inscrito en el registro que lleva la Superintendencia y cumplir los requisitos que exige la normativa vigente, debiendo en uno u otro caso ceñirse al Procedimiento de Liquidación establecido en el Decreto Supremo N° 863, de 1989.

En el ejercicio de sus funciones los liquidadores de siniestros deberán guardar la debida independencia y autonomía en su cometido, garantizando la imparcialidad y objetividad del proceso de liquidación, y velar porque sus opiniones se emitan con estricta sujeción a criterios técnicos. En este aspecto, cabe tener presente las Pautas de Buenas Prácticas para la Administración de los Siniestros de Seguros, fijadas por la OECD, para que las compañías manejen los siniestros en forma rápida y justa y mejorar la satisfacción de los clientes, entre las cuales destacan la adecuada y oportuna información hacia los asegurados acerca de la forma en que deben cumplir con las condiciones de la póliza y los requerimientos de las compañías; accesibilidad para la recepción del siniestro; procedimientos y evaluación de los siniestros en forma oportuna, explicación sobre la forma de atender y solucionar las quejas, reclamo o disputas, respuesta final oportuna informando los procedimientos de apelación; supervisión de los servicios relacionados al siniestro, promoción por la autoridad de prácticas de mercado relativas a los procesos de siniestros; detección y prevención del fraude.<sup>23</sup>

## **11. REGULARIZACION, LIQUIDACION Y QUIEBRA**

La ley establece un conjunto de procedimientos, medidas y plazos para la regularización de las compañías, destinados a dar solución a los problemas y salvar los problemas existentes que afecten los derechos de los asegurados en casos graves de crisis financiera e insolvencia de las compañías de seguros.

El artículo 4° N° 14 de la Ley 20.190 agregó en el Título V del DFL 251, un nuevo párrafo 4. Régimen Especial de Regularización, mediante el cual se

---

<sup>23</sup> SEG-2005-01-18 OECD. Guidelines for Good Practice for Insurance Claim Management. En SVS International Weekly Review

faculta a la Superintendencia para aplicar medidas especiales de regularización o sanciones cuando una compañía de seguros se encuentre en situación de déficit grave de inversiones representativas de reservas técnicas y patrimonio de riesgo.

El artículo 73 bis dispone lo siguiente: En caso que la compañía presente déficit de inversiones representativas de reservas técnicas y patrimonio de riesgo igual o superior al 10%, o endeudamiento superior en un 40% al máximo establecido en el artículo 15, la Superintendencia podrá, por resolución fundada y sin sujeción a los plazos previstos en este Título, adoptar una o más de las medidas establecidas en los artículos precedentes o aplicar las sanciones señaladas en el artículo 44.

### **11.1 Situaciones de déficit y sobreendeudamiento**

El Título IV del DFL 251, de 1931, contempla los procedimientos legales y administrativos tendientes a superar las situaciones que pueden presentarse en el desarrollo de los negocios de una entidad aseguradora o reaseguradora, para el caso déficit de patrimonio, déficit de inversiones o sobreendeudamiento, y déficit de patrimonio y de inversiones o sobreendeudamiento, conjuntamente.

### **11.2 Liquidación**

En el evento de liquidación o quiebra se contempla el traspaso parcial o total de la cartera de negocios a una o más compañías. La liquidación puede ser efectuada por la Superintendencia o autorizar a la compañía para que practique su propia liquidación, salvo en caso de compañías del segundo grupo, que posea en su cartera contratos de seguros previsionales del DL 3.500, de 1980.

### **11.3 Convenios o quiebra**

Se autoriza a las compañías a presentar proposiciones de convenios extrajudiciales a sus acreedores que tengan por objeto resolver los problemas que presente. Si algún acreedor solicita la quiebra el Superintendente investigará la solvencia de la compañía. Si estableciera que la compañía puede responder a sus obligaciones, propondrá las medidas conducentes para que prosiga sus operaciones, pero si no estimare posible tal prosecución, informará al tribunal en tal sentido. Propuesto un convenio judicial o declarada la quiebra de una compañía, el Superintendente o la persona que éste designe, actuará como administrador o síndico. La quiebra de una compañía de seguros se encuentra regulada en el párrafo 5° De los convenios y quiebra, artículos 79 y siguientes del DFL 251, de 1931. En conformidad al artículo 87 del DFL 251 en todo lo no previsto en este párrafo se aplicará la Ley N° 18.175, sobre Quiebras.

### *Intervención del Juez y del Síndico*

El procedimiento de quiebras tiene carácter mixto, contemplando la intervención conjunta del Juez, del Síndico y de la Autoridad Administrativa, existiendo en el caso de las compañías de seguros un régimen particular de quiebras, sujeto a normas especiales, distintas a las aplicables a las quiebras en general. En cuanto al Síndico, a diferencia de la ley común de quiebras en que los Síndicos son privados, tratándose de las quiebras de compañías de seguros, según lo dispuesto en el artículo 80 del DFL 251, de 1931, el Síndico es un funcionario público en razón del interés público comprometido y de la complejidad técnica que involucra el giro asegurador de una fallida, en este caso el Superintendente de Valores y Seguros o la persona que éste designe, quién pasa a ejercer todas las facultades, atribuciones y deberes inherentes a dicho cargo, especialmente la de representar judicial y extrajudicialmente a la fallida. Dado el criterio de especialidad de la quiebra de una compañía de seguros, de acuerdo a la ley el Síndico puede actuar con todas las facultades que le confiere la ley de quiebras, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones del DFL 251 (artículo 80 DFL 251). El legislador al dictar normas especiales por las cuales se rigen las quiebras de compañías de seguros, no contempló la intervención obligada de las juntas de acreedores como órgano de la quiebra, facultando al Síndico para citar a junta de acreedores cuando lo estime necesario, para los fines a que se refiere el inciso segundo del artículo 80 del DFL 251, de 1931. En la realización de los activos de la quiebra, el Síndico dispone de las facultades especiales previstas en el artículo 109 de la Ley de Quiebras, sin sujeción a los límites que éste establece.

### *Privilegios y preferencias*

En los artículos 84 y siguientes del DFL 251 se contempla un régimen especial de privilegios y preferencias de los créditos provenientes de contratos de seguros.

### *Situación especial de la quiebra de las aseguradoras de vida*

Tratándose de una aseguradora de vida, el proceso de quiebra resulta aun más complejo dada la naturaleza de largo plazo de las obligaciones derivadas de las pólizas de seguros, especialmente de las rentas vitalicias del D.L. 3.500, de 1980, en cuyo pago está comprometido el patrimonio fiscal por la garantía estatal en caso de quiebra. A ello, se agrega el hecho que normalmente la bancarrota de una aseguradora producirá una significativa relevancia pública en el quehacer de la autoridad fiscalizadora, en su labor de Síndico. Las funciones del Síndico en la quiebra de una compañía de seguros de vida comprenden además la de asumir la representación de los asegurados. En efecto, conforme al artículo 85 del DFL 251, declarada la quiebra de una compañía de seguros del segundo grupo, el síndico debe practicar la liquidación de todos aquellos contratos que originen reserva matemática o de

siniestros, y verificar el importe que a la fecha de declaración de quiebra representen dichas reservas, asumiendo para estos efectos la representación de los asegurados.

Mención especial requiere la modificación que la Ley N° 19.895 incorporó a la ley de seguros, al establecer nuevas normas en caso de quiebra de una compañía de seguros otorgando al síndico mayores atribuciones para la realización del activo de la quiebra. Además, para el caso de la quiebra de una compañía de seguros del segundo grupo cuyas reservas técnicas por seguros de renta vitalicia del DL 3.500, no estén suficientemente respaldadas por inversiones, se faculta a la Superintendencia para autorizar el traspaso de los seguros de renta vitalicia, sujetando las pensiones a un plazo y determinar la fecha a partir de la cual se hará efectiva la garantía estatal.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Estructura común de la iais para la evaluación de la solvencia de las compañías de seguros. Asociación internacional de supervisores de seguros.

Nuevo modelo de supervisión de solvencia basada en riesgos para la industria aseguradora chilena. Intendencia de seguros. Superintendencia de valores y seguros de Chile.

Insurane Core Principles on Corporate Governance–IAIS. Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.

ICP: Corporate Governance–IAIS. Asociación Internacional de Supervisores de Seuros.

AMUNATEGUI MONCKEBERG, MIGUEL. El Seguro, la Contratación Formularia y la Responsabilidad de los Abogados. En Revista Chilena de Derecho de Seguros, Santiago, Diciembre 1999.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SUPERVISORES DE SEGUROS. Principios Básicos de Seguros y su Metodología.

AYLWIN A. PATRICIO. El Juicio Arbitral, Pág. 57.

CABALLERO SÁNCHEZ, ERNESTO. El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa. p. 44. Editorial Mapfre S.A., Madrid, 1997.

GUERRERO DEL RIO, ROBERTO. Orden Público Económico

GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL. Exposición Del Arbitraje en general y en particular en el Contrato de Seguro, en el Simposio Aspectos Jurisdiccionales del Seguro. Instituto de Estudios Judiciales "Hernán Correa de la Cerda" 1998.

NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. Orden Público Económico y Libre Competencia

RÍOS GÓMEZ LOBO, JAIME. La desregulación de la operación de seguros. La Experiencia Chilena. II Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros, México, 1991.

SANDOVAL LOPEZ, RICARDO. Derecho del Consumidor, Protección al Consumidor en la Ley N° 19.496 de 1997, modificada por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, y en la Legislación Comparada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.

S. STIGLITZ, RUBEN. Derecho de Seguros, Abeledo Perrot, Artes Gráficas Candil. S.H. Buenos Aires, 1997.

SEG-2005-01-18 OECD. Guidelines for Good Practice for Insurance Claim Management. En SVS International Weekly Review

VARIOS AUTORES. Arbitraje y Mediación en el Seguro. Trabajo presentado por AIDA, Chile ante el VIII Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros, Río de Janeiro, 2003.

VIGURI PEREA, AGUSTIN. La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho, p. 153. Editorial Comares.

**Ponencia 1**  
**FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y**  
**PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

**Oswaldo Contreras Strauch**  
Sección Chilena de AIDA  
Profesor de Derecho Comercial (UDP)  
Presidente del CILA

SUMARIO

I. Los dos aspectos de la fiscalización de la actividad aseguradora. II. La protección económica de los asegurados. Fiscalización de la solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. III. La fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de los aseguradores e intermediarios, en defensa de los intereses de los asegurados. IV. Manifestaciones de la fiscalización jurídica del seguro. A) La protección del orden público y del interés general en el seguro. 1. Las disposiciones legales imperativas. 2. Los seguros obligatorios. 3.- La imposición de cláusulas tipo. Distinción entre seguros comunes y seguros de grandes riesgos. 4. Las normas relativas a la comercialización y la publicidad. 5. Las normas relativas al idioma y la letra del contrato. 6.- Las normas relativas a la información y asesoría al asegurado. B) Las normas sobre la interpretación judicial del contrato de seguro. 1. Prueba del contrato y de sus modificaciones. 2. Prueba del siniestro. Presunción legal sobre su naturaleza. 3. Prueba de las exclusiones. Presunción legal de cobertura. 4. Prueba del siniestro y de los daños causados por él. 5. Las normas sobre las cláusulas ambiguas, equívocas o contradictorias. V. Aplicación de la ley de defensa del consumidor a las relaciones que surgen del contrato de seguro. 1. Planteamiento general. 2. Ámbito de aplicación de la LPC. 3. ¿Es el asegurador un proveedor? 4. ¿Es el asegurado un consumidor? 5. Materias no regladas por la ley que rige al contrato de seguro y en las que puede ser aplicable la LPC. 5.1. El derecho que confiere a los consumidores a la reparación e indemnización 5.2. El artículo 3º bis, que dispone que el derecho del consumidor a poner término unilateralmente a los contratos celebrados por medios electrónicos. 5.3. La obligación del proveedor de respetar los términos, condiciones y modalidades, conforme a las cuales hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la prestación del servicio. 5.4. Las siguientes normas de la LPC relativas a los contratos de adhesión. 5.5 Las siguientes normas sobre información y publicidad. 6. Los Procedimientos que contempla la Ley de Protección del Consumidor. 1) La acción. Finalidades. 2) Tipos de acciones. 3) Tribunal competente. VI. Conclusiones.

## **I. LOS DOS ASPECTOS DE LA FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

En su obra *Droit des Assurances*<sup>24</sup>, la tratadista francesa Yvonne Lambert-Faivre dedica un capítulo, el Cuarto, al tema de la “Protección de los consumidores de seguros”, y a partir de los comentarios que dicho capítulo nos merece, quisiera estructurar un análisis de la situación jurídica que se presenta en Chile en relación a esta materia, para terminar con algunas interrogantes que planteo en la conclusión, que puedan servir de base a la discusión, en el seno del X Congreso del CILA, sobre algunos de los aspectos más relevantes que nos plantea el tema.

Lambert-Faivre trata a la fiscalización de la actividad aseguradora, dentro del mencionado capítulo, dividida en dos aspectos o temas: la protección económica y la protección jurídica de los consumidores de seguros<sup>25</sup>. En el presente trabajo esbozaremos de un modo sumarisimo las normas relacionadas con la protección económica de los asegurados, para concentrarnos al tema que constituirá la parte medular de este trabajo, cual es la protección del asegurado o consumidor de seguros.

## **II. LA PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LOS ASEGURADOS. FISCALIZACIÓN DE LA SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS**

Bajo la sección que dedica a la protección económica de los asegurados, Lambert-Faivre analiza, en primer término, las reglas de control de la solvencia de las empresas de seguros, expresando que dicho control comprende un aspecto administrativo y un aspecto financiero. El control administrativo de las empresas de seguros por parte del Estado, se manifiesta en Chile, al igual que en Francia, en primer lugar en la autorización previa que deben obtener las empresas interesadas, para poder ejercer el comercio de seguros en alguno o varios de los ramos de seguros que indica la ley. En este aspecto esa autorización la otorga la Superintendencia de Valores y Seguros y puede concederla para actuar en los rubros de seguros generales, de vida y de crédito<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Yvonne Lambert-Faivre, “Droit des Assurances”, Editorial Dalloz, París, 10ª Edición, 1998. La traducción de todos los textos citados corresponde al autor de este trabajo.

<sup>25</sup> Trata en este capítulo un tercer tema, el de la medición en los conflictos entre aseguradores y asegurados, que nosotros pensamos que es un tema absolutamente distinto al de la fiscalización, e incluso de la protección de los asegurados, de modo que nosotros no lo trataremos aquí.

<sup>26</sup> La Superintendencia de Valores y Seguros es una institución autónoma del Estado, que tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, ejerce la supervisión del negocio de seguros y reaseguros y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda. Fue creada el 21

El control financiero se refiere a la fiscalización continua de la solvencia de las entidades aseguradoras, que se ejerce tanto por la norma legal misma –que establece normas sobre capital mínimo e inversión de dicho capital como de las reservas que las entidades aseguradoras deben constituir– como por la labor de la Superintendencia que, fuera de requerirles la presentación de estados financieros trimestrales (las FECU), se encuentra habilitada para inspeccionar sus operaciones en cualquier momento.

Se refieren a este mismo objeto, también, las normas que rigen a la regularización de compañías en estado de riesgo financiero, por déficit de patrimonio o de inversiones, o por sobreendeudamiento, y sobre la liquidación y quiebra.

En última instancia, el objeto de la regulación y el control financiero de las entidades aseguradoras y reaseguradoras tiene por objeto proteger, en primer lugar, a la salud general de la economía nacional, atendido el hecho indudable de que las compañías aseguradoras son entidades económicas de primera magnitud, de tal forma que su inestabilidad afecta a la economía en general, y en segundo término, de un modo más específico, atender los intereses de los asegurados, que requieren que las empresas que se comprometen a otorgarles una garantía financiera por la cual pagan primas, estén en condiciones económicas de atender sus necesidades al momento del siniestro.

El control financiero se ejerce sobre todas las empresas de seguros y de reasegu-ros y lo analizaremos a continuación. Las normas sobre el control financiero de las entidades de seguros que ejerce la Superintendencia de Valores y Seguros se encuentran establecidas por el DFL 251 de 1931, varias veces modificado, complementadas por lo que dispone el DL. 3538, que contempla el estatuto orgánico de la Superintendencia.

Cabe hacer notar que las normas del DFL 251 relativas al control financiero se encuentran entremezcladas con aquellas que se refieren a la protección jurídica de los asegurados. En principio, la legislación reserva el desarrollo de la actividad aseguradora y reaseguradora en Chile, sólo a sociedades anónimas constituidas en Chile con dicho objeto exclusivo. El capital mínimo para constituir una compañía de seguros es de 90.000 unidades de fomento (Aprox. US\$ 3.300.000) y de 120.000 unidades de fomento para constituir una de reaseguros (aprox. US\$ 4.370.000).

Sin embargo, cualquier persona natural o jurídica puede contratar libremente seguros en el extranjero, sujetándose a la legislación sobre cambios

---

de diciembre de 1927. Los riesgos de accidentes personales y los de salud pueden cubrirse indistintamente por compañías del primero o del segundo grupo (generales o vida, respectivamente). Los riesgos de crédito (pérdida o deterioro en el patrimonio del asegurado producto del no pago de una obligación en dinero o de crédito de dinero) deben asegurarse en una compañía del primer grupo que tenga por objeto exclusivo cubrir este tipo de riesgo, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad.

internacionales. Están excluidos de esta posibilidad, los seguros obligatorios establecidos por ley y aquellos contemplados en el D.L. 3.500, de 1980, (seguro de invalidez y sobrevivencia y rentas vitalicias previsionales).

Además, mediante una modificación reciente<sup>27</sup>, se autoriza a las entidades aseguradoras extranjeras establecidas en el territorio de un país con el cual Chile mantenga vigente un tratado internacional en el que se haya permitido la contratación de seguros de transporte marítimo internacional, aviación comercial internacional y mercancías en tránsito internacional desde ese país, para comercializar en Chile tales seguros. En todo caso, las compañías a las que hace referencia este inciso deberán cumplir con los términos y condiciones establecidos en los respectivos tratados y en la legislación nacional (Art. 4º inciso segundo del DFL 251). En la misma oportunidad se estableció la posibilidad de que las compañías constituidas en el extranjero establezcan una sucursal en el país, para lo cual deberán establecerse como una agencia, de acuerdo a lo que dispone el Título XI de la ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, y obtener la autorización señalada en el Título XIII de dicha ley.

Para obtener la autorización de establecimiento de una sucursal, la compañía de seguros extranjera deberá acreditar a la Superintendencia que la entidad cumple las disposiciones que esta ley establece para la autorización de establecimiento de las compañías de seguros.

La autorización de establecimiento de la sucursal, como cualquier modificación o revocación de la misma, constará en resolución de la Superintendencia, la cual se sujetará a los requisitos de publicidad y registro dispuestos en los artículos 126 y 127 de la ley N° 18.046.

Las compañías de seguros extranjeras, autorizadas en los términos de los artículos anteriores, gozarán de los mismos derechos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que las compañías de seguros nacionales de igual grupo, salvo disposición legal en contrario.

Por su parte, el reaseguro de los contratos celebrados en Chile debe hacerse con compañías de seguros y de reaseguros constituidas autorizadas para operar en el país. Están facultadas para realizar operaciones de reaseguros, también, las entidades extranjeras que cumplan con los siguientes requisitos: a) Encontrarse clasificadas por agencias clasificadoras de riesgo, de reconocido prestigio internacional a juicio de la Superintendencia, en a lo menos categoría de riesgo BBB o su equivalente; b) Designar un representante en Chile, el que las representará con amplias facultades, pudiendo incluso ser emplazado en juicio. No obstante lo anterior, no será necesaria la designación de un representante, si el reaseguro se efectúa a través de un corredor de reaseguro inscrito en la Superintendencia.

Pueden operar en reaseguros, también, los intermediarios o corredores de reaseguros, nacionales o extranjeros, que cumplan los siguientes requisitos: a)

---

<sup>27</sup> Por la Ley N° 20.190, de fecha 5 de junio de 2007.

Inscribirse en el Registro que lleva la Superintendencia; b) Contratación de una póliza de seguro, sin deducible, por un monto no inferior a 20.000 UF (aprox. US\$ 730.000) ó 1/3 de la prima intermediada en el año anterior (la que sea más alta), para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y de los perjuicios que puedan ocasionar a los que contraten por su intermedio; y c) Tratándose de extranjeros, ser una persona jurídica constituida legalmente en su país de origen, con capacidad para intermediar riesgos cedidos desde el exterior y pagar compromisos en moneda de libre convertibilidad. En cuanto al control permanente de solvencia, la ley establece que el patrimonio de riesgo que toda entidad aseguradora debe mantener permanentemente, es el monto mayor resultante de comparar el patrimonio necesario para mantener las relaciones de endeudamiento, el margen de solvencia y el patrimonio mínimo establecido en la ley.

El mecanismo del margen de solvencia incorpora el comportamiento técnico de la entidad fiscalizada, tomando en consideración el volumen de prima directa y la carga promedio de siniestralidad, determinando, en base a ambos factores, el de mayor exigencia de patrimonio, conforme a las fórmulas y parámetros establecidos por la entidad fiscalizadora. El concepto de margen de solvencia corresponde al utilizado en los mercados de seguros internacionales.

En cuanto al endeudamiento, el límite máximo de endeudamiento total de una entidad aseguradora o reaseguradora, en relación al patrimonio, no puede ser superior a 5 veces, en las compañías del primer grupo, ni de 15 veces, en las compañías del segundo grupo.

Por su parte, el total de las deudas contraídas con terceros, que no generen reservas técnicas de seguros, no podrá exceder de una vez el patrimonio de la compañía.

Asimismo, las entidades aseguradoras y reaseguradoras establecidas en el país, deberán constituir, sobre la base de procedimientos adecuados, tablas de mortalidad, tasas de interés técnico y otros aspectos de evaluación de riesgos fijados por la Superintendencia, las siguientes reservas técnicas:

- a) Reserva de riesgos en curso, para hacer frente a obligaciones de una compañía con sus asegurados, originadas por primas de contratos de seguros de corto plazo.
- b) Reservas matemáticas, para hacer frente a las obligaciones de una compañía del segundo grupo con los asegurados, originadas por primas de contrato de seguros de largo plazo (períodos superiores a un año).
- c) Reserva de siniestros, para hacer frente a obligaciones por siniestros ocurridos, pendientes de pago, y por los ocurridos y no reportados.
- d) Una reserva adicional a la de riesgo en curso, para hacer frente a obligaciones por riesgos cuya siniestralidad es poco conocida, altamente fluctuante, cíclica o catastrófica, que sea necesaria formar para el normal desenvolvimiento de la actividad aseguradora o reaseguradora, o la que

puede exigir la Superintendencia de Valores y Seguros por riesgos provenientes del mercado de inversiones.

- e) Reserva de descalce, por los riesgos originados en el descalce de plazos, tasas de interés, moneda e instrumentos de inversión, entre los activos y pasivos de la compañía; y
- f) Reserva de valor del fondo, en la parte que corresponda a las obligaciones generadas por las cuentas de inversión en los seguros del segundo grupo que las contemplan.

Las reservas técnicas y el patrimonio de riesgo de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sin perjuicio de los depósitos que mantengan en cuenta corriente, deberán estar respaldados por inversiones efectuadas en los instrumentos y activos que determina la ley.

A su turno, la inversión en los distintos tipos de instrumentos o activos representativos de reservas técnicas y patrimonio de riesgo, está sujeta a límites máximos y límites conjuntos. En efecto, la Superintendencia podrá establecer, a las inversiones que respaldan las reservas técnicas y el patrimonio de riesgo, límites de diversificación por emisión, por períodos mínimos de un año, debiendo informar la modificación de éstos, con tres meses de anticipación a su entrada en vigencia.

Las inversiones representativas de reservas técnicas y de patrimonio de riesgo no podrán estar afectadas a gravámenes, prohibiciones, embargos, litigios, medidas precautorias, condiciones suspensivas o resolutorias, ni ser objeto de ningún otro acto o contrato que impida su libre cesión o transferencia. En el evento de que alguna inversión se viere afectada en la forma señalada, no podrá ser considerada como representativa de reservas técnicas ni de patrimonio de riesgo.

La Superintendencia puede, en cualquier momento, requerir un informe sobre sus negocios, a aseguradores y reaseguradores, inspeccionar sus oficinas, examinar su documentación, libros, impartir normas relativas a la preparación y presentación de balances, estados financieros y a la forma de llevar su contabilidad; ordenar la designación de auditores externos para que informen sus balances generales y, designar ella misma auditores externos, para que realicen actividades específicas de control en las entidades fiscalizadas.

Si una compañía aseguradora o reaseguradora contraviene la ley, las normas reglamentarias o sus propios estatutos, la Superintendencia puede aplicarle las sanciones siguientes: censura o reconvención, multa, suspensión de la administración hasta por seis meses, suspensión de todas o algunas de las operaciones hasta por seis meses y revocación de la autorización de existencia.

Las entidades aseguradoras y reaseguradoras están por ley obligadas a poner en conocimiento de la Superintendencia, y del público en general, cualquier hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios, al



momento en que éstos ocurran o lleguen a su conocimiento, entendiéndose por información esencial, aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus propias decisiones de inversión.

Por último, con el objeto de mejorar la información para los asegurados, la ley exige que las compañías de seguros contraten, a lo menos, a dos clasificadores de riesgo, distintos e independientes entre sí, de entre aquellos que se encuentran inscritos en un registro especial de la Superintendencia, para la clasificación continua e ininterrumpida de las obligaciones que ellas tengan con sus asegurados. La clasificación se efectuará en categorías desde la letra A (para las compañías de más bajo riesgo) a D (de más alto riesgo). La categoría E será para los aseguradores de los que se carezca de información suficiente para clasificarlos. Hasta aquí un breve resumen de las normas sobre regulación y fiscalización financiera a las que están sometidas las entidades aseguradoras y reaseguradoras que operan en Chile.

### **III. LA FISCALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ASEGURADORES E INTERMEDIARIOS, EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS ASEGURADOS**

En lo referente al segundo aspecto, la *protección jurídica* de los consumidores de seguros, Yvonne Lambert-Faivre le dedica la sección 2 del Capítulo IV de su obra, donde parte por expresar que “el derecho de seguros no escapa a las exigencias de la moral que sustentan las reglas jurídicas de derecho positivo por las cuales se pone de manifiesto y realizan los ideales de justicia y de equidad impuestos por el derecho natural”.

Agrega que la justicia conmutativa contractual, en que se fundan los contratos sinalagmáticos, tienden al equilibrio de las prestaciones recíprocas entre las partes; y que el principio indemnizatorio, que domina al derecho de la responsabilidad civil y al derecho de daños, se opone a todo enriquecimiento por una indemnización que sea superior al perjuicio sufrido”.<sup>28</sup>

Agrega, más adelante, que “la ética en el seguro manifiesta las tensiones entre la equidad y la seguridad jurídica, en un campo donde el consumidor, desprotegido en los seguros de masas, suscribe un contrato de adhesión, redactado y presentado por una compañía de seguros que detenta el predominio”, y enfatiza que la ley y la judicatura se encargan de resguardar al consumidor dentro del sistema del liberalismo económico. Y concluye la introducción diciendo que “la protección jurídica de los consumidores de seguros es multiforme y de ella se analizarán las siguientes manifestaciones: el control del estado sobre el contrato de seguros, bajo las nociones de orden público y del interés general; las obligaciones de información y asesoría que deben prestar los suscriptores de seguros; el rol de la jurisprudencia en la

---

<sup>28</sup> Lambert-Faivre, Ob. Cit., pags 103 y 104.

protección de los consumidores y la lucha en contra de las cláusulas abusivas en materia de seguros”.

Nosotros analizaremos la situación chilena, bajo los mismos parámetros, a efectos de poder realizar, simultáneamente, una comparación entre la situación chilena y la francesa. Pero antes que nada, pongamos énfasis en que, aún cuando los seguros a los que el presente trabajo se refiere son privados, y están a cargo de empresas privadas, no resulta posible eludir la consideración de que, *en esencia, el seguro es, por naturaleza, una forma de socialización de los riesgos que afectan individualmente a las personas*. En sus formas más primitivas, el seguro se manifestó en la colectivización de los riesgos individuales por intermedio de asociaciones o mutualidades de personas expuestas a riesgos similares, sea sobre la base de cuotas para formar previamente un patrimonio común, o de cuotas a reunir para pagar los siniestros ya ocurridos. Sólo con posterioridad nació el seguro a base de primas. Lo que hemos afirmado anteriormente, es una realidad objetiva. El seguro es una forma mediante la cual los particulares se organizan para afrontar los riesgos que les afectan, sin recurrir al Estado, que se limita a supervigilar una actividad que no solo es beneficiosa para la sociedad sino que además, no le distrae recursos.

#### **IV. MANIFESTACIONES DE LA FISCALIZACIÓN JURÍDICA DEL SEGURO**

##### *A) La protección del orden público y del interés general en el seguro*

La protección del orden público y del interés general se manifiesta, según Lambert-Faivre, en las siguientes formas:

##### 1. Las disposiciones legales imperativas

La autora hace notar que con el objeto de evitar los excesos de la libertad contractual, la ley establece normas legales imperativas que crean un estándar mínimo contractual y que garantizan una protección mínima de los asegurados. La ley “debe salvaguardar la esencia misma de la libertad contractual, que permite adaptar al contrato a las necesidades concretas de las partes: con este propósito el equilibrio es delicado y oscila entre una reglamentación *sclerosante* y una libertad sin freno: ese es todo el problema del contrato dirigido”<sup>29</sup>.

En Francia las disposiciones legales imperativas en el derecho de seguros están mencionadas en el Artículo L111-2, del Código de Seguros, que establece que “No pueden ser modificadas por convenio las prescripciones de los títulos I, II y III del presente libro, salvo las que otorgan a las partes una simple facultad y que están contenidas en los artículos L.112-1, L.112-5, L.112-6, L.113-10, L.121-5 al L.121-8, L.121-12, L.121-14, L.122-1, L.122-2, L.122-6, L.124-1, L.124-2, L.127-6, L.132-1, L.132-10, L.132-15 y L.132-19.

---

<sup>29</sup> Ob. Cit., Pág. 105.

El Título I del Código francés contiene las reglas comunes para los seguros de daños no marítimos y los seguros de personas; el Título II, las reglas relativas a los seguros específicos de daños no marítimos; y el Título III, las reglas relativas a los seguros de personas y a las operaciones de capitalización.

Los artículos que no son imperativos, precedentemente citados dicen relación con las siguientes materias; Art. 112-1, contratación de seguros por terceros y seguro por quien corresponda; 112-5, modalidades de emisión de la póliza, nominativa, a la orden o al portador; 112-6, posibilidad de que el asegurador oponga al portador de la póliza o a un tercero el cual invoque el beneficio de ella, las excepciones oponibles al suscriptor originario; 113-10, obligación del asegurado de indemnizar al aseguradores por los errores en la información y derecho del asegurador de repetir los siniestros pagados en caso de que la información fuere fraudulenta; 121-5 al 12-8, comprende la cláusula de prorrateo por infraseguro, interés asegurable, pérdidas por vicio propio y no indemnización de siniestros por causa de guerra; 121-12, derecho de subrogación del asegurador y sus límites; 121-14, prohibición de la dejación; 122-1, definición de la cobertura de incendio; 122-2, obligación de pagar intereses si no se ha pagado el importe de las pérdidas luego de tres meses de entregado el estado de ellas; 122-6, exclusión de incendios causados por erupción volcánica, terremoto y otros cataclismos; 124-1, definición del momento en que se origina la obligación de garantía del asegurador en los seguros de RC; 124-2, estipulación de que los reconocimientos de responsabilidad o transacciones hechos sin conocimiento del asegurador no obligan a éste; 127-6, casos en los que no se aplica la cobertura de protección jurídica; 132-1, seguro de vida contratado por la misma persona o un tercero; 132-10, posibilidad de preñar la póliza de seguro de vida; 132-15 obligación del asegurador de pagar al beneficiario la reserva matemática en caso de reticencia o falsa declaración, de muerte causada por el propio asegurado dentro del plazo legal de exclusión o de exclusión por la póliza de la causa de muerte.; y 132-19, posibilidad de que cualquier interesado sustituya al contratante para el pago de las primas del seguro de vida.

Por último, los artículos 181-3 y 183-3 establecen que las opciones de ley aplicable que contemplan los Arts. 181-1, 181-2 y 181-1 no pueden ser obstáculo para la aplicación de las normas de orden público de la ley francesa aplicables, cualquiera que sea la ley que rija el contrato. La ley española sobre Contrato de Seguro, es, si se quiere, más drástica aún. El Artículo 2 de la Ley 50-1980, de 8 de octubre, expresa que “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, *cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa.* No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

En Chile no existe ninguna ley que contemple normas parecidas a las que hemos transcrito y/o resumido. La técnica legislativa nacional ha optado siempre por hacer distinción, en el derecho privado, entre leyes imperativas o

dispositivas, dejando la evaluación al interprete, la jurisprudencia y doctrina, determinar en cada caso concreto que normas son imperativas y cuales no.

El Art. 1º del Código Civil expresa que el objeto de la ley es mandar, prohibir o permitir, y siempre se ha entendido que a menos que de su tenor resulta claro que la ley “manda”, esto es, ordena, perentoriamente, una determinada conducta, o por el contrario, la “prohíbe”, debe entenderse que “permite” a las personas realizar actos y celebrar contratos en la forma que libremente lo decidan, regulándose sus efectos por lo previsto en la ley, a falta de estipulación expresa. Estas últimas normas, que en el derecho privado son la mayoría, se denominan normas “dispositivas”. La existencia de normas imperativas en el Código de Comercio y en el DFL 251, esta fuera de discusión; solo que, por lo dicho, la regla general viene a ser en Chile, la inversa que la que existe en la ley española de contrato de seguros.

## 2. Los seguros obligatorios

La existencia de seguros obligatorios refleja la naturaleza social que tiene la institución del seguro privado, a la que nos hemos referido más arriba. En Chile hay seguros obligatorios regidos por la ley sobre contrato de seguro y a cargo de la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros, cual es el caso del seguro obligatorio de accidentes personales para vehículos motorizados y los seguros de contaminación en general y de contaminación marina en particular. Hay otros seguros obligatorios que se encuentran al margen de la normativa de los seguros privados, como es el caso de los seguros sociales de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, los seguros de salud provisional y el seguro de desempleo.

Por último hay seguros de vida e incapacidad y el seguro de rentas vitalicias, que complementan el sistema provisional chileno regido por el DL. 3500 y el seguro de desgravámen hipotecario que contratan en su propio favor y el de los herederos del deudor, las instituciones que otorgan créditos hipotecarios, principalmente con fines habitacionales.

La tendencia al establecimiento de otros seguros obligatorios es más fuerte en otros países, particularmente en España y sobre todo en Francia, principalmente seguros de responsabilidad civil, para propietarios y con doctores de vehículos motorizados, para cazadores, para RC por defectos de construcción de inmuebles, etc.

## 3. La imposición de cláusulas tipo. Distinción entre seguros comunes y seguros de grandes riesgos

Bajo esta denominación estudiaremos el control de la autoridad sobre las cláusulas o condiciones generales de los contratos de seguro. Lambert-Faivre señala que el Art. 11.4 del Código de Seguros dispone que “la autoridad

administrativa puede imponer el uso de cláusulas tipo en los contratos". Sin embargo, cesa la intervención del Estado en los llamados seguros de grandes riesgos, que están sujetos a libre contratación (Art.351.4), ley aplicable (Art. 181.1) e idioma (Art.112.3).

De acuerdo al Artículo L111-6 del Código de Seguros francés, "Se contemplan como grandes riesgos:

1º Aquellos que resultan de las categorías siguientes:

- a) Los cuerpos de vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, así como la responsabilidad civil correspondiente a dichos vehículos;
- b) Las mercancías transportadas;
- c) El crédito y la garantía, cuando el suscriptor ejerce a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal, a condición de que el riesgo esté relacionado con dicha actividad;

2º Los que conciernen al incendio y los elementos naturales, demás daños a bienes, la responsabilidad civil general, las pérdidas pecuniarias diversas, los cuerpos de vehículos terrestres a motor así como la responsabilidad civil, comprendida la del transportista, con relación a estos vehículos, cuando el suscriptor ejerce una actividad cuya importancia sobrepasa ciertos umbrales definidos por decreto en el Conseil d'Etat." <sup>30</sup>

En Chile las normas sobre control de las cláusulas de las pólizas se han relajado considerablemente, pasando desde un extremo intolerable que es el que existía con anterioridad al DL 3057 de 1980, en que todas las pólizas eran redactadas por la Superintendencia, a un sistema de inscripción de pólizas libremente redactadas por los aseguradores pero sujeta a un control muy estrecho por parte de la referida institución pública, hasta la actualidad en que

---

<sup>30</sup> La legislación española es similar. De acuerdo al Art. 44 de la Ley 50/1980, no se aplica el Art. 2, que como hemos dicho, hace imperativas todas las normas de esta ley, a los contratos de seguros de grandes riesgos, así como también, permite elegir a las partes otra ley aplicable al contrato. En el derecho española son grandes riesgos los que indica el Art. 107, a saber, a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista). b) Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad. c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista) responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: \* Total del balance: 6.200.000 ecus. \* Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus. \* Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados."

el único requisito es contratar con modelos de pólizas “depositadas” en la Superintendencia, la que podrá prohibir (ex post) la utilización de aquellas cuyo texto, a su juicio, no cumplan con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las disposiciones mínimas que contempla el Art. 3 letra e) del DFL 251<sup>31</sup>.

Esta misma norma contempla la exclusión del control para los seguros de grandes riesgos, pero sus parámetros son extraordinariamente bajos, de modo que quedan excluidas de control, un gran número de pólizas. Dice el referido Art. 3, letra e), que “las compañías de seguros del primer grupo, en los casos de seguros de transporte y de casco marítimo y aéreo, como asimismo en los contratos de seguros en los cuales, tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual no sea inferior a 200 unidades de fomento (unos US\$ 7.000), no tendrán la obligación señalada en el párrafo precedente, y podrán contratar con modelos no depositados en la Superintendencia, debiendo la póliza ser firmada por los contratantes (ambos, no solo el asegurador, como es habitual).

#### 4. Las normas relativas a la comercialización y la publicidad

El Código de Seguros francés, contempla normas aplicables a los documentos publicitarios relativos al seguro, en los artículos 310-8 y 310-6. El primero es el más importante y expresa que: “El ministro podrá exigir la comunicación de los documentos de carácter contractual o publicitario que tuvieran por objeto una operación de seguro o de capitalización. Si apareciera que un documento fuera contrario a las disposiciones legislativas o reglamentarias, el ministro podrá exigir la modificación o decidir la retirada previo dictamen de la comisión consultiva de seguros. En caso de urgencia, el dictamen de la comisión consultiva de seguros no será requerido.” No existen normas relativas a esta materia en la legislación chilena sobre seguros. Si las hay en la LPC, que estudiaremos más adelante.

#### 5. Las normas relativas al idioma y la letra del contrato

El Código francés contempla una norma al respecto, el Art. 112-3 que establece que el contrato de seguro debe constar por escrito, en francés y en caracteres destacados. Tampoco existen en la legislación nacional directamente relacionada con el seguro, normas legales relativas a esta materia. Si existen normas en la LPC, que estudiaremos más adelante.

---

<sup>31</sup> Las pólizas deben estar redactadas en forma clara y entendible, no ser inductivas a error y no contener cláusulas que se opongan a la ley. La norma agrega que “en caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario, en su caso”.

## 6. Las normas relativas a la información y asesoría al asegurado

En el Código de Seguros francés, no existen normas sobre las obligaciones de información y asesoría al asegurado que les cabe a las empresas aseguradoras. Ellas están contempladas en la ley 92-60 de 18 de enero de 1992, sobre Protección de los Consumidores. En cambio, esta contemplada para los intermediarios, corredores o agentes de seguros.

La misma situación se da en Chile. La obligación de información para el asegurador está contemplada con carácter general para los proveedores de servicios, en la Ley de Protección del Consumidor, en tanto que esta extensamente reglada para los intermediarios en el Título III del DFL 251 de 1931, Arts. 57 al 60 y en el DS 863.

### *B) Las normas sobre la interpretación judicial del contrato de seguro*

El dirigismo que se ejerce sobre el contrato de seguro, se manifiesta también en las normas que rigen la interpretación judicial del contrato y el tratamiento que reciben las cláusulas ambiguas o confusas. En Chile son las siguientes:

#### 1. Prueba del contrato y de sus modificaciones

Como ya hemos dicho, de acuerdo al Art. 514 del Código de Comercio, tanto el contrato, sus condiciones y estipulaciones, como así también las modificaciones que convengan las partes, se prueban por escrito mediante la póliza de seguro o de los correspondientes endosos, que es el nombre que reciben los documentos emitidos para consignar las modificaciones a un contrato de seguro previamente existente. A esta norma hace excepción al Art. 1173 sobre el seguro marítimo, según lo vimos en el N° 84, que en la práctica no modifica la regla general en lo sustantivo.

#### 2. Prueba del siniestro. Presunción legal sobre su naturaleza

De acuerdo a lo dispuesto en los numerales 5° y 7° del Artículo 556 del Código de Comercio, la ocurrencia del siniestro constituye una carga que debe cumplir el asegurado.

El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito y que está amparado por la cobertura de la póliza<sup>32</sup>. Por lo tanto, corresponde al asegurador acreditar que

---

<sup>32</sup>Bajo el supuesto que por su naturaleza, sea de aquellos contemplados en la cobertura contratada. Por lo tanto, no podría un asegurado contra el riesgo de robo, reclamar la pérdida de una especie a consecuencia de incendio, por mas fortuito que haya sido éste.

el siniestro “ha sido causado por un accidente<sup>33</sup> que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley”. Así lo establece el Art. 539 del Código de Comercio para los seguros terrestres. En el seguro marítimo rige la norma contenida en el Art. 1185, redactado en términos generales.

### 3. Prueba de las exclusiones. Presunción legal de cobertura

El Art. 536 del Código señala que el asegurador puede tomar sobre si todos o algunos de los riesgos a que puede estar afecto el objeto asegurado y que no estando limitada la cobertura, responde de todos aquellos a que pueda estar expuesto, salvo las excepciones legales. En consecuencia corresponde al asegurador acreditar que el siniestro no encuentra cobertura en la póliza, o que está expresamente excluido por ella. La prueba se rinde con la propia póliza, partiendo por la naturaleza del seguro, es decir, el tipo o ramo a que ella corresponde, y siguiendo con el mérito de las estipulaciones y cláusulas que contiene, atendida la circunstancia que el seguro es un contrato solemne que se perfecciona y prueba por escrito, precisamente con la póliza.

### 4. Prueba del siniestro y de los daños causados

La prueba de la ocurrencia del siniestro y de los daños causados por él corresponde al asegurado, de acuerdo a la norma del N° 7 del artículo 556 del Código de Comercio según la cual “el asegurado está obligado a probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador”. Esta norma está en estricta consonancia y se complementa con la regla de artículo 1698 del Código Civil según la cual corresponde la prueba de las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta. Corresponde al asegurado, en consecuencia, acreditar la ocurrencia del siniestro y los daños causados.

### 5. Las normas sobre las cláusulas ambiguas, equívocas o contradictorias

En esta materia rigen normas del Código Civil y de la Ley de Protección al Consumidor.

El Art. 1566 del Código Civil señala que las cláusulas ambiguas se interpretarán “a favor del deudor”, norma de interpretación de carácter general, que difícilmente sirve para proteger al asegurado que reclama la indemnización de un siniestro, porque el deudor de dicha obligación es la compañía aseguradora. Resulta evidente que esta norma hay que, a su vez, en el sentido que más se acomoda a la naturaleza del contrato, lo que conduce a que dichas cláusulas deben interpretarse en favor del asegurado.

---

<sup>33</sup>La expresión - mas precisa - que debió haber utilizado el legislador en lugar de “accidente”, es la de un “evento”.



Lo anterior resulta indiscutible atendido el tenor del inciso segundo de la norma analizada, que expresa: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

A las normas que contempla la LPC nos referiremos a continuación.

## **V. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR A LAS RELACIONES QUE SURGEN DEL CONTRATO DE SEGURO**

### **1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

La parte final, que en su libro dedica Yvonne Lambert-Faivre al tema de la protección jurídica de los asegurados, se refiere a la aplicación al seguro de las normas internas de Francia, y también de la Comunidad Europea, sobre protección del consumidor. Expresa que "la legitimidad de reglas protectoras hacia ciertas categorías de personas se encarna en la creación de un derecho específico: el Derecho del Consumidor, que es hoy día una rama autónoma del derecho positivo con la adopción del Código del Consumo, de 26 de julio de 1993, que impone las reglas".

Para Lambert-Faivre, lo más importante y conocido de esas normas, pero no lo único, es que contribuyen a "la lucha contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.....que encuentra un dominio de aplicación ejemplar en el derecho de seguros<sup>34</sup>". La situación es similar en la legislación interna de España e idéntica en la europea, que comparte con Francia. Al respecto dice Sánchez Calero:

"La LCS/1980, según ha quedado expuesto, tuvo la clara intención de tutelar a los asegurados como contratantes más débiles, con el propósito de equilibrar la posición que de hecho tienen las partes en el contrato de seguro, y para ello declaró que sus preceptos tenían carácter imperativo, a no ser que dispusieran otra cosa, siendo, no obstante válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el asegurado. Declaración amplia, al no tener en cuenta que ciertos asegurados podían encontrarse, de hecho, en una situación de igualdad, cuando no de supremacía, respecto a los aseguradores, que ha sido recogida en la modificación posterior de la LCS "(Se refiere a la exención de la calidad imperativa de las normas de la LCS a los seguros de grandes riesgos).

---

<sup>34</sup> Acto seguido analiza el tema, tanto a la luz de las normas francesas como europeas, en las páginas 117 y siguientes de su libro.

Y agrega: “Ya la promulgación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984, implicó una protección adicional en cuanto a que había de aplicarse a los contratos de seguro en aquellos supuestos en los que el asegurado fuese considerado como consumidor en el sentido de esa ley, en tanto en cuanto pudiera ofrecer en un determinado caso concreto una condición más beneficiosa que la contenida en la LCS. Esta protección se ha incrementado con la modificación de la Ley de Protección del Consumidor que se ha llevado a efecto por la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación”.<sup>35</sup>

Estimamos que, con las naturales diferencias legales entre los distintos sistemas, la normativa chilena no difiera de la francesa y la española en cuanto a que resultan aplicables al contrato de seguro las normas de la ley chilena de protección al consumidor, en los términos que analizaremos a continuación.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPC

Según dispone su artículo 1º, la ley 19.496, de Protección del Consumidor (LPC), tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Analizaremos las normas de esta ley en cuanto protegen al asegurado en su calidad de consumidores. El artículo 2º bis señala que, no obstante lo que prescribe el artículo anterior, las normas de esta ley *no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales*, salvo:

- a) En las materias que estas últimas no prevean;
- b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y
- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

En estos tres aspectos, la LPC es aplicable a las relaciones emanadas del contrato de seguro. Los derechos establecidos por esta ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

---

<sup>35</sup> Fernando Sánchez Calero y otros. “Ley de Contrato de Seguro”, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2001, Págs. 74 y 75.

### 3. ¿ES EL ASEGURADOR UN PROVEEDOR?

De acuerdo al Art. 1° de la LPC, el término "*proveedores*" alude a "las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o *de prestación de servicios a consumidores*, por las que se cobre precio o tarifa". Nos parece claro, entonces, que los aseguradores son proveedores.

### 4. ¿ES EL ASEGURADO UN CONSUMIDOR?

El mismo citado Art. 1° de la LPC establece que el término *consumidor o usuario* está referido a "las personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen, o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios".

### 5. MATERIAS NO REGLADAS POR LA LEY QUE RIGE AL CONTRATO DE SEGURO Y EN LAS QUE PUEDE SER APLICABLE LA LPC

El análisis de la LPC nos conduce a afirmar que serían aplicables al seguro sus siguientes normas:

- 5.1. *El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna que con-fiere a los consumidores, por todos los daños materiales y morales, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea (Art. 3° letra e).*
- 5.2. *El artículo 3° bis, que dispone que el derecho del consumidor a poner término unilateralmente a los contratos celebrados por medios electrónicos, en el plazo de diez días contados desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato. En este caso, el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a noventa días (letra b).*
- 5.3. *La obligación del proveedor de respetar los términos, condiciones y modalidades, conforme a las cuales hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la prestación del servicio.* El artículo 12 A agrega que en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se

aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos. La ley agrega que, una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Esta confirmación podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.

#### 5.4. *Las siguientes normas de la LPC relativas a los contratos de adhesión:*

El párrafo cuarto del título segundo de la ley contiene normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, señalando que *no producirán efecto alguno en este tipo de contratos las siguientes cláusulas:*

- a) Aquellas que otorguen a una de las partes las facultades de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo las excepciones legales;
- b) Las que establezcan incrementos de precio por servicios accesorios, financiamientos o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas caso por caso, y estén consignadas por separado en forma específica;
- c) Las que pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores que no le sean imputables;
- d) Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e) Las que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad que puedan pri-var al consumidor de su derecho al resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;
- f) Las que incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y
- g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a

las disposiciones especiales o generales que lo rigen. La LPC establece que se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.<sup>36</sup>

- h) A continuación la ley señala que en todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente. En relación a este punto es necesario señalar que la redacción del inciso es deficiente e inconexa puesto que hace referencia a una forma de recusar los árbitros que carece de contenido debido a que se refiere a un inciso anterior sin que exista norma alguna que aluda a tal asunto, por lo que se hace prácticamente imposible precisar el alcance específico de esta norma. Siendo esta la situación, y en ausencia de normas específicas que regulen la materia en este punto, habrá que remitirse obligadamente a las causales de recusación señaladas en el art. 196 del Código Orgánico de Tribunales.
- i) *El artículo 16 A.* señala una regla interpretativa en virtud de la cual declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas contenidas en el artículo 16 anteriormente mencionadas, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.
- j) Adicionalmente, se contemplan las siguientes normas respecto a los *contratos de adhesión* regidos por la presente ley:
  - 1. Este tipo de contratos deben estar escritos de modo claramente legible, con un *tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros* y en *idioma castellano*, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico, bajo sanción de que las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

---

<sup>36</sup> El alcance de esta norma merece un estudio especial tratándose del Contrato de Seguro, atendido el hecho de que hoy en día existe un sistema de “depósito de pólizas”, que probablemente no sea suficiente como para cumplir con la norma de la LPC que estamos analizando.

2. Las cláusulas impresas en formularios que se agreguen a los contratos, prevalecerán sobre las de este último, cuando sean incompatibles entre sí.
3. Tan pronto como el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste, copia que se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

#### 5.5. *Las siguientes normas sobre información y publicidad:*

El artículo 28 señala que comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo, y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induce a error o a engaño respecto de:

- La idoneidad del servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
- Las características relevantes del servicio destacada por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
- La tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso en conformidad a las normas vigentes;

En caso de publicidad falsa, sin perjuicio de que el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias, cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten, podrá, asimismo, exigir al anunciante que a su propia costa realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar tales errores o falsedades. Tratándose de contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Indicará, además, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos.

## 6. LOS PROCEDIMIENTOS QUE CONTEMPLA LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La ley de protección al consumidor consagra una serie de derechos para los consumidores o agrupaciones de consumidores, a fin de que los proveedores o quienes señalan la ley, respondan correctamente ante cualquier falencia que presente el servicio que se está prestando. Al respecto señala el art. 50 de la ley que "el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda". En consecuencia, la única manera de hacer exigible tal responsabilidad, sin que medie acuerdo prejudicial entre las partes, es a través del ejercicio de las acciones que contempla el Título IV de la ley ante el tribunal competente, de conformidad a las normas que se explican a continuación.

- 1) *La acción. Finalidades.* Desde el punto de vista del derecho subjetivo, la ley establece que el ejercicio de las acciones que contempla la ley de protección del consumidor, tendrá por finalidad proteger los intereses de los consumidores, más concretamente, sancionar "*los actos y conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores*", entendiéndose por aquéllos, los que se contemplan en los artículos 1º y siguientes de este cuerpo normativo.

Lo que se persigue obtener, por medio de ellas es

- a) Aplicar la correspondiente sanción que contemple el contrato, si la hubiere.  
En este caso, debe estarse a lo que las partes hayan dispuesto previamente en el contrato. Por lo general esto cabe en los contratos "*libremente discutidos*".
- b) Anular las cláusulas abusivas incorporadas en contratos de adhesión  
Esta sanción es muy importante, y se extrapola del ámbito económico en donde únicamente la antigua Comisión Resolutiva podía, en su fallo, anular cláusulas contractuales.
- c) Obtener la prestación de una obligación incumplida  
Esto significa que el demandado *es obligado a hacer lo que no ha querido cumplir*, y que por lo general, puede consistir en realizar el servicio o en entregar la cosa en perfecto estado.
- d) Hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores
- e) Obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda

En síntesis, esto significa obtener el resarcimiento patrimonial de los perjuicios experimentados por el consumidor afectado. Para que sea procedente la indemnización que se reclama a través del ejercicio de la acción, debe, según las reglas generales de nuestro derecho, acreditarse:

- i. La existencia del vínculo contractual que liga al infractor y al o a los consumidores afectados;
- ii. La existencia del daño, y
- iii. La magnitud del daño.

Si no se puede acreditar esos tres requisitos, no será posible conseguir indemnización alguna del demandado.

**2) Tipos de acciones.** Las acciones originadas en derechos reglamentados en esta ley se clasifican en acciones de interés individual, de interés colectivo y de interés difuso. En efecto, el mismo art. 50 señala que "el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores". Y agrega que:

- a) Son de *interés individual* las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.
- b) Son de *interés colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual, y
- c) Son de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Este tipo de acciones, conocida en la legislación internacional como "*class actions*", tiene su origen en el derecho anglosajón, y pueden ser ejercidas por cualquiera a nombre de un número indeterminado de personas que se han visto afectadas por una conducta sancionada por la ley.

Sólo en el segundo tipo o clase de acciones el legislador alude a la existencia de un *vínculo contractual*. Sin embargo, dicho vínculo, individual, colectivo o difuso, debe existir previamente en todos los tipos o categorías de acciones entre el o los consumidores afectados y los proveedores o comerciantes, independientemente de quien ejerza la acción, en virtud de la conocida regla que contempla el artículo 1545 del Código Civil, respecto a que los contratos obligan sólo a quienes los han celebrado. Al respecto el inciso final del art. 50 establece que "para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el Párrafo 2º de este título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados".

**3) Tribunal competente.** La regla general está contemplada en el art. 50 A, que señala que las acciones que confiere esta ley serán normalmente de



competencia de los *jueces de policía local*, y en particular el que corresponda a la comuna donde se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.

Si se tratare de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado precedentemente, será juez competente el de la comuna en que resida el consumidor. Las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de lo dispuesto en los Arts. 2° bis letra b) y en los artículos 16, 16 A y 16 B de la ley, serán de competencia de los *tribunales ordinarios de justicia* de acuerdo a las reglas generales. Para ellas, la ley contempla un procedimiento especial, reglamentado en el Párrafo 2° de su Título IV.

Las acciones a que se refiere la letra b) del art. 2° bis de la ley son aquellas en que está comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento en materias relacionadas o surgidas de las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios regulados por leyes especiales. Conforme al contexto de la ley, principalmente de lo señalado en el art. 52 letra d), quedan incluidas aquí las acciones que deriven de productos defectuosos, de mala calidad o dañinos.

Por su parte, las acciones relacionadas con las conductas sancionadas en los artículos 16, 16 A y 16 B son aquellas encaminadas a privar de efectos a las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que hemos indicado en el punto 8.4.-, precedente.

## VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión del presente trabajo, quisiéramos proponer como hipótesis de trabajo las siguientes preguntas, todas en el aspecto que nos parece más directamente ligado con las normas que rigen o afectan al contrato de seguros:

- ¿Se justifica atribuir a las normas que rigen al contrato de seguros, en general, el carácter de imperativas?
- En la afirmativa: ¿Qué criterio es el más apropiado para determinar los contratos de seguros a los cuales las normas imperativas, o mejor<sup>37</sup>, algunas de las normas imperativas, no se aplican?

---

<sup>37</sup> Estimamos que sería absurdo quitarles ese carácter aquellas que transgreden principios generales del derecho de los contratos y que derivarían en validar obligaciones absolutamente nulas.

- En caso contrario, si se estima que deben tener dicho carácter, sólo las normas que tradicionalmente se han considerado imperativas, ¿Cuál sería la mejor manera de establecer cuáles normas son imperativas y cuales no; la tradicional, que proviene de la definición doctrinaria que distingue entre normas imperativas y normas dispositivas, o indicándolo expresa y determinadamente en la ley?
- ¿Cuál es la manera más completa y clara de definir a los seguros de grandes riesgos en los que la protección jurídica del asegurado no se justifica?
- ¿Cuál es el grado de control que debe ejercer la autoridad pública, sobre los modelos de contratos que se usan en los seguros comunes?
- ¿Se justifica la existencia paralela de dos sistemas legales y complementarios de protección a los asegurados, uno en la ley de ese contrato y otro en la ley de protección al consumidor?
- En caso de estimarse que no, ¿cuál sería la solución adecuada?

## TEMA II

# LA EXIGIBILIDAD DE LA CONTRIBUCIÓN DEL REASEGURO

**Alberto Baumeister Toledo**<sup>38</sup>

Asociación Venezolana de Derecho de Seguros

### SUMARIO

1. Precisiones preliminares. 2. Fijación del momento en que son exigibles las obligaciones a cargo del reasegurador frente a su cedente (reasegurado). Posiciones doctrinarias. Excepciones. 3. Conclusiones.

### 1. PRECISIONES PRELIMINARES

Nos ha correspondido la honra de representar a nuestra Asociación nacional para exponer la ponencia que se asignara a nuestro país, y cuyo correlato ha sido fijado a la Asociación de Derecho de Seguro de Brasil, entendemos representada por nuestro colega Felipe Pellon. Nos honra igualmente hacer la presentación de dicha modesta investigación en el marco del ya décimo congreso anual ibero latinoamericano de seguro, propiciado por el CILA, entidad que ha venido analizando, regularizando y procurando unificar o cuando menos mantener el interés regionalmente por el Derecho de Seguro.

Se nos ha precisado igualmente por los señores Directivos del evento que la denominación de la Ponencia asignada, obliga a referirla exactamente al tema concreto de “el momento en que se torna exigible la obligación del reasegurador

---

<sup>38</sup> Abogado egresado Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela, Especialista en Derecho Privado y Derecho Financiero por la misma Universidad, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Profesor de Post Grado en Derecho Mercantil Superior, ( Seguros, Concursal, Procedimientos Mercantiles y Contratos Mercantiles) Universidades Central de Venezuela (UCV), UCAB, Fermín Toro y de Procesal Civil Superior UCV, Universidad de Margarita. Profesor Invitado en la Universidad Javeriana, Bogotá y las Universidades Salvador y Fasta, en Argentina. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Conjuez de Casación Civil, Miembro de los Institutos Iberoamericano de Derecho Procesal, Panamericano de Derecho Procesal, Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro y Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (AVEDESE-AIDA), Secretario del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Seccional Venezuela. Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB. Autor de publicaciones y trabajos científicos en obras individuales y colectivas. Abogado en ejercicio Escritorio Baumeister y Brewer, Abogados Consultores, Caracas, Venezuela. Mail: albato@cantv.net

de pagar su contribución de reaseguro a la cedente”, lo cual, de paso, de una vez advertimos que no tiene tratamiento pacífico y menos uniforme a nivel mundial.

Por una parte y como bien lo acota nuestro asociado Dr. Emilio Berrizbeitia, abogado especialista en Reaseguros, los términos utilizados para precisar el tema de la ponencia no resultan del todo adecuados. Así destaca el comentado colega en lugar de “contribución del Reasegurador” debió haberse utilizado el término “Contraprestaciones a su cargo”, lo cual nos llevaría al campo más genérico de las obligaciones del reasegurador. Y, adicionalmente por igual observa que aún dentro de ese concepto se hace menester distinguir entre Reaseguro facultativo y el Reaseguro Automático, ya que las contraprestaciones varían o más bien se amplían en el caso del Reaseguro Facultativo a aspectos adicionales a la del simple pago de la indemnización debida, la cual sin duda resulta ser la principal que asume el Reasegurador (i.e. inspección de riesgos, colaboración en siniestros, etc...) <sup>39</sup>. De otra parte vale la pena destacar que no obstante venir celebrándose desde ya hace varios atrás Congresos Mundiales y Regionales de organismos como AIDA Y CILA, este último ya en su décima versión, donde solemos comparecer quienes tenemos como rutina profesional el estudio, análisis y aplicación del Derecho de Seguro en cada uno de nuestros países del entorno ibero latinoamericano, en procura precisamente de analizar soluciones individuales o uniformes, lamentablemente tales postulados no son realidades, aún cuando pudiere imaginarse que por la comunidad de orígenes históricos de nuestra conqista y colonización, deberíamos mantener legislaciones cuando menos uniformes o mas o menos simétricas. Lo que explica que en todo caso no existirán tampoco criterios uniformes en torno a la temática planteada. A las señaladas dificultades sobre algunos temas del seguro en general, debemos añadir ahora a que en el de reaseguro y sobre el punto concreto de esta ponencia, existen marcadas dificultades a nivel mundial, por lo cual se hace realmente propicio y pertinente la discusión del preciso tema que se nos asignó para nuestra ponencia, en procura precisamente a esclarecer las diferencias y opiniones de diversa índole que en torno a ello se encuentran latentes en nuestros países.

Advertimos sí, que al menos en materia de reaseguro, a pesar de la no existencia de regulaciones precisas en los países del área, sobre la exigibilidad de las obligaciones a cargo del reasegurador, debe analizárselo quizá de manera uniforme, en tanto la costumbre, habitualmente reguladora de las relaciones con y entre reaseguradores, tiene en dicha materia ciertos rasgos de uniformidad a nivel mundial y regional <sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Berrizbeitia es miembro ordinario de AVEDESE AIDA e integrante de su Junta Directiva, con estudios especiales en reaseguro en Alemania y abogado en ejercicio, hoy en el Escritorio Berrizbeitia & Berrizbeitia, dedicado entre otros asuntos a temas de Seguros. Conceptos emitidos con ocasión de dar su respuesta al Cuestionario que nos permitiéramos dirigir a colegas nacionales y entidades y profesionales extranjeros sobre el tema de la Ponencia.

<sup>40</sup> El mismo Berrizbeitia en sus aludidas notas acota : “ Aunque es un tema mayormente contractual y de práctica y costumbre internacional, existen algunas genéricas obligaciones (más

Resulta propicio igualmente destacar que en procura de una solución satisfactoria a la diatriba que generan las diversas opiniones sobre el tema, encontraremos algunos autores que procuran apegarse a la idea de la especial similitud que existe entre el reaseguro y el contrato de seguro, asimilando el primero a un contrato de seguro de responsabilidad de reembolso, en el que la contribución del reasegurador se torna exigible a condición y sólo una vez que el reasegurado ha pagado la indemnización al asegurado directo, salvo un acuerdo expreso distinto <sup>41</sup>.

Tal posición como se lo especifica en las “precisiones” del temario, efectuadas por los organizadores del Congreso, no es compartida por otros, quienes estiman que el reaseguro es un contrato de indemnidad patrimonial, destinado a proteger el patrimonio de la cedente, tanto económica como financieramente, por lo que el reasegurador debe contribuir con su participación en el siniestro antes de que el asegurador se vea legalmente obligado a pagar al asegurado directo.

Para quienes así opinan el siniestro en el contrato de reaseguro tiene lugar con el nacimiento de la deuda en el patrimonio de la cedente/reasegurada, con independencia de que haya indemnizado o no al asegurado directo. <sup>42</sup>

---

bien principios del Reaseguro) recogidas por la costumbre en la práctica del reaseguro y en algunas normas de las legislaciones vigentes”

<sup>41</sup> Parece ser igualmente esta posición la asumida por los “técnicos en reaseguros”, más que la de “juristas especializados en el tema”. Para aquellos, el asunto trasciende de las meras posiciones dogmáticas de definiciones y conceptos en la materia. En tal actitud encontramos por ejemplo a especialistas nacionales en la materia como el Dr. Jaime Alurralde, abogado de amplia experiencia en la actividad reaseguradora venezolana y quien en sus notas sobre el tema, producidas con ocasión de las investigaciones de campo llevadas a cabo con motivo a nuestra ponencia, precisa: “ En mi criterio en general, la obligación de pagar (no indemnizar) un siniestro por parte del reasegurador a su cedente nace cuando ésta ya ha cumplido su obligación, a tenor de lo indicado en la póliza, con el asegurado. Es decir, primero debe pagar el asegurador al asegurado; una vez cumplido este paso el asegurador, es cuando puede exigir el pago al reasegurador. Ello no resulta de un simple juego de palabras, es que quien indemniza es la cedente, el reasegurador "paga" su contribución debido a su participación en el riesgo. El contrato de reaseguros no es paritario al de seguros, por ello es un error decir que el reasegurador indemniza. En todo caso, lo cierto resulta ser que tal género de obligaciones a cargo del reasegurador, dependerá siempre de una gran variedad de modalidades en las cuales se suele celebrar el reaseguro, tal y como resulta por ejemplo de la modalidad bajo la cual se haya realizado la cobertura del reaseguro.”

<sup>42</sup> Por supuesto que tal solución no es pacífica, así, María Concepción Hill Prados, en su obra *El Reaseguro*, J. Bosch, Editores, España, 1995, isbn 84-7698334-4, p. 117 ss, al analizar las obligaciones a cargo del reasegurador, y en concreto a la que ella reputa, la más importante, eso es la de pagar la indemnización pactada, y coincidiendo por igual en que el reaseguro es un seguro de nacimiento de deuda, destaca que el reasegurador no viene obligado al pago al reasegurado, a menos que éste, a su vez, esté obligado a indemnizar al asegurado con el que se concertó el seguro directo. En el mismo sentido Mendoza Martínez, Gary, *El contrato de reaseguro en el Derecho Venezolano*, Edit. Borrero, Vzla, sf.

Sostienen estos últimos que esta solución es igualmente aplicable a los contratos automáticos proporcionales cuando se trata de siniestros de pago contado (“CASH LOSS”).

En torno a ésta temática, la mayoría de los autores consideran que lo más acorde con la función del reaseguro como instrumento para dividir y atomizar los riesgos y sustituir capitales de explotación de los aseguradores, es facilitar lícitamente los medios de financiamiento para el cumplimiento de sus obligaciones, sin tener que recurrir para ello al crédito<sup>43</sup>. En efecto y sobre todo en cierto tipo de reaseguro, el importe de la indemnización previa – es decir la indemnización derivada del contrato de seguro directo – puede a veces hacer peligrar la estabilidad financiera del asegurador, sobre todo según la forma en que se liquiden o salden las cuentas entre asegurador y reasegurador. De allí, según Hill Prados,<sup>44</sup> que sea frecuente que en los contratos de reaseguro se pacte una cláusula- Cláusula de pago al contado- según la cual el reasegurador contribuirá en el pago de la indemnización del seguro directo o adelantará dinero para ello, ya en cualquier circunstancia o cuando la indemnización supere una determinada cifra previamente convenida entre las partes del reaseguro. Ello explica que La jurisprudencia norteamericana e inglesa se hayan inclinado por la segunda posición, concluyendo por ejemplo: (i) que no es necesario que el asegurador haya pagado el siniestro al asegurado antes de que proceda su reclamo en contra del reasegurador; (ii) que la insolvencia del asegurador no afecta la responsabilidad del reasegurador, como tampoco su imposibilidad de pago para con el asegurado; y (iii) que en ausencia de una cláusula contractual expresa, ni el pago del reclamo al asegurado directo, ni el pago de la prima de reaseguro por el reasegurado es una condición precedente de la responsabilidad del reasegurador.

El examen del tema que se nos asignó, tiene adicionalmente otras limitantes y dificultades, pues en efecto a pesar de haber procurado obtener información directa de colegas de los diferentes países del entorno ibero americano remitiendo un escueto interrogatorio sobre dicho asunto, salvo el anotado caso de los colegas y especialistas técnicos nacionales a quienes aludimos en la ponencia, no pudimos obtener ninguna otra información regional, con lo cual, precisamos que nuestras observaciones y comentarios estarán particularmente vinculadas al acontecer de dicho asunto en Derecho Venezolano, si bien como lo veremos luego y por las razones precitadas, en el mismo también debe acudir a las fuentes extranjeras sobre el uso y manejo del Reaseguro, en tanto el tema en nuestro país es de escaso y no originario desarrollo, por una parte, y por la otra, los contratos de reaseguro en uso por las empresas dedicada a la

---

<sup>43</sup> A este respecto Hill Prados cita en su obra jurisprudencia de los Tribunales ingleses en los que se establece como principal objeto del reaseguro es liberar al reasegurado de una parte del riesgo que previamente tiene asumido, siendo erróneo por una interpretación pretender que deba primero pagar el asegurador, Hill P, o.c. p 120, nota 284.

<sup>44</sup> O.c. 120 ss.

mencionada actividad, al menos en Venezuela, no son uniformes, ni impuestos o reglados por la autoridad de control <sup>45</sup>. La expresada reciente reforma en materia de seguros en derecho venezolano <sup>46</sup> da un novedoso tratamiento a la materia, no obstante lo escueto de sus normas dedicadas al reaseguro y donde se fijan unos lineamientos generales que son de interés.

En torno a dicha regulación, el mismo colega Berrizbeitia en sus respuestas al cuestionario, destaca: “El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros dictado en Venezuela en el año 2001, omitiendo en su denominación al Reaseguro, contiene sin embargo un capítulo conformado por cinco disposiciones que regulan la materia. La regulación, más bien escasa, se asemeja a la orientación ya existente en otros países latinoamericanos, a pesar de que, como hemos evidenciado en cada caso, sus disposiciones se remontan a un trabajo de hace más de 25 años. En este sentido debemos reconocer que algunas legislaciones más recientes han introducido regulaciones más detalladas y precisas”.

Continúa el colega Berrizbeitia destacando: “consideramos equilibrada la regulación sobre el reaseguro, en el sentido de haber respetado su carácter dinámico, internacional y eminentemente sujeto a la voluntad de las partes contratantes de este negocio. Se limitó a: a) subrayar que su regulación es diferente a la del seguro, con lo cual reconoce una piedra angular de la

---

<sup>45</sup> En efecto, para los fines consiguientes, de una vez debemos dejar aclarado que en materia de reaseguro, nuestra normativa anterior del Código de Comercio, escueta y escasamente trataba el reaseguro en un solo artículo de dicho cuerpo normativo (Dicho Código por lo demás, precisa advertir, data de 1863, pues el cuerpo fundamental de su normativa arranca de la legislación de ese año, con efímeros cambios en épocas subsiguientes, durante tres oportunidades, la última de las cuales es de 1955 y en la que para nada se modificó lo relacionado con el Seguro). De su parte, la ya no tan nueva Ley de Contrato de Seguro de noviembre 12 del 2001, fue por igual poco generosa en el trato del reaseguro, dedicando a dicho tema apenas cinco (5) artículos de los 128 que tiene dicha Ley, y en los que por supuesto no se hace alusión alguna al régimen del término dentro del cual el reasegurador debe honrar sus compromisos contractuales, y con la especial advertencia de que en su artículo 124 expresamente se dispone que el reaseguro se rige por el derecho común, y no está sometido a las disposiciones sobre dicha Ley especial. En principio y hasta donde nos ha sido posible investigar en la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro, dicha Ley estuvo inspirada en la española de 1980 y con alguna influencia de la Colombiana y de la mexicana, pero no existe ni en el Congreso de la República, ni en la exposición de motivos de la misma, referencia alguna a dichas fuentes.

<sup>46</sup> Decreto con fuerza de legislación, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5553 de fecha 12 de noviembre del 2001. De paso sea de advertir que dicho Decreto se encuentra impugnado por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión a cuya impugnación vale la pena citar, que si bien dicho asunto no ha sido resuelto en los respectivos recursos (pues en efecto son varios los que se dejaron interpuestos), en juicio por las mismas razones, pero sobre el Decreto con fuerza de Ley para la Actividad aseguradora de ese mismo año, si fue dictada la suspensión de los efectos de dicha normativa por vía cautelar, y con argumentos del todo similares a los que fundamentan las acciones de nulidad contra la denominada Ley del Contrato, esto es, el citado Decreto Ley al que venimos haciendo referencia.

autonomía entre ambos contratos; b) introducir el reconocido principio de la comunidad de la suerte; c) establecer los medios de prueba según la principal división entre los contratos de reaseguro y d) introducir dos regulaciones en materia de liquidación administrativa, paradójicamente aún no vigente en Venezuela.

La gran novedad, hasta sorpresiva podríamos decir, la constituye la clara aceptación en la Ley de la posibilidad de una relación directa entre el reasegurador y el asegurado, posibilidad que la mayoría de las legislaciones se empeñaban en negar". Como puede observarse, existe una varío pinta modalidad de soluciones y cuestionamientos, que precisamente serán los que procuraremos examinar en nuestra Ponencia, y con lo cual, repetimos, se puede apreciar claramente que el tema es de permanente actualidad y gran relevancia, puesto que en siniestros con pérdidas cuantiosas puede llegar incluso a verse amenazada la estabilidad financiera del asegurador directo de no contar con claras reglas que definan la oportunidad en que deban esperar el pago de la contribución de reaseguro y toda vez que eventualmente, ya el asegurado habrá exigido el cumplimiento de las obligaciones a cargo del asegurador.

## **2. FIJACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SON EXIGIBLES LAS OBLIGACIONES DEL REASEGURADOR FRENTE A SU CEDENTEI (REASEGURADO). POSICIONES DOCTRINARIAS. EXCEPCIONES**

Sostiene en torno a este tema la Profesora Blanca Romero Matute <sup>47</sup> siguiendo a Broseta y a Sánchez Calero <sup>48</sup> que el contrato de reaseguro es un convenio mediante el cual el reasegurador, verificado el riesgo reasegurado, debe resarcir al asegurador reasegurado el daño que este sufra como consecuencia de la prestación que debe efectuar al asegurado directo debido al acaecimiento del siniestro previsto en el contrato de seguro, todo dentro de los términos y condiciones que tuvieren pactados en aquél convenio <sup>49</sup>. Como se lo observa el régimen al que se somete esa obligación de pago, ha de venir determinado en el contrato de reaseguro, y como se lo advierte en la obra de Romero Matute, dicha determinación puede venir expresada de muy distintas formas, según la modalidad reasegurativa pactada entre las partes de dicho contrato, que como lo sabemos quienes andamos por estos predios de la ciencia del Derecho de

---

<sup>47</sup> El Reaseguro, tomo II, Edit Universidad Javeriana / Asociación internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Colombia. Isbn 958-683-416-6, 2001, p. 602 ss.

<sup>48</sup> Broseta P, Manuel, El contrato de reaseguro, Madrid, 1961, p. 180 ss y Sánchez Calero, Fernando, El reaseguro en la Ley Española de Contrato de Seguro, en AA. VV. Estudios sobre el contrato de reaseguro, Vol. I y II, , Madrid 1988, citado por Romero Matute, p. 109 y ss.-

<sup>49</sup> En sentido similar, Luis de Angulo Rodríguez, en Estudios sobre el contrato de seguro, Edit Musini-Aida, Epña, 1997, Consideraciones preliminares sobre el Reaseguro, p 55.



Seguros, son realmente muy variadas.<sup>50</sup> En lo que atañe al reaseguro en derecho venezolano, nuevamente es preciso hacer una acotación de interés, resultante del modo como nuestro legislador resolvió tratar el problema probatorio del contrato de reaseguro, según su clase.<sup>51</sup> En efecto en tal modalidad contractual es obvio que la voluntad de las partes recogerá fundamentalmente cual sea lo deseado por las partes en torno a la fecha de exigibilidad de sus obligaciones derivadas del contrato, que en el caso de los contratos aludidos, será, además por escrito, tal como lo dispone la Ley.

Berrizbeitia en torno a esta materia, acota<sup>52</sup> “la nueva regulación venezolana de reaseguro, bajo la modalidad de contrato automático y sus cesiones, impone la necesidad de probarlo por escrito. Sin embargo, según el ordenamiento que la propia Ley del Contrato de Seguros eligió para los contratos de reaseguro, la consensualidad (prevista como norma para el contrato de seguro) cambia. La doctrina y la práctica dividen a los reaseguros entre obligatorios o automáticos y facultativos. En el reaseguro *obligatorio* o *automático*, el asegurador, sin necesidad de notificación expresa, traslada las responsabilidades por los riesgos asumidos al reasegurador, desde el momento en que se perfecciona el contrato de seguros, siempre que se cumplan los términos y límites del contrato de reaseguro. Mientras que en el reaseguro *facultativo*, el asegurador tiene la opción de ceder una parte del riesgo a otra compañía de seguros o a un reasegurador, cuando éste excede la capacidad de sus contratos automáticos, o cuando hay razones de peligrosidad. El reaseguro facultativo tiene para el reasegurador la ventaja de poder evaluar el riesgo y considerar si las condiciones son adecuadas”. Continúa el citado autor: “La norma es clara: los contratos automáticos sólo se prueban por escrito, mientras que la segunda parte de la norma contenida en el artículo 126 dispone que las cesiones al contrato automático y los reaseguros facultativos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley.

La distinción que hace la Ley del Contrato de Seguros en cuanto a los medios probatorios de los reaseguros automáticos y los *facultativos*, se deriva de su origen: mientras el reaseguro *automático* requiere para su nacimiento y existencia un documento previo, contentivo del tipo de contrato, términos y condiciones que regirán la relación; el reaseguro facultativo nace con una propuesta por parte del asegurador la cual el reasegurador acepta o no, y puede probarse a través de los llamados “*slip*” de confirmación, en nuestro medio nota de cobertura, y en su defecto podrán producirse como pruebas un

---

<sup>50</sup> A los interesados en el tema, recomendamos examinar la obra de la profesora Romero, p. 707 y siguientes.

<sup>51</sup> Dispone el Art. 126 de la DL Contrato de Seguro: “*El contrato automático de reaseguro relativo a una serie de cesiones de riesgos debe probarse por escrito. Las cesiones al contrato automático y los reaseguros facultativos pueden probarse por cualquier medio de prueba admitido por la ley*”.

<sup>52</sup> En sus respuestas al Cuestionario Avedese-Aida sobre ponencia al X Congreso Cila.

fax de aceptación, compensación de saldos, pago de siniestro, cartas de compromiso, etc....”

“Se incluyó igualmente en la norma las cesiones de reaseguro automático, las cuales participan con el reaseguro facultativo de la libertad en la prueba. Tal cesión se hace mediante una declaración que debe contener los elementos identificadores y condiciones del contrato automático cedido y la notificación y aceptación del reasegurador”.

Lo que si resulta cierto y sin discusión, por el concepto mismo del reaseguro, sea bajo la modalidad contractual escrita o meramente verbal, a-formal, es que la obligación de resarcir al reasegurado, nace en el momento en que éste se vea obligado al pago del siniestro al asegurado, por lo cual puede decirse sin temor a equivocaciones que el nacimiento de dicha obligación dependerá de que surja a su vez la obligación de indemnizar o resarcir de su reasegurado, y por tanto presuponiendo la existencia de un contrato de seguro válido y eficaz, donde haya corrido efectivamente por igual el riesgo asegurado y cubierto por la póliza, a su vez presupuesto de las obligaciones del reasegurado.<sup>53</sup>

En torno a ese mismo punto, Hill Prados precisa que es ello lo que realmente resulta medular en las relaciones entre reasegurador y reasegurados, expresando al respecto: “se trata, en definitiva de decidir si resulta exigible en el momento en que se produce el siniestro contemplado en el contrato de seguro directo, o si es preciso que el asegurador directo, ahora reasegurado, haya satisfecho la indemnización del asegurado, momento en el que su patrimonio sufre efectivamente un daño<sup>54</sup>”.

Advierte la misma comentada autora, que tal interpretación se deduce del carácter estrictamente bilateral del reaseguro, así pues, a su juicio, no basta que se realice el siniestro, sino también que la obligación del asegurador frente a su asegurado sea exigible.<sup>55</sup> Si bien que lo anterior no parece presentar dudas, al entrar a determinar en que concreto momento nace esa obligación de resarcir, así como cuando es exigible el pago de la indemnización de reaseguro al reasegurador, y sobre ello a juicio de la doctrina española, cuando menos, en torno a la primera cuestión, se discute si la misma nace en el momento de la realización del siniestro previsto en el seguro principal o si, por el contrario, nace cuando el asegurador haya procedido a la liquidación del daño producido.

Precisa si la profesora Hill Prados, que tampoco es necesario que el asegurador haya hecho efectiva la indemnización al asegurado – esto es la exigencia de pago previo- para entender que surge en ese momento la exigibilidad de la

---

<sup>53</sup> En igual sentido Romero Matute, o.c. p. 603 y Sánchez Calero, o.c. p 111 y 112, al igual que específicamente en el art. 77 de la Ley de Contrato de Seguros Española.

<sup>54</sup> O.c. p. 118.

<sup>55</sup> En apoyo a esa su posición cita a Broseta, M, El contrato, o.c. p. 180 ss.

obligación del reasegurador<sup>56</sup>. Pareciera pues que en efecto, salvo pacto en contrario expreso en tal sentido, no será necesario que se haya pagado previamente la indemnización. Se debe entender que el mero hecho de que dicha obligación sea exigible, hace a su vez exigible la del reasegurador

En igual sentido a lo comentado sostiene la Prof. Romero, debe destacarse que la sola realización del riesgo cubierto en el seguro directo no es suficiente para determinar el nacimiento de la obligación del asegurador y aun menos, la del reasegurador, ya que se ignora no solo la cuantía de la indemnización, sino la circunstancia esencial de si, efectivamente, el asegurador directo está obligado a cumplir su prestación, debido a que pueden presentarse causas de extinción de su obligación (tales como incumplimiento por el asegurado, en casos de dolo o culpa grave, ocultación maliciosa, etc. y todos los demás casos de exclusión o improcedencia del reclamo según la Ley o el contrato de seguro)<sup>57</sup>. Respecto a estas consideraciones, Alurralde,<sup>58</sup> considera que en todo caso deberá referirse la determinación indicada a la modalidad bajo la cual haya sido celebrada la cobertura del reaseguro. Por ello, deberá siempre precisarse bajo cual de ellas ha sido contratada la cobertura, dependiendo ello, fundamentalmente si la contratada lo fue bajo forma de reaseguro “facultativo” o de un reaseguro “contractual”. Para el comentarista consultado, si se tratare de un Reaseguro Facultativo, hay que tener en cuenta si la aceptación del reasegurador se condicionó a algunas de la cláusulas particulares sobre como atender la reclamación: Cláusula de Cooperación de Siniestros o Cláusula de Control de Siniestros. Si lo fue bajo la primera de dichas modalidades, el asegurador se obliga a notificar en un tiempo perentorio tan pronto tenga conocimiento de un reclamo (este cubierto o no) al reasegurador. Si el aviso se

---

<sup>56</sup> En igual sentido Broseta, M, o.c. p. 183. Sobre este tema vale la pena traer a colación una nota inserta en la obra de Hill P., refiriéndola a Colinvaux, R. The Law of Insurance, referida a un caso jurisprudencial (Home and Overseas Insurance Co. Ltd. Vs Mentor Insurance Co., 1989), en el que como consecuencia de una liquidación voluntaria de un asegurador que se había reasegurado, se plantearon numerosas cuestiones de interés. Una, precisamente estuvo referida a la existencia o no de una cláusula en el contrato que exigía el pago previo por parte del reasegurado como condición para el cumplimiento de la obligación del reasegurador. En dicho caso, el Tribunal terminó estimando que si bien dicha cláusula en cuestión <ultimate nett loss> podía interpretarse como exigencia de pago previo, no podía siempre prevalecer la interpretación literal de los términos, opinión esa también expresada en otros conflictos judiciales. Se procuraba aclarar si el reasegurador debía pagar la suma que -de no haber incurrido en la situación de liquidación- hubiese satisfecho el reasegurado a sus asegurados, lo cual le había facultado para exigir el pago al reasegurador. El Tribunal concluyó disponiendo que era injusto y contrario al buen sentido comercial que, por razón del accidente de que el reasegurado hubiese sido declarado insolvente, el reasegurador - que había percibido primas- se liberase de toda responsabilidad bajo el contrato de reaseguro con respecto a unas reclamaciones por las cuales hubiera resultado responsable si el reasegurado hubiese sido solvente.

<sup>57</sup> O.c. p. 604.

<sup>58</sup> En las aludidas notas de respuesta al Cuestionario remitido al efecto para soporte de esta Ponencia, cuyos originales permanecen en nuestro depósito.

hizo en tiempo hábil, ambas partes (asegurador/reasegurador) trabajan de manera conjunta el siniestro, nombran el ajustador, discuten los términos de las coberturas afectadas, estiman y/o calculan las pérdidas, discuten la indemnización y pago del siniestro. En resumen, el reasegurador coopera con la cedente desde el momento del reclamo, pero todo ello está sujeto al plazo otorgado a la cedente para dar aviso a su reasegurador; si lo viola, el reasegurador pudiera eximirse de su responsabilidad.

Si la que se aplica es la segunda cláusula, el tema se complica mucho más, pues con ella la cedente se obliga a notificar en un tiempo más perentorio, más corto (normalmente no más de 5 días) a su reasegurador sobre la ocurrencia de un reclamo, pero el control absoluto del reclamo lo lleva el reasegurador. Él es quien designa el asegurador, aprueba o desaprueba el siniestro, orden o no el pago. En palabras más sencillas, es quien lo decide todo la referente al reclamo, pero todo ello está sujeto al plazo otorgado a la cedente para dar aviso a su reasegurador; si lo viola, el reasegurador pudiera eximirse de su responsabilidad.

En la modalidad de reaseguro “facultativo” hay que precisar también si el asegurador solicita al reasegurador un anticipo que a su vez le ha solicitado su asegurado; normalmente, el reasegurador analiza el caso conjuntamente con su cedente y si el siniestro está en orden y se demuestra la necesidad tanto del asegurado como de la cedente en hacer un anticipo, el reasegurador hace llegar a la cedente su remesa correspondiente a su alícuota<sup>59</sup>.

Si en la colocación facultativa nada se hubiere pactado al respecto, se impone entonces el criterio que el asegurado indemnice primero y después recupere de su reasegurador. Si por el contrario se tratara de una reaseguro pactado bajo la modalidad Contractual, Alurralde destaca que el asunto se torna mas complejo, pues dependiendo del tipo de contrato de reaseguro que las partes han suscrito es que va a nacer la exigibilidad de la contribución del reasegurador. En efecto, como es conocido en la materia, destaca el mismo autor, existen, dentro de la rama del reaseguro de contratos, dos grandes grupos: Contratos Proporcionales y Contratos No Proporcionales.

En los casos Proporcionales (también conocidos como “pro”), los *cuota parte* y los excedentes, por ejemplo, hay que saber también qué fue lo establecido en torno al manejo de los siniestros, sobre todo en aquellos de montos elevados y que se conocen como “siniestros al contado”, que no es otra cosa que determinar de antemano un monto que se considerará prioritario para que el

---

<sup>59</sup> Para el mismo comentado autor, esta práctica se da con mayor frecuencia en siniestros de elevados montos o cuando la cobertura de Lucro Cesante ha quedado abierta a consecuencia del siniestro; obviamente, la idea es que el asegurado reactive sus actividades para cerrar la cobertura indirecta (Lucro Cesante), pues pudiera ser más lesiva que los daños directos contemplados en el ramo de que se trate (vbg. Incendio).

reasegurador pague de inmediato a la cedente que obviamente constituirá una excepción en torno a la posición que se viene comentando. En tales casos, continúa el aludido autor, el reasegurador existirá en primer lugar toda la documentación que dé soporte al siniestro; una vez aprobado el siniestro o el anticipo solicitado por su parte, deberá remitir su remesa de manera inmediata.

Si en los textos contractuales no se ha pactado nada de lo anterior, se impone el criterio que el asegurado indemnice primero y después recupere de su reasegurador.

Por último, según Alurralde,<sup>60</sup> si la modalidad contractual lo fuera de “No Proporcionales” (también conocidos como “no pro”), tales como los de exceso de pérdida, *tent-plan*, catastróficos, *excess loss*, por ejemplo, habrá por igual que precisar que precisaban en torno al manejo de los siniestros. Bajo esta modalidad de los “No Pro” en los mismos es costumbre aplicar la cláusula de “Pérdida Neta Definitiva” que no es otra cosa que condicionar la responsabilidad del reasegurador no sólo a que el asegurador indemnice primero al asegurado sino que se hayan agotado todas las posibilidades de recuperación o salvamento del bien objeto del siniestro.

Bajo tal modalidad, el asegurador, luego de indemnizar al asegurado, deberá agotar todos los recursos a su alcance para recuperar lo indemnizado de otras fuentes posibles antes de exigir el pago al reasegurador. Dentro de estas posibles fuentes de recuperación, destaca la subrogación de derechos bien por efecto de la indemnización recibida o por recobro ante terceros responsables del siniestro. Dentro de tal modalidad, según el citado autor, cabe citar como ejemplo los casos de siniestros de Transporte Marítimo que se encuentre bajo un contrato de *tent-plan*, en los cuales el asegurador indemnizará al asegurado en el tiempo previsto en la póliza y/o en la Ley del Contrato de Seguro, pero no podrá exigir el pago al reasegurador hasta tanto el asegurado o el asegurador (por efecto de la subrogación de derechos), hayan realizado las gestiones de recuperación ante el porteador de la carga, línea naviera, almacenadora, agente aduanal o armador, etc.<sup>61</sup>

Para Broseta<sup>62</sup>, dependerá igualmente el problema de la naturaleza de la modalidad del reaseguro, si bien parece referirse no a la obligación de indemnizar del reasegurador, sino a la obligación de cobertura del riesgo- pero en todo caso debe precisarse que el nacimiento de la obligación del reasegurador se remonta a un momento anterior, ya que tratándose de un contrato de reaseguro simple, la obligación surge desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato, en cambio, si estuviésemos en presencia de una modalidad de “tratado” habrá que distinguir si el mismo es obligatorio para ambas partes o al menos para el reasegurador, en cuyo caso se hace coincidir el

---

<sup>60</sup> En las mismas comentadas observaciones.

<sup>61</sup> Alurralde, Jaime, en las ya citadas notas.

<sup>62</sup> Broseta, o.c.-

nacimiento de la obligación con el momento en que este comunica su voluntad de aplicar al tratado el seguro presentado, voluntaria u obligatoriamente, por su reasegurado.

Desde otra perspectiva podría también reconducirse el nacimiento de la obligación del reasegurador, en caso de que el siniestro previsto en el contrato de seguro directo sea un evento incierto, al momento de la realización del mismo y subsiguiente liquidación de los daños, mientras que si el siniestro previsto, como ocurre en los siniestros de vida, consiste únicamente en un *incertus quando*, nos encontramos ante una obligación sometida a término pero que surge ya en el momento de la conclusión del contrato de seguro y para el reasegurador, en el de la celebración del contrato de reaseguro<sup>63</sup>.

Debe precisarse que en algunas ocasiones se incluyen ciertas estipulaciones en los tratados por las cuales la obligación de indemnizar del reasegurador se supeditan a que el reasegurado haya efectivamente abonado al asegurado la indemnización correspondiente (cláusulas de reembolso), la que sea de paso advertir para algunos especialistas en la materia<sup>64</sup>, constituyen una causa de distorsión del contrato de reaseguro o cuando menos una estipulación exorbitante o abusiva, motivo por el cual suelen tildarse de ineficaces, salvo aquellos regímenes en donde las normas tuitivas de asegurados y beneficiarios, no sean imperativas, y por tanto admitan pactos en contrario<sup>65</sup>, o en aquellos en donde tenga cabida, en la forma sustantiva, la bipartición de riesgos de masa y de grandes riesgos, sin perjuicio de que en éste último caso aflorara la ineficacia o ilegalidad cuando tal estipulación se pacte en un seguro que descansa sobre la primera de las citadas categorías: riesgos simples o de masa, en la que la salvaguarda o tutela legislativa, resultan mas acentuadas<sup>66</sup>. En cualquier caso, en Venezuela, como también en Colombia<sup>67</sup>, dichas limitaciones no son

---

<sup>63</sup> Broseta, o.c. p. 182 ss.-

<sup>64</sup> Es el caso vbg de Carlos I. Jaramillo, *Distorsión del reaseguro tradicional*, Edit Univ. Javeriana y Aida, Colección ensayo 7, Colombia, 1999, isbn 958-9502-00-8, p 162 ss.

<sup>65</sup> Por ejemplo en Chile, donde mayoritariamente, según lo destaca Jaramillo en su citada obra, se ha entendido que conforme a la regla legal vigente, a diferencia de la Colombiana, no se entiende que tales normas sean de orden público y por tanto es admisible la regulación a contrario. En igual sentido y a favor de dicha posición, en Chile, Achurra y Contreras, al examinar las llamadas cláusulas Z, se reputa que la norma contenida en el Art. 28 del DFL 251, no es una norma de orden público y por ello en cierto tipos de contratos emitidos bajo un reaseguro impuesto y que reviste la modalidad de fronting, se admite la consagración de que la obligación de la compañía aseguradora-cedente de para un siniestro, solo surge cuando los fondos correspondientes a la contribución del reasegurador que corresponda según los términos del contrato de reaseguro, se encuentran en su poder ( en las Cláusulas de cooperación y de control en los contratos de reaseguro p. 210 ss- Citados por Jaramillo, *Distorsión...* p. 165.

<sup>66</sup> Jaramillo o.c. p.165 ss

<sup>67</sup> Jaramillo, (*Distorsión*, p. 166), salvo que de alguna manera dicha cláusula pueda favorecer al asegurado, tales limitaciones serían in- oponibles a ellos, en tanto el contrato de reaseguro, a

oponibles ni válidas al asegurado, que es ajeno totalmente a la relación contractual derivada del contrato de reaseguro.

Por el contrario, si se considera que la naturaleza del contrato de reaseguro es como la de un seguro de responsabilidad, es decir como un contrato de indemnización para cubrir la responsabilidad del reasegurado, la conclusión resulta más acertada en torno a dicho asunto, pues en efecto desde el momento que el reasegurado es responsable frente a su asegurado por una cantidad definitiva, resultante de la liquidación realizada según las condiciones de la póliza original, el reasegurador lo es frente a su reasegurado y debe indemnizarlo, aun cuando el asegurador no haya cumplido con su asegurado. Ello demuestra la plena autonomía entre los dos contratos, no podrá el reasegurador oponer la *non adimpleti contractus* como defensa ante su reasegurado, en tanto que su obligación de pago no proviene del contrato de reaseguro sino del contrato de seguro <sup>68</sup>. Consideramos que exactas conclusiones a las comentadas son válidas en Derecho venezolano, en tanto, claramente, a pesar de que se regula claramente que el reaseguro no es un contrato de seguros ( Art. 124 de la Ley del Contrato <sup>69</sup>, en el 125, diáfananamente se estipula, que a menos se contemple expresamente lo contrario en el contrato de seguros, el contrato de reaseguro solo crea relaciones entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros, pero este sigue la suerte del primero en el riesgo que le hubiese sido cedido, de acuerdo con lo que a tal efecto prevea el contrato de reaseguro.

Y en salvaguarda de los derechos de los asegurados, vale la pena observar que conforme a la aludida regulación nacional, las estipulaciones de la Ley, son reputadas de orden público e imperativo y la interpretación del contrato de seguro siempre deberá hacerse a favor del tomador, asegurado o beneficiario <sup>70</sup>.

En torno a la participación directa del reasegurador en el cumplimiento de las obligaciones del asegurador frente al asegurado, el colega Berrizbeitia hace referencia en sus respuestas al Cuestionario Avedese-Aida a una sentencia de primera instancia en la cual tangencialmente se alude al tema, con el mérito, tal como lo destaca, que a la fecha del citado fallo, aun no se encontraba vigente

---

texto expreso de la Ley, solo surte efecto entre asegurador y reasegurador, y por tanto no resulta oponible al asegurado y así debe deducirse igualmente para Argentina, pues como bien lo destaca la Prof. Romero M, el contrato de seguro funciona como si el reaseguro no existiese (o.c. p.45). Es lo que se conoce en la doctrina especializada como principio de la "independencia" entre el asegurador reasegurado y el asegurado. Para profundizar véase Sanchez Calero, Fernando, El Reaseguro en la Ley Española del Contrato de Seguros, en Estudios sobre el contrato de Seguros, o.c p. 106.-

<sup>68</sup> Romero Matute, o.c. p. 607.

<sup>69</sup> Ley del Contrato de Seguro, G.O. 5553 Ext. Del 12-11-01.-

<sup>70</sup> Artic 2 y 4 #4 de la Ley.

la nueva regulación del Contrato y con ella lo que atañe a los supuestos de intervención directa del asegurado contra el reasegurador <sup>71</sup>.

En la práctica, en Venezuela, tal materia suele venir expresamente regulada en los modelos de contrato entre Aseguradores y reaseguradores ( por supuesto en los casos de contratos por “tratado”) y que constan por escrito, lo que en la

---

<sup>71</sup> Caso Mezerhanne vs. Seguros La Federación, C.A., dirimido únicamente en primera instancia por el Juzgado Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Venezuela. Los hechos que motivaron este pleito se derivaron de la suscripción por parte del asegurado de un contrato de seguros para cubrir, contra todo riesgo, una embarcación de recreo. Ante la ocurrencia de un siniestro y el rechazo de la compañía de seguros, una vez admitida la demanda contra ella, ésta solicitó del Tribunal que se llamasen a todas las empresas reaseguradoras con quien Seguros La Federación había colocado, de forma individualizada (facultativa), un porcentaje de los riesgos asegurables. El Tribunal de la causa se limitó a motivar la naturaleza jurídica de esta cita, con un párrafo de la obra de Luis Loreto, estableciendo que la misma: “...Se trata de una verdadera demanda accesoria, conexas con la principal y así como sería procedente la acumulación de los procesos en que hubieran sido propuestos separadamente la evicción y el saneamiento o la garantía correspondiente, es natural que en la demanda de evicción puedan ser acumuladas todas las acciones que contra los garantes respectivos, pudieran originarse de aquélla...” .Debe igualmente destacarse que en el curso del mencionado juicio, la empresa aseguradora y las reaseguradoras intentaron celebrar una transacción. La homologación fue expresamente declarada sin lugar en virtud de los siguientes alegatos: “...Formando parte la aseguradora y reaseguradora de una relación procesal de la cual también es parte integrante y por lo tanto tiene cualidad e interés la parte actora, homologar dicha transacción equivaldría aceptar la auto limitación de la responsabilidad de las segundas cuando éstas, al concurrir al proceso, ejercen sus facultades, defensas y cargas enfrentando a la pretensión de la actora se constituyeron irremediablemente en partes, litis consortes con la demanda y sujetos pasivos en consecuencia de la pretensión inicial del actor, la cual nunca pudo proponerse directamente contra ellos puesto que contractualmente la parte actora no tenía ningún vínculo sustantivo del cual pudiera derivar un interés procesal. Al haber sido citados en garantía por quien sí tenía dicho vínculo derivado del contrato de reaseguro, las reaseguradoras quedaron sujetas a las contingencias procesales que se derivaran del camino que escogiesen frente a las pretensiones de quien los trajo a este juicio, es decir, que la demandada. Más, es el caso de autos, la conducta procesal asumida por la representación de las reaseguradoras, en lugar de limitar su posición procesal a los términos del contrato de seguro, enfrentaron la pretensión de la parte actora de la misma forma como lo hubiese hecho un tercero coadyuvante para vencer al actor, tercero este que al admitírsele en el proceso pasa a correr la misma suerte del demandado...” .

A pesar de que el fallo fue pronunciado con anterioridad a la vigencia de la Ley del Contrato de Seguros, hace una importantísima acotación al dejar clara su: “...Convicción de que no pueden salirse de la suerte procesal las citadas en garantía sin el consentimiento del demandante, puesto que voluntariamente aquéllas asumieron obligaciones de indemnización frente al último, quien sí tiene legitimidad, cualidad e interés para ejecutar el presente fallo aun contra las reaseguradoras y así expresamente se decide...” .Aunque es éste el único caso del que tenemos conocimiento, y no fue revisado en instancias superiores por haber celebrado una transacción las partes, el Tribunal aceptó (sin mayor análisis hemos de admitir) la estrecha conexión o vínculo que existe entre el seguro y sus reaseguradores en este caso de colocación individualizada (facultativa). Creemos que este fallo excedió el alcance de la cita en garantía, al no analizar suficientemente la conexión de las relaciones jurídicas entre el seguro y el reaseguro, sin embargo constituye un precedente a ser tomado en cuenta, destacándose que es anterior a la vigencia de la actual Ley del Contrato de Seguros.



práctica resulta ser la costumbre <sup>72</sup>, mas no así en los de tipo Facultativo, que nacen por solo consentimiento y no requieren de formalidad escrita, y en los que se admite que la costumbre establece como convención pacífica en la materia, que el pago se produce por la sola ocurrencia del siniestro.

En el último proyecto de Ley sobre la Actividad aseguradora que circuló públicamente en el año 2007, el legislador contempla que el contrato de reaseguro debe contener, necesariamente, como mínimo los requisitos que dispone dicha Ley para el contrato de seguro o los que apruebe la superintendencia, y siendo que en ella se remite sobre el tema a la Ley del Contrato, no cabe duda que en el futuro de aprobarse dicho proyecto será menester que el contrato de reaseguro, aun el que se lo hace en forma de facultativo contenga la mención expresa de cuando sea exigible la prestación del reasegurador, a tenor de lo dispuesto en el Artcs. 21 y 41 de la Ley del Contrato, que devendrá entonces aplicable a los reaseguradores, y no admitiéndose tampoco modificación de lo así expresado en los casos de que no existan contratos escritos, pues repetimos las normas del contrato son

---

<sup>72</sup> Por gentil atención de nuestra compañera de trabajo Yosary Fuentes reproducimos textualmente el modelo de las cláusulas Standard en la empresa venezolana Americana de Reaseguros C.A, en diversas modalidades de contratos de reaseguro, y que textualmente rezan así: En el de Bouquet Art. 7 Siniestros,..... Si LA CEDENTE lo solicitase, EL REASEGURADOR deberá efectuar el pago, en un plazo no mayor de diez (10) días, la parte que él corresponda de cualquier siniestro que exceda del importe estipulado en las CONDICIONES PARTICULARES, epígrafe "Siniestro al Contado". En este caso, EL REASEGURADOR podrá reducir los saldos que LA CEDENTE le adeude por concepto de Cuentas Técnicas.

*Por lo general este tipo de contratos contempla la liquidación de las cuentas entre cedente y reasegurador en una especie de cuenta corriente, que el mismo contrato establece debe liquidarse según las siguientes reglas de estilo: ARTÍCULO 9. Cuentas LA CEDENTE elaborará cuentas trimestrales que reflejan las operaciones efectuadas en el trimestre transcurrido, de los negocios objeto de este contrato. Las cuentas se establecerán en la moneda original y/o en US \$ por ramos reasegurados. 1.- LA CEDENTE remitirá a EL REASEGURADOR las cuentas trimestrales lo más pronto posible, pero a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al final del trimestre respectivo. 2.- Las eventuales observaciones de EL REASEGURADOR serán comunicadas a LA CEDENTE cuanto antes, y está procederá a las rectificaciones que correspondan en la próxima cuenta trimestral. Por su parte EL REASEGURADOR / LA CEDENTE liquidará el saldo a favor de LA CEDENTE / EL REASEGURADOR en un plazo de quince (15) días después de confirmar la cuenta / haber recibido la confirmación de la cuenta, con un máximo de 45 días después de haber recibido la misma.*

En los XLS TENT PLAN: ARTICULO XII, SINIESTROS: EL REASEGURADOR tendrá derecho a obtener de la CEDENTE copia certificadas de los documentos originales deferentes a cualquier siniestro o gasto en el que esté interesado, pero sin rehusar o retardar por esta razón, el pago de su parte en dichos siniestros o gastos. Los Siniestros pagados por la CEDENTE serán liquidados por el REASEGURADOR tan pronto reciba éste copia del finiquito correspondiente firmado por el asegurado.

Finalmente en los de Reaseguros por exceso de pérdida la cláusula 7 de dichos contratos establece:

3.-"EL REASEGURADOR" deberá elaborar trimestralmente cuentas similares de ajuste. Hasta que todos los siniestros pendientes y responsabilidades a cargo de "EL REASEGURADOR", hayan sido liquidadas. Los saldos resultantes serán pagados por la parte deudora mediante las cuentas trimestrales que elaborará "EL REASEGURADOR".

imperativas y por tanto no pudiendo ni aún las partes renunciar o modificar aquellas.

En la vigente Ley que regula la actividad y en el proyecto, el legislador norma por igual el plazo en que debe procederse a pagar o negar la procedencia de la indemnización, estableciendo graves sanciones, incluyendo las de suspensión y revocación de la licencia por la elusión.

Si en adición tomamos en cuenta que el nuevo régimen de control y vigilancia faculta al órgano de control para revisar y aprobar las pólizas, seguro estamos que se procurará por igual imponer y establecer claramente las condiciones y modo de pago en los contratos o convenios entre reaseguradas y reaseguradoras.

### 3. CONCLUSIONES

No obstante el carácter de ubérrima buena fe que inspira el régimen de reaseguros, y sus modalidades, casi dogmas en el ámbito internacional de su formación meramente convencional y a-ritual<sup>73</sup>, pareciere prudente, en los países donde se ha procurado de alguna forma reglar el contrato de reaseguro, unificar y fijar criterio expreso en materia de la oportunidad en que el reasegurador debe honrar sus obligaciones de indemnizar, acogiendo por supuesto la posición de mayor aceptación, cual es la de su inmediata exigibilidad, una vez notificado del siniestro, siendo el seguro válido y eficaz y plenamente determinable la suma a indemnizarse.

Salvo especiales modalidades del reaseguro, como las analizadas *supra* y por ejemplo entre otros particulares los de excesos de pérdida, no debe admitirse como práctica sana del reaseguro, el que supedita la obligación de pago de sus contribuciones a cuestiones ajenas o extrañas al reaseguro mismo, o la determinación definitiva de la evaluación de los riesgos, con base a lo cual se precisará realmente el importe de las indemnizaciones a pagar<sup>74</sup>, pues con tales modalidades excepcionales, ello da lugar al fenómeno conocido en Doctrina de reaseguro de “distorsiones del contrato de reaseguro”.

---

<sup>73</sup> O como lo identifica Jorge Eduardo Narváz Bonet ( El Reaseguro, Aspectos primordiales en el ámbito jurídico, en Evolución y perspectivas del contrato de Seguros en Colombia (1971-2001), Acoldese, Colombia, 2001, p. 188.-) contrato atípico no exhaustivamente regulado, en tanto el legislador juzga innecesaria la intervención para tutelar las partes, que resultan ser profesionales y con conocimientos técnicos para realizar válida y ajustadamente dicho contrato, y por ello se las debe considerar en un plano de absoluta igualdad para la contratación

<sup>74</sup> CARTER, R.J., El reaseguro, Colección Temas de Seguros, MAPFRE, España, 1979, isbn, 84-7100-088-1, p. 161 ss.

En torno a lo que pueda devenir en nuestro país en relación a futuras regulaciones y normativas sobre el reaseguro, no somos optimistas, pues el enredo político existente hoy entre sus gobernantes, seguidos lamentablemente por una desleída oposición, dejan mucho que desear y puede y debe esperarse que ocurra intempestivamente cualquier regulación no sensata en la materia.

En este orden de ideas vale la pena consignar y referir la muy triste situación recién planteada a inicios de este mes, con ocasión de la publicación de un Decreto de la Presidencia donde se autoriza a crear una “empresa estatal” de “seguros y reaseguros”<sup>75</sup>, a pesar de la ya trágica y constante experiencia del mal manejo de empresas estatales, y más cuando el seguro es un campo tradicionalmente activado y manejado por el sector privado, pero adicionalmente, también se destaca en dicho Decreto de promoción y autorización, que la misma vendrá a cubrir necesidades de aseguramiento a empresas de índole social (sin ánimo de lucro) y que merman y moran en el presupuesto nacional, así como apoyar a la actividad aseguradora de las cooperativas, dar coberturas que en la actualidad las empresas privadas no pueden solventar (imaginamos se trate de las empresas de PDVSA, esto es la Petrolera estatal) y finalmente intercambiar negocios con países vecinos en dicha materia (opinamos debe referirse a Cuba, la que, hasta donde entendemos no ha podido hacer frente a sus reaseguros).

Con lo expuesto pensamos haber dejado dicho todo en lo que podemos aspirar sea un cabal y eficiente comentario sobre la situación de la materia a nivel regional y nacional y que además revista utilidad para los países del entorno del CILA.

Aspiramos haber contribuido de manera útil con la expresión de las ideas vertidas en ésta ponencia y de nuevo agradecemos habernos conferido la presentación del mismo a nuestra Asociación Nacional y la paciencia en escuchar nuestra lectura y opiniones sobre el tema.

---

<sup>75</sup> En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N. 355935 del 020807.



**Ponencia 1**  
**LA EXIGIBILIDAD DE LA CONTRIBUCION DEL REASEGURO**

**Francisco Fernández Guerra Fletes<sup>76</sup>**  
Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas  
Sección Mexicana de AIDA

SUMARIO

1. Planteamiento general. 2. Los límites aparentes de la obligación del reasegurador de seguir la suerte del reasegurado.

**1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

Existen varias teorías sobre el momento en que la cedente tiene la facultad de exigirle a los reaseguradores el pago de su contribución. En algunos países ha sido un tema ya superado y en otros continua en discusión. En muchos casos no existe una resolución final de criterio, debido en gran medida a la falta de opinión por los Tribunales competentes.

La realidad es que no se puede establecer una opinión uniforme respecto al momento en el cual el reaseguro debe o tiene obligación de indemnizar. Desde nuestro punto de vista en términos generales, poco importa si el reaseguro tiene que indemnizar, una vez que ha indemnizado la cedente o antes de que esto suceda; Lo anterior se considera así porque la cuestión importante es ¿cuando el Reaseguro ha incurrido en responsabilidad de acuerdo al Contrato de Reaseguro?

---

<sup>76</sup> Abogado mexicano, especialista en seguros y reaseguros y en responsabilidad civil profesional. Es especialista, además, en los aspectos contenciosos y no contenciosos del seguro de responsabilidad civil y representa en México a compañías de seguros y de reaseguros, corredores, brokers y los intereses de sindicatos del Lloyd en asuntos nacionales e internacionales. Su principal área de práctica es la responsabilidad por contaminación, profesional, fraudes, bonos de garantía, responsabilidad civil por construcción y la defensa de casos de negligencia profesional por cuenta de aseguradores. Francisco ha pasado tiempo trabajando en Estudios Profesionales de España y Londres. Ha dictado charlas y conferencias en materias tales como el derecho de seguros, responsabilidad civil, responsabilidad civil de directores y acciones de clase. También ha escrito publicaciones en relación a las pólizas con cláusula claims made. Fono 52 551 107 6056 E-mail: ffiles@dacmexico.com

En nuestra opinión, apoyamos la teoría de que la finalidad del reaseguro en esencia es resarcir el daño patrimonial que experimenta la aseguradora al producirse el evento que obliga a indemnizar al asegurado.

Si conceptuamos al contrato de reaseguro como aquel que celebra una entidad asegurativa (cedente) con otra (reaseguro), con la finalidad de protegerse de las consecuencias de los seguros que la primera ha otorgado en cuanto excedan de su capacidad y conveniencia, transfiriendo al reasegurador una parte o la totalidad de los riesgos en las condiciones que se convengan entre ambos es una manera de repartir los riesgos, pero siempre conservando la aseguradora su responsabilidad ante el asegurado.

El reaseguro puede contratarse en condiciones iguales o más o menos favorables que las de un contrato de seguro y tiene como característica especial el hecho de que no extingue las obligaciones de la aseguradora, ni confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador. Es pues, el reaseguro un contrato independiente del seguro, con modalidades propias y su celebración o extinción no influyen sobre el de seguro.

Tenemos que considerar además, que todo contrato de reaseguro es de obligada indemnización. El Reaseguro esta obligado a indemnizar de acuerdo a los términos de su contrato no de acuerdo de los pagos realizados por la aseguradora, y solamente esta última tiene derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones del Reaseguro conforme a dicho contrato.

Aun cuando existan varias corrientes, no se puede dejar a un lado que es indispensable valorar el tipo de contrato de Reaseguro así como las cláusulas que se pactaron en el mismo y que definen las condiciones de esta relación entre cedente y reasegurador sumando a esto último, la actuación de la Aseguradora frente a la reclamación del asegurado.

Consideramos importante resaltar el hecho de que si bien este contrato se define como de buena fe, también es cierto el hecho de que, ha diferencia del contrato entre asegurado-asegurador, el contrato entre asegurador-reasegurador es acordado y redactado por dos partes con un profundo conocimiento en la materia, por lo que no se puede argumentar en el momento del siniestro abuso de la otra parte. Ahora bien, para poder establecer un criterio definido al respecto del tema que nos ocupa, es necesario conocer de fondo la relación reasegurador-reasegurado ya que, si bien es cierto que existe una relación contractual entre ambas partes, también lo es el hecho de que la relación comercial resulta en ocasiones, podríamos decir casi siempre de hecho, ser mas relevante que la relación contractual debido al valor de los riesgos que se le ofrecen al reasegurador, ya que en la mayoría de los casos son de elevada exposición, y por lo tanto el riesgo financiero que implicaría una mala negociación entre ambas partes resultaría catastrófico para las dos.

Esta relación es resultado del contrato de reaseguro, la cual es exclusiva de la relación entre el asegurador y el reasegurador, en esta relación el asegurado original no tiene injerencia alguna, la Ley sobre el Contrato de Seguro

mexicana en su artículo 18 establece que “*aun cuando la empresa se reasegure contra los riesgos que hubiere asegurado, seguirá siendo la única responsable respecto al asegurado*”.

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros de México (LGISMS), establece la siguiente definición de Reaseguro:

Art. 10.- Para los efectos de esta Ley se entiende;

*...II Por reaseguro, el contrato en virtud del cual una empresa de seguros toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otra o el remanente de daños que exceda la cantidad asegurada por el asegurador directo.*

Como consecuencia de las prácticas internacionales del reaseguro, no se cuenta con reglas definidas o un sistema general para el manejo de las relaciones entre el asegurado/asegurador y el asegurador/reasegurador (en algunas ocasiones reasegurador/retrocesionario), como consecuencia de lo anterior, en la mayoría de los casos los contratos de reaseguro se basan por analogía en los principios legales de la ley sobre el contrato de seguros de cada país.

Sin embargo, la ley en México si establece que el reaseguro se obliga con la aseguradora por aquellos riesgos que se transfieren pero que ya han sido aceptados por la aseguradora, luego entonces, la reaseguradora no debería de mantener indemne a la aseguradora, pues esta claro que ya existe una obligación aceptada entre aseguradora y asegurado de la cual el único que debe de responder es la cedente con independencia de la participación del reaseguro.

La autonomía en la voluntad entre las partes (reasegurador-asegurador) es un principio básico en el reaseguro y creemos que este es o debería de ser el punto de partida para entrar al análisis del cobro de la indemnización o en su caso reembolso de la contribución del reaseguro. Como hemos establecido anteriormente, las relaciones entre asegurador y reasegurador se formalizan por medio del contrato de reaseguro el cual tiene características básicas que exige la legislación mercantil tales como la voluntad de las partes, la capacidad para contratar, la oferta y aceptación, interés asegurable, etc. Sin embargo como suele suceder en cualquier operación contractual, se pueden acordar o establecer diferentes cláusulas entre las partes, como resultado de diversas circunstancias particulares. Como ejemplo podemos citar la diferencia entre un contrato facultativo y un contrato obligatorio.

Debido a las diferentes costumbres y principios que se establecen para la contribución del reaseguro, consideramos fundamental el analizar brevemente aquellos contratos, cláusulas o circunstancias incluyendo siniestros, en que se haya previamente estipulado o que de acuerdo a la practica comercial si exista una clara obligación de pago inmediato por parte de los reaseguradores a la cedente sin que la aseguradora haya indemnizado, como pueden ser:

- a) El contrato facultativo: El maestro Sánchez Flores establece que es *“aquel en que el reasegurado no se compromete a aceptar determinada clase de riesgos, sino que estos han de ser comunicados individualmente, estableciendo para cada caso concreto las condiciones que han de regular la aceptación”*. En algunas ocasiones, tratándose de un contrato facultativo por un monto extraordinario en el cual corra peligro la solvencia de la aseguradora, se pacta entre las partes un sistema exigible de pago inmediato.
- b) Siniestros “Cash Loss” o siniestros de contado: En razón del monto, la asegurada/reasegurada tiene el derecho de requerir el pago inmediato por parte del reaseguro. Es ineludible de igual manera la obligación de la aseguradora de avisar inmediatamente al reaseguro de este siniestro en razón de que este último deberá establecer una reserva de manera inmediata.

Ahora bien, derivado en parte de lo expuesto con anterioridad, se considera también que el contrato de reaseguro resulta muchas veces un contrato de reembolso, teoría que no compartimos por los mismo razonamientos expuestos con anterioridad, en razón del hecho que no se trata que el reasegurador se encuentre obligado a rembolsar a la aseguradora debido a las condiciones contractuales sino por el contrario, derivado de la obligación del reaseguro a indemnizar es que la cedente recupera la parte que cedió a los reaseguradores que previamente habían aceptado dichas condiciones en el contrato de reaseguro.

Con lo antes expuesto no se pretende concluir, que las cedentes tienen que indemnizar para poder exigir la contribución correspondiente al reaseguro, pero tampoco se puede concluir ni determinar que existe una obligación incorporada a la relación entre seguro y reaseguro, en donde el reasegurador, esta obligado a indemnizar para que la cedente pueda hacer frente a su obligación contraída con el asegurado.

Podría además alegarse que las cedentes ceden un riesgo esperando la indemnización del reaseguro para hacer frente a sus responsabilidades frente al asegurado y que al no recibir dicha indemnización se podría mermar la situación financiera de la aseguradora sin embargo, esto adquiere otros tintes por lo menos en México en donde, como mencionábamos, de acuerdo a la Ley del Contrato de Seguro se establece que la aseguradora es solamente responsable frente al asegurado, situación legal que se conoce antes de decidir ceder ciertos riesgos al reaseguro además, el curso normal de la indemnización a través del correspondiente Intermediario de Reaseguro o Broker muchas veces dificulta la indemnización de las reclamaciones en el día a día.

Aunado a lo anterior, no podrían ser exigibles aquellos daños y perjuicios ocasionados por la falta de indemnización de la aseguradora alegando la falta de indemnización del reaseguro. Sin embargo como se estableció en un principio, para nosotros y desde nuestra perspectiva la obligación de exigir



alguna contribución al reaseguro no depende de aquella realizada por la aseguradora, sino por la determinación clara y exigible al reaseguro respecto de una reclamación comprobable e inmediatamente pagable conforme a los términos de la póliza.

Tampoco se considera oportuno ni viable que se pacten cláusulas en donde se limiten los pagos del reaseguro a la forzosa indemnización de la aseguradora al asegurado, pues se podría abusar y dejar en una situación precaria a la aseguradora, sobre todo en aquellos casos en donde además de establecerse una cláusula de control mediante la cual el reaseguro se hace cargo de la atención del siniestro, designación de ajustadores, abogados, etc... se limite además a la aseguradora a realizar determinados pagos, afectando la situación financiera de la compañía aseguradora, sobre todo en aquellos casos en los que la aseguradora actúa como un fronting.

Debe de subsistir la Buena Fe y evaluarse según las circunstancias de la reclamación así como los términos del contrato de reaseguro, no solo la exigibilidad al reaseguro para la contribución correspondiente sino el pago inmediato del reasegurador una vez demostrados la responsabilidad en la que incurre el reasegurador.

## **2. LOS LÍMITES APARENTES DE LA OBLIGACIÓN DEL REASEGURADOR DE SEGUIR LA SUERTE DEL REASEGURADO**

Es importante no confundir la suerte que debe de seguir el reasegurador en algunos casos con la exigibilidad al reaseguro para que participe antes o después de indemnizar por parte de la aseguradora al asegurado. Dependiendo del contrato de Reaseguro, el Reasegurador deberá o no seguir el riesgo original asegurado por la aseguradora, y deberá en su caso compartirlo en la medida de su interés. Pero lo que se pierde de vista, es que esa obligación de seguir a la cedente se entiende que lo hará en la medida que se compartan los riesgos pactados en lo técnico y en la aplicación de ciertas condiciones.

Esta última es la real "suerte" según el punto de vista del reasegurador y es la "suerte" que él debe seguir con base en la naturaleza misma del reasegurado. Sin embargo, esta claro que en algunos contratos de reaseguro existe un deber de seguir la conducta de la aseguradora en el negocio mismo, como por ejemplo, en la selección de riesgos (salvo alguna exclusión específica en el contrato), en la tarifa y en la liquidación de siniestros justos.

Este deber es el de seguir los actos de la compañía cedente como aseguradora no perdiendo de vista que el contrato de reaseguro es finalmente un nuevo contrato de seguro, independientemente del seguro original en el cual se basa, y en todo caso la contribución del reaseguro depende del texto de la cláusula correspondiente en el contrato, entendido que la frase " por pagar según lo que se pague sobre el mismo" no incluye pagos gratuitos (ex gratia), sino

solamente la estricta responsabilidad y que esta responsabilidad haya sido aceptada por la aseguradora.

Es frecuente la práctica de cubrir siniestros manifiestamente excluidos de cobertura bajo la póliza por cuestiones puramente comerciales, dando lugar a pagos "ex gratia" que en ocasiones, pueden estar plenamente justificados en el contexto de una extensa relación comercial entre el tomador del seguro y la aseguradora. Así, cuando un tomador de seguro asegura con una misma entidad aseguradora una gran diversidad de riesgos empresariales y esta relación comercial se prolonga a lo largo de los años, no parece descabellado que para preservar tan buenas relaciones, la entidad aseguradora se avenga a indemnizar un particular siniestro excluido. Sin duda esta práctica se justifica por el beneficio obtenido por la aseguradora como consecuencia del flujo de primas cobradas a lo largo de los años.

El problema surge cuando el siniestro excluido que se pretende indemnizar afecta a un riesgo cedido en reaseguro facultativo y cuando el reasegurador en cuestión no ha sido partícipe del flujo de primas. En este caso lo que para la Cedente está plenamente justificado en el contexto de sus relaciones comerciales con el tomador del seguro o asegurado, no lo está en absoluto para el reasegurador.

Para evitar este tipo de situaciones, se hace cada vez más aconsejable aplicar políticas estables de cesión de riesgos mediante las cuales el asegurador directo procure cierta estabilidad en el cuadro de reaseguro o cuando menos, que el reasegurador líder en un riesgo facultativo lo siga siendo en el transcurso de los años. De esta forma se facilita la liquidación de siniestros excluidos en el contexto de relaciones comerciales estables sin detrimento de una de las partes, el reasegurador, que también se habrá beneficiado a lo largo de los años de esta política estabilizadora.

Esta estabilidad en la cesión de riesgos al mismo Reasegurador tiene una ventaja añadida, pues ayuda a evitar los conflictos entre Reaseguradores en los supuestos en que, siendo la cedente la misma a lo largo de los años, se produce un siniestro cuya fecha de ocurrencia es difícil de determinar y que, por tanto, no se sabe a qué anualidad del seguro debe atribuirse.

## Ponencia 2

# EXIGIBILIDAD DE LA CONTRIBUCIÓN DEL REASEGURADOR

**Nancy Anamaría Vilá<sup>77</sup>**  
Sección argentina de AIDA

### SUMARIO

Respecto a la ocasión en que el reasegurador debe cumplir su obligación de pago. 1. Concepto y realidad. 2. El contrato de reaseguro. 3. La contribución del reasegurador. La cobertura de los riesgos. La obligación de pago del reasegurador. 4. Momento en que es exigible la contribución. 5. El reaseguro como seguro de daños. 6. Contratos generales u obligatorios. Los reaseguros proporcionales. Reaseguros no proporcionales. 7 Los reaseguros facultativos o individuales. 8. Los reaseguros financieros o finitos. 9. Cláusulas especiales que modifican la forma de la contribución. 10. Los brokers de reaseguro. 11. El lugar de pago de la contribución. 12. La buena fe en el contrato de reaseguro. 13. Conclusión.

*“Las reglas, no escritas, de la corrección y de la lealtad son reglas consuetudinarias y corresponden a aquello que un contratante medianamente correcto o leal se siente en el deber de hacer o de no hacer, y se debe tener en cuenta el nivel medio y corrección del concreto sector económico al que el contrato se refiere”* Francesco Galgano *“El negocio jurídico”* *“Las reglas, no escritas, de la corrección y de la lealtad son reglas consuetudinarias y corresponden a aquello que un contratante medianamente correcto o leal se siente en el deber de hacer o de no hacer, y se debe tener en cuenta el nivel medio y corrección del concreto sector económico al que el contrato se refiere”* Francesco Galgano *“El negocio jurídico”*.

---

<sup>77</sup> Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. República Argentina. Tesis aprobada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Especialización en Derecho de Seguros, “La subrogación en el contrato de seguros” Profesora titular del "Curso de Derecho del Seguro" para graduados "Instituto de Derecho del Seguro" del Colegio de Abogados de San Isidro. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en cursos de postgrado sobre Reaseguro. Conjuez para la Exma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, designada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desde el 29 de diciembre de 1999. Directora del Curso de Reaseguros en la “Licenciatura de Seguros” en la Universidad de Morón, desde año 2001. Miembro titular de AIDA (rama Argentina) desde 1990 y vocal del la Comisión Directiva desde 1996. Miembro titular del Reinsurance Working Party (AIDA) desde 1995. Relacionada profesionalmente con distintas reaseguradoras desde 1992. Publicista y conferencista Nacional e Internacional sobre temas de Reaseguro. Autora de diversas publicaciones en su especialidad. Belgrano 313 Piso 5to. Of.510 y 6to Piso - San Isidro. Tel/Fax:054-11- 4743-1959 / 4732-2059 - Argentina Email: navila@vilayasociados.com.ar.

## RESPECTO A LA OCASIÓN EN QUE EL REASEGURADOR DEBE CUMPLIR SU OBLIGACIÓN DE PAGO

Intentaremos el tema “Exigibilidad de la contribución del Reaseguro” expuesto en el 10º Congreso del CILA en Viña del Mar desde distintas perspectivas pero dirigido hacia los enunciados de la ética, la buena fe y los principios generales del Derecho”

### 1. CONCEPTO Y REALIDAD

Conceptualizado jurídicamente un contrato. Definido de una determinada forma aceptada por años. Institucionalizado ese concepto, de pronto la realidad muestra una discordancia, un alejamiento del instituto tal como fue definido en su momento. Si el contrato es comercial, si quienes lo manejan, quienes lo hacen, lo crean y recrean constantemente lo ejecutan en forma diferente al concepto original, ¿qué es lo que debe cambiar?, ¿la realidad de un mercado gigantesco, sofisticado e internacional o el concepto originario que quedó pequeño y alejado del accionar de quienes hoy son los artífices de ese acto comercial?

Otra opción sería darle un nuevo nombre a las formas del contrato actual. Nos referimos por supuesto al Reaseguro

### 2. EL CONTRATO DE REASEGURO

**Klaus Gerathewohl**, sostiene, negando que en el reaseguro haya una relación de sociedad entre el asegurador y el reasegurador: *“El reaseguro...es un tipo de negocio independiente, distinto de todas las otras clases de seguros”* y más adelante *“... nos parece oportuno que la aplicación al Reaseguro, de las disposiciones del Título I de la Ley de Seguros, se realice en forma supletoria, en tanto éstas no sean incompatibles con la naturaleza económica del Reaseguro, teniendo primacía las normas convenidas por las partes, basadas generalmente en las costumbres internacionales del negocio del reaseguro”*. *“... el reaseguro puede suscribirse como seguro de indemnización solamente de acuerdo al principio de satisfacer una demanda específica o concreta.”* *“Reaseguro Teoría y Práctica”* Vol., I. Madrid 1993

La Exposición de Motivos de la Ley 17.418 Ley de Seguros de la República Argentina dice en sus considerandos: *“El reaseguro es un contrato que, con diversas modalidades, busca ampliar la repartición de los riesgos asumidos, descargando en otros aseguradores cuanto pueda exceder del pleno de retención, o de un monto previsible de pérdidas en el ramo explotado...”*. En el concepto *“ampliar la repartición de los riesgos asumidos”* aparece una cierta idea de asociación para el manejo de un mismo negocio.

Desentrañar el contrato de reaseguro o negocio de reaseguro, depende de qué perspectiva (negocio entre idóneos) o teoría jurídica (contrato comercial), elegir

para poder caracterizarlo, así como a algunas de sus particularidades como el riesgo, el precio o el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

El reaseguro es un contrato (acuerdo que genera obligaciones mutuas) entre dos personas jurídicas que son comerciantes especializados (normalmente supervi- sados por Entes de Control nacionales o supranacionales) y que se constituyen como tales para realizar negocios de seguros y reaseguros. Contrato práctica-mente no legislado, nacido entre comerciantes calificados y cuyo desenvolvimien-to a través de varios siglos ha creado un cuerpo de costumbres internacionales aceptadas como normas éticas y prácticas de mercado, mundialmente acogidas como válidas, lógicas y aplicables.

Siguiendo a Sánchez Calero, De Angulo y Carro del Castillo podemos sostener que el reaseguro es un seguro especial, diferentes de otros legislados, pero dentro del concepto del seguro de daños. Que se superpone a otro seguro y mediante el cual la aseguradora protege su daño que supone el nacimiento en el mismo de una deuda como consecuencia de tener que indemnizar siniestros ocurridos en riesgos asegurados “Estudios Sobre El Contrato De Reaseguro” AIDA 1997, Madrid

Las legislaciones y Tribunales de Europa y América Latina, herederos del Código Napoleón, así como los que se atienen al Common Law, aceptan en forma unánime que para solucionar conflictos entre las partes en un reaseguro se apliquen las *cláusulas convenidas*, *los usos y costumbres* y subsidiariamente las normas o leyes de Seguros y *los Principios Generales del Derecho*. Y de allí, en ese final que es Principio, iremos a las Obligaciones, al cumplimiento de lo pactado, llegando a la buena fe y la palabra dada o entendida.

### 3. LA CONTRIBUCIÓN DEL REASEGURADOR

Si en los contratos de reaseguro generales o facultativos se ha pactado una forma y momento del pago del reasegurador, las partes deben cumplir sus obligaciones tal como fueron pactadas. Entendemos que el tema a tratar debe entenderse para los casos en que, en el contrato de reaseguro no se ha establecido cláusula sobre la contribución del reasegurador. Ante la laguna o silencio determinar cuando, cómo y dónde debe cumplir el reasegurador su obligación de pago es el tema a tratar.

*Exigibilidad de la contribución del reaseguro.* Enunciar así el tema no es común. Pero es concreto, específico y elegantemente enunciado. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define así el vocablo *contribución*: “*1ª acepción: dar o pagar cada uno la cuota que le cabe por un impuesto o repartimiento, y la 3ª (fig): Ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin*”. Ambas acepciones llenan de sentido el término usado en el enunciado del tema.

- *La cobertura de los riesgos*

Antes de entrar en la obligación de pago del reasegurador, debemos entender que si bien ésta es la obligación primordial, la esencia del reaseguro es mantener durante la vigencia del contrato la cobertura de los riesgos. La esencia del contrato de reaseguro - como el de seguros - es el asumir la cobertura de un riesgo. Cobertura que es mantenida durante toda la vigencia del contrato, haya o no siniestro.

La “contribución” del reasegurador, como con la típica elegancia chilena se ha llamado a la obligación de pago, es una parte más de las obligaciones que el reasegurador asume al inicio del contrato y que deberá cumplir si hubiere acaecido un siniestro, según lo pactado o entendido.

*“La obligación esencial que asume el asegurador en todo contrato de seguro se concreta en la cobertura del riesgo descrito en el contrato durante toda la vigencia del mismo, en caso que acaeciese el siniestro, esa obligación se transformará en una obligación de indemnizar el daño causado por la realización del riesgo asegurado.”* Romero Matute, Blanca “EL REASEGURO” t. II pág 600 y sgtes. Bogotá 2001

- *La obligación de pago del Reasegurador*

La “contribución del reasegurador” es la indemnización que en dinero debe el reasegurador al asegurador cuando ocurrido un siniestro - que estuvo cubierto durante toda la vida del contrato - el mismo está en condiciones de ser exigido al reasegurador. Llamar “contribución” a la obligación de pago del reasegurador es lo que en el lenguaje coloquial del negocio de reaseguro se llama al pago del reasegurador: *contribución* que se entiende en la medida de la participación que cada reasegurador tenga en un contrato de reaseguro, generalmente contratado con varios reaseguradores, ya que esa es la esencia del seguro: la más amplia y posible repartición de los riesgos y de allí su necesaria internacionalidad.

#### **4. MOMENTO EN QUE ES EXIGIBLE LA CONTRIBUCIÓN**

El tema por demás importante es establecer cuándo puede el asegurador *exigir* al reasegurador la indemnización debida si éste no hubiere contribuido según lo entendido aunque no establecido en el contrato. No hay consenso si la obligación de pago nace cuando ocurre el siniestro en el seguro primario o cuando este siniestro es liquidado por el asegurador. *La sola ocurrencia del siniestro* no origina la obligación de pago del asegurador ni del reasegurador, sino que devendrá luego de todas aquellas verificaciones necesarias para su aceptación y determinación del monto.

La ocurrencia del siniestro primario *da origen al nacimiento de una deuda* tanto en el asegurador como en el reasegurador cuando le es comunicado. Deuda que se materializará cuando se determina el monto final que deberá abonar el asegurador. Lo que estaba determinado desde el nacimiento del contrato de seguros y del de reaseguro es *la cobertura* de los siniestros que pudieren ocurrir.

Las situaciones que pueden ocurrir serían tres: 1) Que el reasegurador adelante su participación al asegurador en lo que éste deba pagar al asegurado, 2) Que los pagos se concreten al mismo tiempo, 3) El reasegurador contribuye luego que el asegurador haya cumplido su obligación primaria con el asegurado. Pero no sería correcto hacer de esta distinción una categoría absoluta ya que en un mismo contrato como en el proporcional pueden coexistir la primera y la tercera según el monto del siniestro.

Fijar el momento y modo en que el reasegurador debe contribuir es de suma importancia económica y financiera. Hasta que momento cualquiera de las partes puede mantener el manejo financiero de sus reservas es capital en los mercados financieros actuales. De allí que fijar en los contratos, lo más concretamente posible ese momento solucionaría numerosos reclamos por vacío de cláusulas al respecto, más comunes de lo que se podría pensar en un mercado tan sofisticado pero que no se debe olvidar se maneja con la confianza de largos años de relaciones comerciales pacíficas. Y es aquí, al tener que elegir una de las posibilidades, es que se debe entrar en las diversas teorías que existen sobre la Naturaleza Jurídica del Contrato de Reaseguro, así como en la descripción de los diferentes tipos de reaseguro.

Aunque hubo y hay diferentes posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro (visto como seguro que cubre la responsabilidad civil del asegurador, o como un seguro de daños, o seguro de deuda o de repartición de riesgos) todas ellas convergen de una u otra manera en *el principio indemnizatorio del reaseguro*.

## **5. EL REASEGURO COMO SEGURO DE DAÑOS**

La mayoría de los autores (además de los citados ut supra) entienden que el reaseguro es una especie del seguro de daños. El reasegurador debe oblar su "contribución" una vez ocurrido el daño al asegurador y que será en el momento en que deba oblar a su asegurado primario la indemnización correspondiente.

Se ha objetado que pueda llamarse "daño" al cumplimiento de una obligación libremente contratada y financieramente calculada. Pero hay un "daño económico" en tanto el asegurador reasegura el riesgo original contraído por un monto en exceso de su pleno. Exceso que no puede conservar sin atentar contra las bases técnicas que deben ser la garantía de protección de los asegurados y que todo asegurador está obligado a observar. El asegurador

“asegura” ese exceso de riesgo que, de ocurrir, produciría un daño en su patrimonio.

Esta teoría esta fundada en la propia definición del reaseguro en diferentes leyes, como la Ley Española N° 50/ 1980 “Contrato De Seguro” art. 77 *“el reasegurador se obliga a reparar... la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro...”*

Ley Mexicana sobre el contrato de seguros, Art. 10: *“el contrato en virtud del cual una empresa de seguros toma a su cargo...un riesgo ya cubierto por el asegurador directo”,*

La ley Argentina (Art.159):*“El asegurador puede a su vez asegurar los riesgos asumidos.....”*

En todas estas definiciones hay consenso en que, previo al contrato de reaseguro el asegurador asumió una obligación comercial de indemnización que debe cumplir independientemente de la existencia de un reaseguro. A este principio escapan normalmente los reaseguros facultativos (o individuales) donde el asegurador toma el riesgo si sabe que tendrá reaseguro, o lo toma si tiene el consentimiento del o de los reaseguradores previamente consultados.

Fernández Guerra Fletes *“...la reaseguradora no debería mantener indemne a la aseguradora, pues está claro que ya existe una obligación aceptada entre aseguradora y asegurado de la cual el único que debe responder es la cedente con independencia de la participación del reaseguro.”* “La Exigibilidad De La Contribución Del Reaseguro” ” X Congreso del CILA, Viña del Mar, Chile, pag.114

Coincidimos con esta opinión (en el sentido que no mantiene indemne al asegurador) porque la realidad del manejo del siniestro demuestra que el asegurador ante un siniestro toma una serie de decisiones (nombramiento de liquidador, adelanto de honorarios, gastos de rescate, atención a terceros, etc. que solventa de su propia caja, por lo que ya no es “mantenido indemne”.

El contrato de reaseguros es entendido como un negocio asegurativo, de daños, en el sentido de que el reasegurador contribuye con el asegurador, en la medida de lo convenido, al pago del siniestro aceptado tanto en el seguro original como en el convenido en el contrato reasegurativo.No es un seguro que cubra la responsabilidad civil del asegurador.

La esencia del seguro de o contra la responsabilidad civil es la de mantener indemne al asegurado por los daños que provoque a un tercero por su culpa o negligencia, Daños que eventualmente podrá producir a terceros en un accionar ilegítimo y no voluntario.

Los daños que debe indemnizar el reaseguro son los lógicos que cabe esperar pueda tener el asegurador si se producen siniestros en riesgos previa y



voluntaria mente aceptado por él. Ha habido en esencia una repartición de riesgos.

La teoría de la transferencia de riesgos parte de la necesaria conducta previa del asegurador frente a las obligaciones asumidas. Comienza con la organización de su cartera, de la comunidad de los riesgos a asumir, la elección de los asegurados, el mantenimiento de la liquidez, la constitución de provisiones y concluye con la contratación de los reaseguros necesarios,

Durante la vigencia del contrato automático o general de reaseguro clásico (proporcional o no proporcional) es el asegurador quien lleva la contratación de los negocios, fija las primas, la gestión del riesgo, el seguimiento y dirección del siniestro, la liquidación del daño al tercero o al asegurado. Lo común en siniestros de valores no excesivamente superiores a las prioridades concertadas, es que el asegurador pague a su asegurado o tercero e inmediatamente acompañando la documentación probatoria solicita la participación a cada reasegurador.

La forma en que se desarrolla en el tiempo el contrato de reaseguros, es una demostración más de la relación de confianza y buena fe que debe haber entre las partes previa a la concertación del negocio y especialmente durante la duración del mismo. Este planteo a su vez debe tener en cuenta los distintos tipos de reaseguro que se manejan en el mercado. De acuerdo al tipo de reaseguro que se pacte, la forma y momento en que el reasegurador debe cumplir con su contribución puede variar y es aquí donde la dinámica de cada contrato da la solución.

Como ya decía el maestro: *“... el carácter profesional de ambas partes y el principio de la autonomía de la voluntad han producido, con exuberancia de efectos, diversas clases de contratos. Las más inesperadas combinaciones y los más variados sistemas se han aplicado pero todos responden a una misma causa y finalidad: ceder o transmitir los efectos patrimoniales del riesgo asegurado del asegurador al asegurador.”* BROSETA PONT, MANUEL *“El Contrato de Reaseguro”*. Madrid 1961

No es del tema indagar a fondo en los distintos tipos de contratos de reaseguro para determinar cuando corresponde a la aseguradora exigir la contribución del reasegurador, pero una somera mirada a los tipos más usuales nos permite aclarar algunos aspectos.

## **6. CONTRATOS GENERALES U OBLIGATORIOS**

En estos reaseguros el asegurador sabe que todos los seguros que contrata quedan automáticamente reasegurados. El reasegurador asume el riesgo en el mismo momento en que el asegurador suscribe una póliza y asume el riesgo.

Son aquellos donde dentro de un contrato madre, de duración anual o superior, las partes incluyen como Condiciones Particulares las situaciones especificaciones de cada uno de los riesgos que se asumirán dentro de los criterios plasmados en las Condiciones Generales. Se los conoce como obligatorios porque el reasegurador está obligado a aceptar todos los riesgos que tome el asegurador hasta los límites establecidos. Es de gran importancia que el reasegurador conozca la política de riesgos de la aseguradora porque del gerenciamiento de los mismos dependerá la salud del contrato.

La costumbre a través de muchos años ha elaborado cláusulas típicas universalmente aceptadas (seguir la suerte, errores y omisiones, obligación de denunciar los siniestros, arbitraje, anulaciones etc.)

### **6.1 Los reaseguros proporcionales**

Son aquellos en los que el asegurador cede al reasegurador parte de las primas y donde el reasegurador concurrirá en la misma proporción en el pago de los siniestros. En este tipo de reaseguro hay cesión constante de primas y pago constante de siniestros las condiciones generales establecen los tiempos de liquidación de las cuentas (generalmente trimestrales) así como los llamados “pago de contado” en los casos que superen determinada suma y donde el reasegurador se compromete a realizar de inmediato al reclamo del asegurador el pago de su participación.

### **6.2 Reaseguros no proporcionales**

El reaseguro no proporcional es aquel en que el asegurador “compra” un reaseguro para cubrir aquellos riesgos por encima de una suma determinada, que con el nombre de “prioridad” quedará a su cargo. Contratos que, como lo proporcionales, tienen las Condiciones Generales como contrato madre y las Condiciones particulares con la especificación, montos, limitaciones, primas mínimas etc. para cada ramo y tramo incorporado.

En la gran mayoría de estos contratos no se establecen cláusulas que determinen el momento del cumplimiento de la obligación del reasegurador, ni sanción por el incumplimiento.

## **7. LOS REASEGUROS FACULTATIVOS O INDIVIDUALES**

Son aquellos que se contratan para cubrir un solo negocio o tipo de negocio, de muy variable duración y si bien pueden ser proporcionales o no proporcionales se rigen por condiciones especiales muy elaboradas por las partes pero donde también se pueden presentar lagunas respecto al cumplimiento de las obligaciones del reasegurador.

## 8. LOS REASEGUROS FINANCIEROS O FINITOS

En estos reaseguros no tradicionales nos alejamos totalmente del concepto de contribución del reasegurador como acto final de un siniestro ocurrido y liquidado por el asegurador. Derivan de una negociación plurianual. Negocio diferente donde el pago de la contribución no es tal sino que es concomitante con la suscripción del contrato.

El reaseguro "financiero" será siempre un acuerdo aún mas "a medida" que los contratos o facultativos tradicionales (un absoluto "tailor trity"). Su objeto es cubrir todos los resultados financieros adversos que puedan poner en peligro la buena marcha de las aseguradoras y puede incluir una serie de riesgos hasta ahora excluidos.

En el reaseguro "finito" se conoce ab-initio el costo de la prima y no importa la frecuencia o intensidad de los siniestros que ocurran en distintas ramas, ya que se trata de *transferir el riesgo de un resultado global negativo de una cartera o de uno o varios balances*. Por sus características suelen ser plurianuales, retrospectivos o prospectivos, o sea que pueden cubrir el resultado final de los siniestros ya ocurrido pero de larga cola, o la siniestralidad de los futuros contratos. Pero en ellos no hay "contribución" del reasegurador en el sentido clásico.

El reaseguro financiero necesita tener una duración de varios años, ya que, en forma progresiva o escalonada el reasegurador va financiando la siniestralidad de la aseguradora (pasada o futura) con flujos de dinero dispersados en todos los años en la forma preestablecida entre las partes. Vilá, Nancy Anamaría: "EL REASEGURO FINANCIERO. Revista Latinoamericana de Seguros. Nº 20, pag.. Colombia,

## 9. CLÁUSULAS ESPECIALES QUE MODIFICAN LA FORMA DE LA CONTRIBUCIÓN

Los reaseguros facultativos pueden tener cláusulas especiales de pago del reasegurador como la de **Cut-Trough** en un no proporcional con participación del asegurado (generalmente gran asegurado o sobre un gran riesgo) quien también suscribe el contratote reaseguro y se ata a las condiciones allí establecidas para el asegurador aunque el pago lo reciba directamente de éste.

**Pay to pay**, es otra de las cláusulas conocidas en los reaseguros. Establecen una dinámica de pagos entre asegurador y reasegurador (común en el seguro marítimo) que tiene connotaciones específicas sobre las obligaciones de pago de las partes, donde lo que se pacta es una cuasi simultaneidad en el pago primario y del reasegurador.

La **Cláusula de Insolvencia** para el caso de Liquidación o quiebra del Asegurador, que establece, con variantes según los países, la forma en que el Reasegurador deberá pagar su contribución. Aquí el reasegurador deberá pagar su contribución tal como quedó establecida en el contrato (incluyendo compensaciones) sin importar si el asegurador ha cumplido en todo o en parte con su asegurado, contribución que será a favor de la masa de asegurados. Ver: Cláusula 15 de la Resolución 24.805/96 sobre Reaseguros de la Superintendencia de Seguros de la Nación; (Argentina).

## 10. LOS BROKERS DE REASEGURO

No podemos dejar de citar la importancia en el mercado internacional de la actuación de los brokers de reaseguro, cada vez más poderosos mundialmente y que manejan “como suyos” los pagos de los reaseguradores a los aseguradores. Contabilidad difícil, al arbitrio de cada megabroker, pero que debe estar basada en la más profunda buena fe y seriedad comercial. Los brokers son quienes normalmente eligen los reaseguradores que se pueden interesar en determinados negocios. Los aseguradores les confían esa tarea y ellos son los que cobran las primas previa retención de su comisión y proceden al pago de los siniestros cuando los aseguradores les solicitan los pagos, de acuerdo a las condiciones establecidas en los contratos o como los usos y costumbres internacionales han determinado.

## 11. EL LUGAR DE PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN

Contrato internacional por naturaleza, se ha discutido en el Derecho Internacional Privado cual sería el lugar de cumplimiento de la contribución del reasegurador cuando ambas partes residen en países diferentes y aún el siniestro puede ocurrir en un tercer país. Dentro de la aplicación del principio de la “**autonomía de la voluntad**”, las partes pueden, libremente, en un contrato de reaseguro, elegir la ley aplicable al mismo como así también la jurisdicción dentro de la cual se habrán de resolver sus eventuales diferencias. Si las partes, en el respectivo contrato de reaseguro, no hubieran convenido cual es la ley aplicable al mismo, ella será la que corresponda al domicilio del asegurador-reasegurado pues es allí en donde se debe cumplir la *obligación más característica*. La localización del riesgo corresponde al domicilio del asegurador cedente porque lo que el reasegurador cubre es la obligación de valor que nació en el patrimonio de aquél a consecuencia de un siniestro cubierto por un contrato de seguro que celebró con su asegurado.

La ley aplicable al contrato de reaseguro debe ser la del domicilio del asegurador cedente - por supuesto para el caso que el contrato respectivo de reaseguro no se hubiera establecido expresamente otro tipo de solución - Ver: IX CONGRESO IBEROLATINOAMERICANO DE DERECHO DE SEGUROS, CANCÚN 2005, La Ley Aplicable Al Contrato De Reaseguro, Nancy Anamaría Vilá Domingo M. López Saavedra

El tema de la contribución del reasegurador se vuelve complejo porque las excepciones a las reglas generales, los textos de nuevos contratos y las lagunas que existen en los contratos de reaseguro sobre el momento en que el reasegurador debe cumplir con su obligación de pago, así como los usos y costumbres que debilitan en la práctica las enseñanzas de las teorías jurídicas pueden tener más peso e importancia que los fundamentos primarios de la institución del reaseguro.

Ante la falta de normas escritas en leyes nacionales e internacionales (hasta ahora y por el momento solo la expectativa de nuevas normas sobre reaseguro de la Comunidad Económica Europea) solo si prima la Buena Fe, el reaseguro estará por encima de normas que respondan a una u otra teoría sobre su naturaleza jurídica.

## 12. LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE REASEGURO

El contrato de seguro está regido por el dogma de la buena fe contractual, con mayor razón el contrato de reaseguro es de *uberrima bona fidei*. Bruck (citado por Broseta Pont, op. cit.pág.). Analizando la estructura jurídica del reaseguro ha afirmado que *“la buena fe contractual domina singularmente las relaciones que surgen de él por la especiales características que concurren en el reaseguro”*.

Cuando las personas interaccionan desarrollando conductas habituales, tienen “expectativas” fundadas en su contexto social y sobre esa base, se comportan aguardando un proceder equivalente del otro. Resulta de la esencia de esa interacción “la armónica proporción de conductas” por lo que el que voluntariamente rompe esa armonía, esa conducta es calificada de “mala” por el otro, ante la “creencia” que lo motivó a relacionarse con él.

Hay una expectativa, una confianza basada en la creencia de que el otro actuará conforme a lo permitido, debido o correcto. La fe es aquello que se cree. La fe divina porque es infalible es una virtud que concede el Espíritu Santo (dentro de la religión católica). Aquel que la tiene no duda, posee la fe. La fe, fundada en la razón humana no es una virtud. Es creer, es un acto humano generalmente llevado hacia lo bueno y lo correcto. La fe está basada en lo que se espera, en la expectativa puesta en un comportamiento sano, en un hecho bueno, dentro de los parámetros de la conducta social leal y honesta. La fe siempre es buena, si se viola, no hay mala fe, no hay fe, porque ésta ha sido burlada. Habrá de caminar mucho, aún para que este concepto se acepte, no hay mala fe, si se viola la fe, ésta es anulada

Pero otro término que siempre se piensa como base de una negociación es la confianza que debe existir entre las partes. La confianza es la fe o creencia que se pone en las expectativas de la conducta del otro.

CONFIANZA dentro de ese término encontramos sus orígenes y derivaciones: *FIDES, fe, fidelitas, fidelidad, fides, confiado, seguro, fiducia, confiar*. (Ver al respecto Carlos A. Schiavo, "Contrato de Seguro" Reticencia y agravación del riesgo". Buenos Aires 2007 ed. Hammurabi. Llevadas estas disquisiciones hacia el reaseguro, debemos pensar a éste como una convención entre partes que creen que el otro se comportará dentro de una armonía de intereses para el logro de los fines que se han propuesto.

El reaseguro es un contrato construido desde la confianza mutua en la presentación del negocio y los riesgos que se ofrecen y aceptan. Hay una especial asociación entre asegurador y reasegurador que llevó en su momento a considerar que la naturaleza del reaseguro era asociativa.

La característica que más fuerza da a la necesidad de los comportamientos idóneos, éticos y serios en el reaseguro es que son negocios reiterados durante mucho tiempo. No es un contrato de compraventa, ni un contrato de transporte, o de locación de obra o de servicios que acaba con la realización del cometido objeto de la convención. Está llamado a ser una larga y fructífera (para ambas partes) relación negocial. La confianza es un elemento base de esa interrelación.

Si bien los contratos suelen ser anuales, la administración del riesgo, el seguimiento de los siniestros y su liquidación, crea relaciones duraderas que, si están basadas en la conducta honesta de las partes, esta llamada a reiterarse durante décadas. Este hecho, esta co-participación en un negocio que interesa a ambas partes y que no genera la imagen de que haya "contrapartes", esta durabilidad de las relaciones, es también de la naturaleza del negocio de reaseguro.

La fe o la confianza en el otro es de la esencia -y lo fue desde el origen del reaseguro- y es la que suele primar en el cumplimiento de todas las obligaciones de ambas partes y en la "contribución" del reasegurador ya sea antes, durante o después del pago efectuado por el asegurador reasegurado. En la práctica usual del comercio, la costumbre es la que va marcando el camino que, al ser el más transitado, es el que marca las pautas de conducta "normales" que luego se pueden ir convirtiendo en normas no escritas pero naturalmente aceptadas.

Se puede decir, aún sin entrar en el estudio de las instituciones, que el mercado reasegurador tiene dos conductas que por universalmente reiteradas, aceptadas y prácticas se cumplen sin inconvenientes:

- 1.- Ante los siniestros que no desestabilizan al asegurador, éste primero paga y luego pide la participación a los reaseguradores.
- 2.- En los siniestros graves donde la caja del asegurador se ve comprometida, el reasegurador adelanta los pagos sin hesitación.

Esa es la ética y la costumbre en que se basa el contrato de reaseguro. El reasegurador adelanta la contribución si daña y reintegra la participación cuando la caja del asegurador no sufre. Pero si esto no ocurre la respuesta al tema de la exigibilidad de la contribución del reasegurador debemos encontrarla en los principios generales del Derecho, y dentro de la legislación en el Derecho de las Obligaciones.

Como se ha sosteniendo siempre desde el Derecho Civil, el principio de la buena fe significa que cada uno debe *guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella*, ya que esta es la base de todas las relaciones humanas. Los efectos obligatorios de un contrato dependen de dos elementos: la voluntad de las partes y la fe que cada uno tiene en la conducta del otro.

El Código Civil argentino, en el título “Del efecto de los contratos” Art. 1198 consagra: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”. Este principio consagrado en todos los códigos civiles y comerciales del mundo es la base de la conducta humana en una sociedad organizada. Dentro del mismo Código en el Título de Los Hechos, dice específicamente en su art. 902: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.*”

El Código de Comercio argentino, que primero fue Código de Comercio de la provincia de Buenos Aires en su Título Preliminar, fechado en 1859, dice en su Título preliminar “...II . *En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto, referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes*”.

El reaseguro es un contrato, donde ambas partes se han obligado a cumplir determinadas obligaciones regidas por lo establecido en cláusulas, en los usos y costumbres del mercado internacional pero esencialmente en los principios generales del derecho fundado a su vez en la lógica que impera en las relaciones humanas. Y esto queda claramente expresado en las cláusulas de arbitraje que llevan los contratos de reaseguro generales. Una de ellas típica y bien dicha es “ *Las partes expresan su formal intención de que todas la diferencias que puedan surgir entre ellas respecto a la ejecución del presente contrato sean resueltas en equidad y según los usos más bien que según derecho estricto y riguroso....Los árbitros estarán dispensados de toda formalidad judicial y juzgarán como amigables componedores ...*” Vemos que precisamente que donde haya problemas los usos y costumbres han fijado un camino: Primero: la equidad,.

Y el uso de los principios de la equidad para “desfacer entuertos” merece que vayamos al sabio Diccionario de la Real Academia que define a la *Equidad*: 1.- *Igualdad de ánimo*. 2.- *Bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley positiva ...*5.- *Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece..*”

Si los propios reaseguradores y aseguradores se ponen tal término para resolver sus problemas, se debe pensar que la *uberrima bona fidei* estará bien defendida.

### 13. CONCLUSION

La contribución del reasegurador, por ser el reaseguro un seguro de daño y esencialmente de indemnización debe cumplirse de manera que el asegurador no sufra “el daño”. Para que esto no ocurra el reasegurador debería adelantar el pago, en la medida de su participación, en el domicilio del asegurado, contribución cuyo monto y condiciones le deberá ser previamente dado a conocer y estar aprobado.

Las partes, mientras no se violen principio de Orden Público y en ejercicio de la mas amplia libertad de contratación, pueden establecer cómo, dónde y cuando se cumplirá la obligación de pago del reasegurador. En caso de conflicto los principio que rigen el pago de las obligaciones recíprocas deberán se aplicados por las partes, fundados en la *uberrima bona fidei* con que se relacionaron comercialmente.

Buena fe, máxima buena fe, fe, confianza, creencia en la buena conducta del otro, cualquiera sea el término a usar, todas y cada una de ellas están insitas en el contrato de reaseguro.



### TEMA III

## EL INTERES ASEGURABLE. ESPECIAL MENCIÓN A LOS SEGUROS DE PERSONAS

#### Ponencia 1

### HACIA UNA DOCTRINA DEL INTERES ASEGURABLE

**Walter Villa Zapata**<sup>78</sup>  
Sección Brasileña de AIDA

#### SUMARIO

1. El desarrollo del interés asegurable y su normativa internacional. 2. La falta del interés asegurable en el contrato de seguro. 3. La transferencia del interés asegurado. 4. Especial mención a los seguros de personas. 5. Las teorías pro-indemnizatorias en los seguros de personas. 6. La doctrina adversa. 7. Otras consideraciones en torno al debate. 8. La opinión del ponente.

Donati (Q.D.D.G.), el egregio maestro italiano a quien ningún especialistas en seguros deja de consultar, llegó a mencionar que no hay una doctrina concorde sobre el concepto autónomo y positivo sobre interés asegurable en virtud de que los juristas "...no han prestado debida atención al trabajo sobre los conceptos de interés del derecho positivo y del daño en la teoría general del Derecho".<sup>79</sup>

Recuérdese que el Maestro escribió su Manual en el primer lustro de los años cincuenta, o sea hace algo mas de medio siglo, y no obstante sus tesis conocidas siguen vigentes en el Derecho de Seguros, y los avances en la doctrina y en el derecho positivo internacional no registran variaciones sustanciales, como no sea la incorporación del concepto de interés asegurable que antes omitían o soslayaban, o trataban dogmáticamente (aplicando normas

---

<sup>78</sup> Abogado. Socio y Presidente de la Sección peruana de AIDA. Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima. Autor de varios libros y trabajos en materias propias del Derecho de Seguros y otras ramsa del Derecho Mercantil

<sup>79</sup> "Los Seguros Privados. Manual de Derecho". Antígono Donati. Pag. 221.

Es pertinente mencionar que el suscrito ponente junto con el Dr. Luis Alberto Meza Carvajal, hemos rendido nuestro mas respetuoso homenaje al Maestro Donati con nuestra colaboración: "El Derecho de Seguros en la lucha contra la pobreza: una agenda pendiente", publicada en la prestigiosa Revista AASICURAZIONI (que él fundó en 1934), Liber Amicorum in onore di Antógono Donati. I Volumen. Pag 473.

de lógica jurídica o del derecho civil) el tema que se ha erigido en elemento específico visceral del contrato de seguro. Hoy es indiscutible la presencia del interés asegurable y su omisión o falta en todo contrato de seguro, determina su invalidez o ineficacia.

Debemos sí reconocer que se ha llegado a una sistematización y aclaración de conceptos que antes estuvieron dispersos, en razón de que los juristas no se plantearon algunas cuestiones que ahora resaltan en el entorno del interés asegurable. Casi todas las legislaciones contienen disposiciones precisas sobre los alcances del interés asegurable. Claro que hay excepciones derivadas de la obsolescencia del derecho interno sobre la materia como el caso del Perú en que sigue vigente su Código de Comercio de 1902, copia exacta del Código de Comercio español de 1885. Para mi país, mas de un siglo de atraso legislativo es inequívoco signo de dejadez de parte de quienes debían de ser los primeros autorizados en su actualización y modernización, entre los que mencionamos a las Autoridades del Poder Legislativo, y otras entidades relacionadas con el factor seguros, salvo nosotros que tenemos que utilizar este magno Foro para señalar una vez mas nuestra disconformidad con ese notable desinterés, puesto que tenemos un trabajo presentado en nuestra obra “Comentarios a la Legislación de Seguros”, por lo tanto mantendremos nuestro reclamo hasta que Dios nos tenga en este valle de lágrimas, por cuanto es un asunto de consecuencia doctrinaria y de principio en la modificación y actualización legislativa.

La formación de una doctrina sobre interés asegurable empieza con la voz de algunos doctrinantes que a comienzos del siglo que nos precede, en donde encontramos, entre otros, el Código de Comercio español de 1885, que concentró muchas ideas de pensadores europeos sobre el interés asegurable. Aun, tímidamente, hallamos en la normatividad sobre seguro de transportes terrestre el Art. 434 ( equivalente al Art. 425 del C. de C. Peruano) que dice: *“Podrán asegurar no sólo los dueños de las mercancías transportadas, sino todos los que tengan interés o responsabilidad en su conservación, expresando en la póliza el concepto en que contratan el seguro”*. La idea es que el tomador tenga la firme voluntad de conservar los bienes transportados para no ser afectado por las responsabilidades derivadas de la realización del riesgo del trans- porte.

A comienzos del siglo XX, otros doctrinantes habían expresado sus ideas, como el caso del Profesor don Víctor Eherenberg<sup>80</sup> quien sostenía : *“No existe hecho alguno absolutamente dañoso. Un mismo hecho puede ser económicamente dañoso para uno e indiferente para otro; en general es de la primera especie para alguno o algunos y de la última, para el resto de los hombres. Llamamos interesados aquellos para quienes es dañoso”*.

Otro concepto ligado con el anterior es que no queremos que el daño afecte nuestro patrimonio asegurado, esto es en el ámbito del aseguramiento. He ahí el interés asegurable. Por ello es que Eherenberg define el interés asegurable

---

<sup>80</sup> Citado por Ruiz Rueda en su obra “El Contrato de Seguro”. Pag 163.

como “*la relación en virtud de la cual una persona sufre, a causa de un evento determinado, un daño patrimonial*”. Por ello el Art. 68 de la Ley Alemana dispone que la ausencia del interés determina la liberación de pagar la prima. Roelli también citado por Ruiz Rueda, autor de la Ley Federal del Contrato de Seguro de Suiza (1908) había sostenido que el interés es “...*la relación de valor económico que existe entre el objeto (persona o cosa) y alguien*”. Esta definición aun pervive en el Derecho de Seguros. No podemos dejar de señalar, como los conceptos de Roelli pesaron en el legislador mexicano que los tomó para su Ley sobre Contrato de Seguro de 31 de agosto de 1935.

La cita del Código de Comercio español, confirma lo expresado por la Ley Suiza en su Art. 48 que ordena: “...*todo interés económico que una persona puede tener en que no ocurra un siniestro, puede ser objeto de un seguro contra daños*”. Y por ello el jurista alemán Hans Möller, y otros juristas acotan que el concepto de interés sólo puede tener importancia en el seguro contra daños (luego veremos como se postula que el interés se extiende a todo tipo de seguros).

En el avance de la doctrina del interés asegurable no podemos ignorar a Sergio Ferrarini<sup>81</sup> opinando que el interés asegurable es la relación de una persona con una cosa amenazada por un riesgo determinado, en lo que coincide con Eherenberg. Por su parte Ferri<sup>82</sup>, fijó el concepto de interés asegurable al mencionar que “...*la construcción es simple y clara, el interés no es un elemento del contrato de seguro, sino que es un elemento del riesgo asegurable*”, lo que técnicamente es correcto por que el interés asegurable es un concepto económico, y no tenía carácter jurídico al momento de emitir la opinión, lo que se ha modificado por cuanto hoy constituye un elemento específico del contrato de seguro, como la prima, el riesgo o la indemnización, por mandato de la ley.

Otra opinión que no puede dejar de citarse es la del maestro Donati<sup>83</sup> al expresar que es una relación susceptible de valoración económica entre un sujeto y una cosa apta a satisfacer una necesidad, a prestar una utilidad, o mas brevemente una relación económica (*Quae inter est*) entre un sujeto y un bien: su sumisión al riesgo no es requisito del interés sino de su asegurabilidad. Por fin Ascarelli<sup>84</sup>, citado por Garrigues, nos ha dicho que si fuese posible que alguien se asegure contra un evento en cuya realización no tuviese un interés contrario, el seguro no sería social ni técnicamente posible, porque el beneficiario se convertiría en provocador del siniestro para lucrarse con la indemnización.

---

<sup>81</sup> “Le Interesse di assicurazioni” en Assicurazioni. 1941.Pag. 644.

<sup>82</sup> “L’interesse nell assicurazioni danni”. Revista Assicurazioni.

<sup>83</sup> Ob.Cit. Pag 221.

<sup>84</sup> “Studi in tema di contratti”. Pag 356.

Piccard y Bessón nos recuerda que el Art. 32 de la Ley Francesa de 13 de julio de 1930, dice: *“todo interés directo o indirecto en la realización de un riesgo puede ser objeto de un seguro”*, que señala la legitimación del que tiene interés en la conservación de una cosa para poder contratar un seguro.

En Iberoamérica, ya lo mencionamos, México, bajo la advocación de la Ley Suiza, tomó varios de sus conceptos en la Ley sobre Contrato de Seguro de 1935, luego vendrían otras legislaciones modernas como el Código de Comercio Colombiano, la Ley Argentina N° 17418, el reciente Código Civil del Brasil (2002) y de otros países hermanos. En el Código de Comercio de Chile existe el Art. 518, que es muy expresivo en materia de interés asegurable, cuando señala quienes son elegibles para celebrar un contrato de seguro, o sea los que tienen expedita su capacidad de ejercicio, esto es, capacidad de obligarse; ellos además deben estipular que *“...al tiempo del contrato tenga un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquier otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado”* (subrayado agregado). I luego viene aparejada la sanción si el elemento específico del interés asegurable falta, esto es que el contrato es nulo de pleno derecho, y por lo tanto sin ningún valor.

En Europa no puede dejar de citarse, entre otros cuerpos de leyes, el Código Civil Italiano de 1942, fuente asimismo leyes iberoamericanas, el mismo que en su Art. 1904 dispone: *“El contrato de seguro contra los daños es nulo si en el momento en que el seguro debe tener inicio, no existe un interés del asegurado en el resarcimiento del daño”* (subrayado agregado).

Por su parte Garrigues señala que la moderna Ley 50 de Contrato de Seguro en su Art. 25<sup>85</sup>, tuvo como modelo precisamente el mencionado dispositivo del Código Civil Italiano. Este mismo concepto sobre la nulidad lo encontramos en diversas leyes internacionales.

Podemos afirmar, entonces, que luego de conocer los antecedentes referidos que actualmente, sí puede hablarse de una doctrina sobre el interés asegurable con unas bases claramente económicas y que ha conquistado su partida de nacimiento en la legislación internacional como una institución, también de naturaleza jurídica en el Derecho de Seguros toda vez que, sin lugar a dudas, posee una connotación especial que salvaguarda el principio indemnizatorio y garantiza la identidad del contrato de seguro, para que no sea mas confundido con el juego y apuesta. Su extensión es tal que hoy comprende no sólo a los seguros patrimoniales o de cosas o derechos, sino que lucha por abarcar a los seguros de personas, como veremos.

---

<sup>85</sup> El Art. 25 de la Ley Española dice: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4, el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño”*.

## 1. EL DESARROLLO DEL INTERÉS ASEGURABLE Y SU NORMATIVA INTERNACIONAL

No se concibe hoy un contrato de seguro en el que no tenga presencia vital el interés asegurable, convertido ahora en un elemento específico cuya ausencia trae como consecuencia la nulidad del pacto, esto es, que no hay contrato, como tampoco lo habrá, verbigracia, cuando falten cualesquiera de los otros elementos como: el riesgo, la prima, o la indemnización. Es paradigmático, no obstante las críticas al sistema. En la moderna Ley española sobre Contrato de Seguro (Ley N° 50) que es un excelente referente, se ha concentrado buena parte de la doctrina europea en materia de seguros, de allí su importancia para los iberoamericanos especialmente.

## 2. LA FALTA DEL INTERES ASEGURABLE EN EL CONTRATO DE SEGURO

La doctrina y la legislación internacional, ya lo mencionamos, han coincidido en que si no hay interés asegurable al tiempo de la conclusión del contrato de seguro, el contrato de seguro deviene en nulo e inexistente. Al respecto el Profesor Sánchez Calero considera que es tan relevante el interés asegurable, que la nulidad derivada de la falta del interés asegurable, produce el mismo efecto jurídico que si, por ejemplo, faltara el riesgo. Además que no sólo debe existir al momento de la conclusión del contrato, sino que deberá existir en todo momento.

No nos cabe duda –y lo sostenemos– que el interés asegurable puede identificarse con el objeto del contrato y por lo tanto, repetimos, lo legitima para que no se confunda ni degenera en el juego y apuesta, y, además conserva o hasta diría que cauciona la aplicación del principio indemnizatorio, desde que no permite un exceso en el pago de los daños efectivos y no más, por cuanto chocaríamos con el lucro del asegurador transgrediendo el citado principio. Como dice Halperín<sup>86</sup>: en el seguro de daños la indemnización debe ser siempre el tope o medida del resarcimiento. Esta es la real importancia que ha de concederse al interés asegurable que, además, de estar inserto en un contrato lícito.

Más, hay que tener cuidado con la redacción en lo que atañe al momento en que falta el interés. Cuando se dice, como en el Art. 25 de la Ley Española: “...*si en el momento de su conclusión...*”, estaremos concordando con el Maestro Sánchez Calero<sup>87</sup> en que la dicción de dicho dispositivo es inexacto

---

<sup>86</sup> “Contrato de Seguro”. Pag. 205.

<sup>87</sup> “Revista de Derecho Privado”. Tomo XXIV. Ley de Contrato de Seguro. Volumen I. Pag. 348. El Profesor Sánchez Calero indica que el Art. 1904 del C.C. Italiano y el Anteproyecto que precedió al Art. 25, tenían mayor precisión pues fijaban expresamente cuando es que debe existir el interés asegurable. Respectivamente se señala “...en el momento en que el seguro debe

*“...en cuanto que la existencia de interés asegurado no es precisa en el momento de la conclusión del contrato, sino cuando ésta deba comenzar a producir sus efectos”.*

Una de las razones que motiva el comentario es que resulta lícito el aseguramiento de intereses futuros como, los casos de la casa que va a ser construida, un cuadro que se va a pintar, un bien que se va a adquirir. Dice el propio maestro Sánchez Calero, con toda razón, que los seguros de abono extendidos en las llamadas pólizas flotantes y otros seguros sobre intereses futuros, son válidos y tienen una eficacia formal desde el mismo momento de su perfección. Señala: *“Caso diverso es que la eficacia material –es decir, la prestación de garantía del asegurador cubriendo el riesgo-- no comience hasta el momento en que exista el interés asegurado”.* Aquí se nota la falta de precisión de la ley, señala.

Pero que sucede cuando se cumple la ley, es decir, cuando el contrato de seguro es válido porque al momento de su conclusión sí se comprobó el interés asegurado no obstante, luego en el tracto sucesivo, sobreviene la desaparición de ese interés. Aquí ya no procede la sanción de nulidad dado que la perención sobrepasó el tiempo de la conclusión del contrato ¿O es que el contrato deviene nulo, también en este caso? Las leyes nada dicen al respecto y allí hay un caso en que los jueces, llegado el caso, deberán ejercitar su facultad supletoria integradora. Por cierto que aquí ha de aplicarse la teoría de los contratos en cuanto a la forma en que éstos terminan, por rescisión o resolución. La moderna doctrina establece que la Rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración y opera *ex – tunc*, o sea retroactivamente; y la Resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración operando la terminación *ex – nunc*, a futuro. Aplicando estos conceptos, tendremos que no estaremos ante un caso de nulidad, sino mas bien, frente a una Resolución del contrato, desde que el asegurador sea avisado que ha cesado el interés asegurable, salvo los pactos de la póliza para determinar tales efectos, hechos que comúnmente lo exoneran de toda responsabilidad por la garantía que según la póliza, prestó a su asegurado.

También puede suceder que la falta de interés asegurado se da, cuando el bien asegurado se extingue o desaparece antes de que el seguro surta sus efectos, como sería si el vehículo asegurado contra robo se pierde por un incendio no estando asegurado por tal riesgo; o la misma hipótesis tratándose de una obra de arte; o la cosa asegurada no llega a existir, como el libro que no se escribe; o el mismo vehículo asegurado que o se llega a adquirir, o si la motocicleta que se vende antes de la conclusión del contrato de seguro. En principio el asegurador procederá al igual que cuando no existe riesgo, como señala el Profesor Sánchez Calero, vale decir que no puede cubrir un daño si ese daño

---

tener inicio”, y “en el momento en que deba comenzar a producir efectos”. Adviértase la diferencia, por ello hemos subrayado las partes conflictivas de algunas normas.

no puede producirse por cuanto el interés asegurado no existe y el contrato de seguro, pierde así su contenido.

Si el asegurador pagara alguna indemnización equivocadamente a su asegurado, no obstante no existir ya interés asegurado, tendría derecho a la restitución por cuanto se tratará de un pago indebido que enriquecerá a dicho asegurado sin ninguna causa. Es obvio que, en ese caso, le tocaría frente al asegurado la acción *in rem verso*.

Desde el punto de vista del asegurado que avisó de la cesación del interés asegurado, éste no tendrá obligación de pagar prima alguna por una relación contractual que ya no le es útil y cuya causa fundamental desapareció; aun cuando estemos de cara a un contrato teóricamente válido por lo menos hasta que cese la existencia del interés y aparece la citada causa. Es obvio que sí el asegurado hubiera pagado toda la prima, tendrá derecho a la devolución de la no consumida.

Otra opinión a tener en cuenta en la doctrina es la del Profesor Garrigues cuando anota que “En todos los conceptos legales que se refieren al interés late siempre la idea de participación en *algo*, de la relación con *algo*. Este *algo* puede ser una cosa (mueble o inmueble), un derecho (real o de crédito) o un patrimonio entero. Este *algo* puede existir ya, o no existir todavía (así la ganancia esperada). Todos estos posibles *algos* se resumen en el concepto de *bien* porque el interés significa siempre la relación con un bien amenazado de daño o de destrucción”.<sup>88</sup>

### 3. LA TRANSFERENCIA DEL INTERES ASEGURADO

Un asunto que ha traído muchas disquisiciones doctrinarias es precisamente el caso de que el asegurado deja de ser titular de la cosa asegurada y la transmite por los medios que el derecho faculta en ejercicio de su autonomía privada. Aquí se produce un bache en cuanto al interés asegurado (porque si hemos de admitir en puro derecho que el contrato es voluntario; que los contratos se forman en base a la autonomía privada de las partes contratantes; si el contrato de seguro se entiende *intuitu personae* por cuanto es necesario que el asegurador analice entre otros factores, “el riesgo moral”; que debe primar el principio de la relatividad de los contratos; y que, entre otros principios, no se puede transmitir las propias obligaciones a terceros sin consentimiento previo de éste), pues con la transferencia del objeto asegurado, se varían sustancialmente los caracteres básicos del contrato de seguro (Los anotados) en función de otros conceptos que han primado para que el Derecho de seguros acoja unas modificaciones por razones que en seguida analizaremos.

---

<sup>88</sup> “CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE”. Joaquín Garrigues. 1983. Pags. 129-130.

Garrigues plantea la cuestión con mucha propiedad y atribuye esas razones a cuestiones relacionadas con la costumbre mercantil y la idea proviene de los aseguradores que han estimado que el seguro es algo accesorio a la propiedad de la cosa asegurada y por lo tanto debe transmitirse con ésta. El maestro explica que *“La ratio legis de estas leyes consiste en suponer que el primitivo interés renace en la persona del nuevo propietario; cambia el titular, pero no desaparece (mutuatur sed non tollitur), dejando a salvo el derecho del adquirente y el del asegurado”*<sup>89</sup>. Y claro, nosotros sostenemos que desde otro punto de vista, el asegurador pretende en el fondo, conservar su cartera de clientes, por lo que –cuando cesa el interés asegurado debido a que el asegurado transfirió la cosa asegurada a un tercero– éste puede decidir libremente no continuar con la relación aseguradora de su transferente y exponer al asegurador a que pierda eventualmente el seguro contratado y muchos otros contratos.

Que mejor, entonces, que la solución de mantener una relación contractual sin solución de continuidad atribuyendo al adquirente la condición de “nuevo contratante”, sin alterar la relación contractual original –esta vez, por imperio de la ley– como subrogante del asegurado primitivo. Por cierto con las facultades del asegurador, que se reserva el derecho de resolver el contrato respectivo si no conviniera a sus intereses; y, con la misma facultad de resolución para el tercero adquirente, previo aviso. Complementa la solución, ajena al derecho de las obligaciones, una solidaridad impuesta por la ley entre el asegurado originario y el adquirente. Desde el punto de vista activo, el adquirente y nuevo titular del contrato de seguro –*a fortiori*–, tiene derecho al pago del siniestro; y pasivamente debe asumir el pago de las primas del caso.

La solución española del Art. 34 de su Ley sobre Contrato de Seguro dio una legitimidad a lo que ya un sector del mercado de seguros venía estipulando en las pólizas, esto es: la costumbre mercantil se convirtió en ley. Por cierto que las leyes que dan esta solución, otorgan a las partes un plazo de gracia para ejercitar las acciones de rescisión (resolución) del contrato de seguro.

#### **4. ESPECIAL MENCION A LOS SEGUROS DE PERSONAS**

Entre el seguro de daños y el de personas existen obvias divergencias derivadas de la naturaleza y características de cada uno por signos inconfundibles, que no permite a nuestro modo de ver, someterlos a reglas comunes de manera integral.

Para Messineo<sup>90</sup> hay una diferencia sustancial entre ambos : el seguro contra daños *“...es un contrato de indemnización; en el seguro sobre la vida, tanto el contenido de la obligación del asegurador como (y todavía antes) el interés del asegurado, no residen, al menos en vía directa, en la eliminación de las*

---

<sup>89</sup> Ob. Cit. Pag. 140.

<sup>90</sup> “DERECHO CIVIL Y COMERCIAL”. 1955. Tomo VI. Pag. 175.



*consecuencias patrimoniales de un siniestro, ni es esencial al presupuesto de que exista un daño a resarcir: objeto del seguro son los eventos de la vida humana, o la duración de ella”.*

Señala luego: *“En sustancia el seguro de vida es considerado –como un contrato de capitalización y por consiguiente de previsión, del cual escapa la finalidad de indemnización, que es por el contrario propio del seguro de daños”.*

Por nuestra parte diremos que, ratificando el concepto ya estudiado, debe recordarse que en la estructura del interés asegurable existen tres elementos que la doctrina ha perfilado: *el sujeto, el objeto y la relación económica*” entre ellos. Esa estructura se afecta cuando el riesgo se realiza, esto es, cuando hay un siniestro; entonces el daño no querido debe ser indemnizado según los pactos de la póliza. Por ello hay que tener presente que cuando se haga referencia a la transferencia del “objeto asegurado” o “cosa “ asegurada, tal transferencia debe entenderse que es a la relación económica relativa al interés asegurado, como lo resaltan los Profesores Ossa<sup>91</sup> y Sánchez Calero<sup>92</sup>.

Ahora bien, tenemos que reconocer que prácticamente el maestro Ossa ha sido uno de los doctrinantes que con mayor fidelidad ha descrito el debate realizado sobre el tema del carácter indemnizatorio de ambos ramos: los seguros de daños y los de personas, con motivo de la celebración, en Roma, Italia, del Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, realizado en abril de 1962.

Creo indispensable, por ello, en honor a la memoria del que fue maestro y amigo<sup>93</sup> -i sigue siéndolo- resumir esa explicación de donde se verá luego que conclusión asumirá cada lector en base a la razonabilidad de los argumentos expuestos.

## **5. LAS TEORIAS PRO-INDEMNIZATORIAS EN LOS SEGUROS DE PERSONAS**

Pues bien, relata el Profesor Ossa que el debate se centró en el carácter indemnizatorio que tienen tanto los seguros contra daños y los de personas. Así don Joaquín Rodríguez sostiene que el seguro es siempre de indemnización, aunque este se ajuste unas veces a una valoración abstracta y otras a una valoración concreta. Hay como presupuesto de la tesis, tres clases

---

<sup>91</sup> “TEORIA GENERAL DEL SEGURO. EL CONTRATO”. Pag. 67

<sup>92</sup> Ob. Cit. Pag 451.

<sup>93</sup> Las muchas veces que estuve en Santa Fe de Bogotá, lo visité en su Departamento y conversamos mucho sobre temas de seguros y sobre como escribía sus obras; platicar con él sobre temas del Derecho de Seguros era instruirse y aprender de sus claros conceptos e ideas, de lo que guardo muy gratos recuerdos.

de daño: *el daño emergente, el lucro cesante y el provecho esperado*, todos con efectos escalonados en grado de daños. Así el daño emergente debe ser valorado en concreto; el lucro cesante y el provecho esperado deben serlo de manera abstracta. Se concluye de esta valoración que en todo seguro (de cosas o de personas) prima el carácter indemnizatorio.

El Profesor Rodrigo Uría, expresa que en todo contrato de seguro, por definición, hay una reparación del daño que produce un siniestro y este principio afecta también a los seguros de personas como en el de accidentes, enfermedad o invalidez; el siniestro produce un daño emergente sobre el cuerpo humano, además de los gastos de curación y el lucro cesante consecencial. Dice también que en el seguro de vida para el caso de muerte, el daño emergente es la pérdida de la vida y el de los gastos inherentes a toda defunción, conjuntamente con el lucro cesante y el provecho esperado.

Lo propio sucede en el seguro de supervivencia en que el daño consiste (relata el Maestro Ossa) en la natural disminución de los beneficios de realización al decrecer, con la vejez la fuerza y el rendimiento del trabajo. En fin, sostiene el Profesor Uría que la diferencia entre los seguros de daños y los de personas, está en el modo como el principio de la indemnización en la tesis unificadora del seguro privado se realiza: *a posteriori* en los primeros; *a priori* en los segundos: “En estos, tanto la realidad del daño, como su cuantía, han sido aceptados a la celebración del contrato”.

Vendrá luego la tesis del Profesor Luca Buttaró, que hace referencia a que fue desde la *GAMBLING ACT* de 1774, que se subordina la validez del seguro sobre la vida de un tercero a la existencia de un interés asegurable y aparece la idea unificadora de someter a los seguros de vida, a los mismos principios sobre los cuales se basan los seguros de daños. Luego de estas ideas hay una negativa de la doctrina en considerar que no funciona el concepto unitario y la afirmación de dos categorías que cumplen diferentes expectativas económico-sociales, esto es: la indemnizatoria en los seguros de daños; de ahorro y capitalización en los seguros de personas, debido a que no son suficientes los fundamentos que estiman que el daño que sufren los beneficiarios o los herederos del asegurado con la muerte de éste no siempre es fuente de daños patrimoniales para sus sucesores, dado que puede mas bien ser la liberación de una carga.

La tendencia separatista –explica el Maestro Ossa- encuentra dos tendencias: la de abandonar la teoría de la causa, o asignar a las dos grandes ramas (seguros de daños y de personas) una función económico-social común (esto es la teoría de la *necesidad eventual*). Mas la necesidad eventual y el daño son dos caras de la misma moneda indica Buttaró. La primera importa al economista, la segunda al jurista, haciéndose el cuestionamiento de sí en la búsqueda de un concepto unitario, lo que cabe preguntar es si también los seguros de vida se dirigen a resarcir el *daño* personalmente sufrido por el mismo asegurado con la ocurrencia del evento, y cual es ese daño. Luego Buttaró se refiere a las razones de la doctrina dominante que niega la función

indemnizatoria a los seguros de vida: que la finalidad de ahorro y previsión que cumple esta modalidad no se alcanza con la muerte prematura; y que al muerte no puede constituir en sí un daño patrimonial al asegurado, y que tal daño no sería resarcible, toda vez que no derivaría ninguna ventaja de la indemnización para el asegurado.

Reacciona el maestro italiano para postular su tesis: la vida, no puede considerarse sólo como un atributo de la personalidad humana. Un atributo que sólo alcanza a la persona que fallece. Tal ha sido la equivocada creencia de la doctrina: No, la vida es un bien que hace parte del patrimonio individual. O, por lo menos, hay que aceptar (y esta es la tesis de Ascarelli y Donati) que el bien cubierto, en el seguro de vida, es la ganancia que el asegurado se proponía realizar si hubiera conservado su existencia (esto es, la tesis del beneficio esperado con la que Buttaro no está de acuerdo, por cuanto esta modalidad carece de autonomía, accede siempre sobre la cosa de la cual se espera el beneficio).

Un nuevo razonamiento, lo lleva a señalar que el bien cubierto por el seguro contra *accidentes* es el mismo que se tutela por medio de la relación de responsabilidad civil que conlleva la reparación: gastos médicos, dificultad en las relaciones sociales consiguientes a la invalidez física permanente y, sobre todo, reducción de la capacidad de trabajo y de renta. Así llega a dos reflexiones: 1º) Su disminución es fuente de daño para el accidentado. 2º) Es un bien que tiene valor patrimonial y que hace parte del patrimonio individual.

Finalmente menciona Buttaro que la doctrina italiana es casi unánime en reconocer el carácter indemnizatorio de los seguros de accidentes, aun en el caso de accidente mortal. Y si ello es así, no se ve porque se niega la naturaleza indemnizatoria de los seguros de vida. Concluye sosteniendo, que si la vida es un bien que tiene un valor patrimonial y hace parte del patrimonio individual, hay que preguntar si el objetivo de quien suscribe un seguro sobre la vida, para el caso de muerte es el de garantizarse a sí mismo y, a través de sí mismo, garantizar a otros, la indemnización por la pérdida de ese bien, esto es, en último término, la de garantizar la integridad de su propio patrimonio.

Un jurista de la talla intelectual del Profesor Juan Carlos Félix Morandi, también entró al debate, tomando partido por la tesis indemnizatoria de los seguros de personas, que el maestro Ossa estima que vale la pena reproducir: “No es raro que en la práctica contractual las partes establezcan una cláusula penal o que el vendedor pretenda una seña o arras para el caso que el contrato sea incumplido. Se hace aquí una determinación estimativa del daño, establecido *a priori* de común acuerdo entre las partes al momento de la conclusión del contrato, siendo pagado por aquel que no ha cumplido con su obligación, con prescindencia de que pueda probar que la contraparte no ha sufrido daño alguno o que del incumplimiento ha obtenido un beneficio”.

El Profesor Morandi se refiere, al exponer las razones, a que las leyes contienen otros casos típicos en que “se presume” la existencia de un daño “sin

tener” en cuenta si se ha producido en realidad, es el caso –dice– de los “*intereses moratorios*”, en virtud de las cuales normas, se cargan al deudor moroso por su simple incumplimiento y que los jueces determinan en sus sentencias. Lo propio sucede con los “*intereses compensatorios*” que, de consuno, pactan las partes y que rigen generalmente desde la constitución en mora del deudor.

Pues bien, sigue la argumentación, expresándose que al lado del resarcimiento del daño efectivo y por su monto real, los casos anotados admiten: a) la indemnización del lucro cesante y daño emergente; b) la indemnización prescindiendo de la prueba de la existencia efectiva del daño sin admitirse la demostración contraria, porque el daño se presume aunque el hecho en la especie no haya producido daño alguno, y, c) una valuación estimativa de índole contractual, legal y a veces judicial, sobre la medida del daño.

Lo anterior lleva a la certeza de que para que exista indemnización de un daño no es necesario, pues, que el mismo se produzca o verifique efectivamente, sino que es suficiente que las partes, al momento de la conclusión del contrato, hayan querido cubrirse de un evento capaz de provocarlo.

## 6. LA DOCTRINA ADVERSA

Es el propio maestro Ossa, el que respondió a los doctrinantes citados expositores de la doctrina indemnizatoria en cada uno de sus planteamientos, los mismos que han quedado como un paradigma de polémica principista y alturada, de gran contenido doctrinario y que, en materia de seguros prestigia a los ponentes, como un histórico episodio que no ha vuelto a repetirse en ningún otro evento, ni con ningún tema sobre el inmenso contenido del Derecho de Seguros. Honor al mérito a quienes abrieron el camino del profundo pensamiento de los personajes citados, muchos de los cuales han fallecido dejándonos la herencia de claros conceptos cuya validez y aserción cada uno juzgará.

El maestro Ossa estima que “No es verdad que la muerte (aun concibiendo la vida como un bien patrimonial) sea necesariamente germen de un daño. Sí es, por el contrario, una verdad incontrovertible que la destrucción – total o parcial-- de una cosa corporal, de un bien material, conlleva un perjuicio para quien tenga sobre ella o sobre él un *derecho real*. Este sólo planteamiento desvirtúa cualquier afinidad que, con base en el concepto jurídico de daño, quiera establecerse entre los seguros de vida y los seguros sobre las cosas. Dice, la muerte no es fuente de daño patrimonial para el sujeto que es inválido o para un anciano que ya nada produce, porque su capacidad de trabajo y de producir renta ha dejado de existir por la invalidez o la ancianidad antes que la vida misma de la que dimanan. La vida carece para ellos de un valor económico, dado que nadie depende de ella, en nada altera el hecho de que ellos dependan de un patrimonio que ellos ya tienen constituido y que les produce réditos solo porque *pecunia paret pecuniam*.”

Tampoco puede ser fuente de daño para sus familiares y/o herederos como sería el caso de la cónyuge y los hijos, en vista de que para ellos, incluso puede ser fuente de alivio el fallecimiento del *de cuius*. Al contrario, lo que puede ser fuente de daño es, precisamente, su supervivencia, que es una observación atinada del propio Buttaró.

Entonces ¿dónde encontrar el daño? Dicen los defensores de la indemnización común (de seguros de daños y de personas) que es el daño *eventual* el que se considera al suscribir un seguro ya que la muerte no es necesariamente fuente del daño dado también que la cuantía de la indemnización se determina *a priori* mediante una estimación *subjetiva*, al tiempo de celebrarse el contrato. No obstante, señala el Maestro Ossa, que en los seguros de daños, si no hay daño, tampoco hay lugar a la indemnización y se pregunta ¿Por qué entonces, habrían de enjuiciarse con distinto criterio los seguros de personas? ¿O de los seguros de vida? Luego señala que, aun aceptando la tesis de la fijación del capital asegurado *a priori*, lo que no puede exigirse para tal estimación subjetiva, por no decir arbitraria del daño funcionen, es *que el daño mismo exista* ¿! como podría indemnizarse, así arbitrariamente un daño que no existe?

En lo relativo a la tesis de que, aun aceptando que la muerte es causa u origen de un daño patrimonial, de ello –no obstante-- no se sigue, ni menos necesariamente, que el principio indemnizatorio debe dominar --como en los seguros de daños-- el derecho de los seguros de personas ¿En cabeza de quien ha de radicarse ese daño patrimonial? ¿En cabeza del asegurado como parecen sostener los teorizantes de a tesis indemnizatoria común, para que ese derecho a la indemnización se transmitido *jure hereditario*, a los herederos? ¿O en cabeza de éstos, o de los beneficiarios, para que ejerciten, como propio, el derecho a la indemnización que les otorga el contrato? Y, por cierto, las leyes, al jurisprudencia y la doctrina confirman que el agraviado tiene acción de responsabilidad contra los autores del hecho ilícito que ocasiona la muerte de una persona que debe asumir la indemnización del caso. Sin embargo no es porque el daño sea jurídicamente inconcebible según la tesis indemnizatoria. Es, dice el maestro citado, únicamente porque la evaluación anticipada del daño eventual, así sea con carácter meramente aproximado, es imposible. Si se hace o así se hiciese en abstracto con un criterio puramente subjetivo, de espaldas a la realidad, porque no podría ser de otro modo, resultaría arbitraria y el Derecho no puede sustentarse en la arbitrariedad.

Tampoco es cierto que con la suscripción del seguro, el suscriptor va tras la indemnización de un daño. Afirma el maestro Ossa: “*Pero ni siquiera es esta la oferta que el asegurador propone a su estudio o a su aceptación, que es lo que sucede en el ámbito de los seguros de daños*”. Lo que el suscriptor busca, principalmente es, proteger a su cónyuge e hijos, contra las eventuales necesidades a que pueden verse abocados con motivo de un siniestro. I buscan también, secundariamente, ya para el caso que la muerte no sea prematura, formar un capital de ahorro. I a este punto, no se puede olvidar, y hay que remarcarlo, que el seguro de vida tiene como componente dos

elementos que juegan en la vigencia del seguro, y según avance éste, es cada vez *menos seguro* y cada vez *mas ahorro*.

Dentro de este concepto técnico, el suscriptor puede cumplir el mismo objetivo, esto es, la protección de su familia directa y la vida suya propia. La suma en riesgo es cada vez menor y la capitalización es cada día mayor ¿Cómo entonces pensar que el estipulante va tras la indemnización?

Lo que el suscriptor hace cuando fija la suma asegurada, es cierto que lo hace arbitrariamente, más afirmar que cuando suscribe el contrato de seguro sobre su vida lo estaría haciendo subjetivamente "...verdad sabida y buena fe guardada, la medida probable del daño, es hacerlo víctima de una impostura". Lo que realmente hace el asegurado al elegir el capital asegurado es determinar un grado de prestación en caso de siniestro: alto, bajo o adecuado, teniendo en consideración sus posibilidades de pago de la prima, lo contrario implica desfigurar la realidad. A la cual no puede dar la espalda el Derecho.

Con referencia a las consideraciones del Profesor Morandi, para superar uno de los grandes obstáculos que enfrenta la teoría indemnizatoria en los seguros de personas no parecen precedentes según el maestro Ossa. La cláusula penal está llamada a operar en la hipótesis de inejecución o ejecución tardía de la obligación principal. Es una *sanción civil*. Lo mismo que los intereses moratorios y también los compensatorios. Las *arras* constituyen, en cierto modo, una caución de las obligaciones derivadas del contrato de compra-venta.

El seguro personal, en cambio, llámese de vida o de accidentes, es un contrato del cual dimanar prestaciones recíprocas a cargo del asegurado y del asegurador, concebido como instrumento técnico-jurídico de protección del asegurado mismo o de terceros, cuya magnitud no suele determinarse, no se determina en función de un *daño* eventual sino de la capacidad de pago del suscriptor y de su grado de previsión. Por ello es que como contrato así estipulado, el asegurador debe pagar la prestación convenida, no porque la muerte haya generado un daño, sino por cuanto es el desarrollo de su obligación contractual, como contraprestación recíproca del pago de la prima pactada. Entonces, la suma asegurada no representa, la preestimación del daño como supone Morandi.

Dentro del debate, un argumento definitorio tiene que ver con el siguiente concepto: es aquel que señala el Maestro Ossa cuando afirma que los que postulan la teoría unificadora no nos han dicho que, aceptada ésta, que normas han de regir en el futuro los seguros de personas, en especial los de vida y de accidentes. Un caso patético es el de la institución de la SUBROGACION, que es regla de oro en materia de seguros de daños. "¿Subsiste o no subsiste el instituto de la subrogación convencional o legal a favor del asegurador? En otros términos ¿Se aplica o no la subrogación en esta clase de seguros, si la muerte proviene de un hecho ilícito? I si se aplica ¿En que medida? ¿Es una magnitud del daño que debe pagar el asegurador y otra la que deben pagar los responsables? ¿La primera debe basarse, como es lógico en la estimación

inicial, en la suma asegurada, y la segunda en la realidad objetiva del perjuicio patrimonial? ¿O una y otra deben ser idénticas? Si lo primero, el mismo daño dará origen a distintas indemnizaciones, lo que es lógico: Si lo segundo, el responsable derivará provecho o gravamen de un contrato en el que no es parte”.

El cuestionamiento del Profesor Ossa ha quedado sin respuesta. Dentro de la tesis unificadora, no podría admitirse diferenciación, aplicándose la subrogación a los seguros de daños y no a los de personas, por cuanto de ser así la teoría carece de sentido. Finalmente concluye el Profesor Ossa: “Todo indica que la división tradicional de las grandes ramas del seguro privado no ha sido caprichosa ni antojadiza. Alguna función viene cumpliendo, y mas trascendental de lo que parece.

No. No cabe duda. La teoría que hemos examinado tiene muy deleznable apoyo jurídico, si no es que carece de todo fundamento. Es innecesaria como instrumento para comunicarles mayor consistencia a los seguros privados, cuya unidad (aun con los seguros sociales) descansa en el concepto económico de la necesidad eventual. No se traduce en ninguna ventaja de orden práctico. Más bien entorpece o trastorna todo el engranaje tradicional. No favorece, ni mucho menos, el desarrollo comercial de los seguros de personas. Y más bien frena o neutraliza la función social de los seguros de vida, y su misma función económica.

Y, en fin, más que estimular, desvanece las posibilidades de la anhelada unificación de leyes y doctrina en el campo del seguro privado. Si algo faltara, abusa de la ficción como fuente de raciocinio jurídico, falsea la filosofía de las presunciones *juris et de jure* y, por demasiado elaborada, se resiente de un engañoso preciosismo”.

## 7. OTRAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DEBATE

Resulta esclarecedora la opinión sobre el asunto, del Profesor Brunetti<sup>94</sup> “El interés, expresa, indica una necesidad de protección económica en presencia de un estado de necesidad”, de ahí que no exista en el seguro sobre la vida; en éste el siniestro no da la medida de la indemnización, sino que atribuye sin mas el derecho a la totalidad de la suma indicada. Máxime que el interés tiene un contenido esencialmente económico, debe ser objetivado, es decir, debe ser de a misma naturaleza del daño que el seguro busca conjurar, debe referirse a una cosa determinada, en las distintas relaciones posibles del asegurado con la cosa, condiciones todas éstas que no se dan en el seguro sobre la vida”.

---

<sup>94</sup> “ASSICURAZIONI”. Brunetti A. 1935. 1. Pag 431 y sig.

Halperín<sup>95</sup>, al respecto, indica que “Para apreciar las objeciones de Brunetti es menester considerar que el seguro sobre la vida no exige la existencia de un interés económico, de un interés en el sentido del seguro de daños, y menos para llenar una función idéntica. El interés requerido para el seguro sobre la vida es un mero interés moral, que radica en sufrir alguna pérdida por la muerte del tomador; de ahí que sean suficiente el amor y la afición, porque bastan para llenar la función que el interés debe desempeñar en este tipo de seguro, que es eliminar la apuesta sobre la vida humana y el incentivo al crimen”.

Por su parte Stiglitz<sup>96</sup> cita a Iribarbe el que sostiene que, con referencia al interés asegurable en los seguros de personas “Es consecuencia inmediata del reconocimiento del “derecho a la vida”, la tutela “del derecho a la integridad corporal”, pues si el derecho preserva la vida humana y, en consecuencia, el hombre tiene derecho a la plenitud de su vida, no es admisible ninguna forma de detrimento a la integridad de su cuerpo, comprendidas sus esferas física, psíquica y moral”.

Conceptúa Stiglitz que “Si aceptamos que la vida humana es un “bien protegido” y valioso y que lo propio acontece con la integridad corporal, una y otra son (pueden ser) objeto de interés económico lícito. Este interés puede existir (existe) ante todo en un sujeto con respecto a sí mismo, a su vida y a su integridad física.

En los seguros personales, verbigracia sobre la vida del contratante o accidentes personales el interés del tomador asegurado es inherente (connatural) a la persona, no debe ser demostrada porque se lo presupone”. Citando a J.J. Llambías (“La Vida Humana como valor económico”) critica la fórmula absoluta emanada de la jurisprudencia dominante entonces, en el sentido de que la vida humana tiene, por sí misma, un valor económico cuya pérdida debe ser indemnizada. I señala “No es correcto afirmar que la vida humana tiene *per se* un valor pecuniario, porque no está en el comercio, ni puede cotizarse en dinero: es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos que se caracteriza por ser innato, inalienable, absoluto y extrapatrimonial”. Y concluye: “...la vida humana no tiene valor económico *per se*, sino en consideración a lo que produce o puede producir. Acontece que, como señala Zannoni (“El daño en la responsabilidad civil”. Pag. 111), “...los damnificados son los que sobreviven (al muerto), aquellas personas que de entonces en más, se verán privadas del valor económico que representaba para ellas la vida de las víctimas. Ocurre que hay ciertos damnificados –la viuda y los hijos del muerto-- que aun sin probar daño alguno tienen legalmente derecho a una indemnización. I a su reclamo no puede oponérseles la circunstancia de que no han acreditado en que consiste el daño, pues la ley les confiere el derecho, independientemente de tal acreditación. Y en ese

---

<sup>95</sup> “CONTRATO DE SEGURO”. Isaac Halperín.1970. Volumen II. Pag. 788.

<sup>96</sup> “DERECHO DE SEGUROS”. Rubén Stiglitz. 1998. Pags. 251 y Sig.



contexto es que se dice que la vida tiene un valor económico en sí misma según la prudente valoración judicial”.

Una opinión que, como las demás es la del Profesor Joaquín Garrigues. A partir de la clasificación tradicional entre seguros de daños y de personas, sostiene que la clasificación debe completarse con un tipo intermedio: “...el seguro de personas impuro o de personas en sentido amplio”, en el que también la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad. Lo que ocurre con este tipo intermedio es que en él no es preciso comprobar si existe un interés asegurable, porque se supone que el interés de conservar la salud o la integridad corporal existe siempre y por ello no es necesario demostrarlo. Por el contrario en los seguros de daños la destrucción de un determinado interés (sea del propietario, sea del usufructuario, sea del depositario, sea del arrendatario, sea del transportista, Etc.) es necesario para que solo la existencia de un interés legítimo en asegurar habilite al tomador del seguro para contratarlo. En este sentido es elocuente el Art. 25 de la Ley, varias veces citado”.

He optado por no dejar a la interpretación (mía o de otros) a posibles errores de lo sostenido por los autores citados, por ello estimo que es mejor transcribir, en lo posible, las opiniones vertidas, con la fidelidad que es menester, así seguimos con el Profesor Garrigues cuando afirma: “En los seguros sobre la vida desaparece la significación fundamental que tiene el interés en los seguros contra daños. Únicamente cuando se trata de esta clase de seguros mencionan las leyes el elemento interés. En su momento hemos visto las referencias recíprocas entre el interés y la suma asegurada. Mas la realidad nos muestra que la suma asegurada aparece también en las pólizas de los seguros sobre la vida. Y ante este hecho surge la pregunta ¿Acaso existe también en este seguro ese elemento paralelo a la suma asegurada, coincidente a veces con ella y por lo general discordante, que hemos llamado interés asegurable?”

La doctrina clásica del seguro negó siempre la aplicación del concepto de interés a los seguros de vida. La mayoría de los autores consideran que la acción de interés, como elemento del contrato, sólo es aplicable a los seguros sobre las cosas, supuesto que el interés expresa la relación económica con una cosa determinada. Así Eheremberg, Hagen, Ehrensweig, Gierke y Möller entre los alemanes; Vivante, Mossa, Ferri, Ferrarini y Gasperoni entre los italianos; Piccard y Besson entre los franceses: y en general, todos los que niegan que el seguro de vida sea un contrato de indemnización, que son la mayoría de los autores.

Pero modernamente, y a impulsos de la teoría indemnizatoria, que pone como fundamento de toda especie de seguro, se ha estimado por varios eminentes especialistas que la existencia de un interés asegurable constituye un requisito común a todos los contratos de seguro, incluyendo por tanto el seguro sobre la vida. Así Ascarelli, Donati, Buttaró y Viterbo.

Nuestra posición ahora viene predeterminada por la adoptada frente a la teoría indemnizatoria, que consideramos –pese a la autoridad de sus sostenedores-- como una teoría atractiva y elegante, pero en abierta oposición a los preceptos de todas las leyes vigentes sobre el contrato de seguro y a la doctrina mantenida a lo largo de los siglos”.

## 8. LA OPINION DEL PONENTE

Para el autor de esta ponencia, no es nada grato ponerse, aunque sea a través de un ensayo técnico-jurídico, al frente de juristas de un inconmensurable peso doctrinario y valga mi profundo respeto a todos ellos y mis excusas por semejante atrevimiento.

Tengo tres objeciones de principio que paso a exponer:

### A) *Los criterios clasificatorios*

Entrando al tema diré que todo parte, como se ha dicho por algunos autores, de la clasificación entre seguros de daños y los de personas, que precisamente por ser dual, implica que no hay coincidencia en los factores que componen cada rama (de daños y de personas). Desde allí, empieza la divergencia aderezada con criterios sofisticados, en la mayoría de los casos abusando de la ficción como también se ha dicho.

En efecto, la aparición de nuevos riesgos no conocidos antes, o no tomados en consideración, varió los citados criterios de clasificación tradicionales. Así por ejemplo, los riesgos derivados del uso de la energía termo-nuclear, los riesgos financieros, los de terrorismo, los de contaminación medio-ambiental, los productos defectuosos<sup>97</sup>, el caso de la contaminación vía los cambios

---

<sup>97</sup> Por ejemplo los riesgos de los cultivos llamados “transgénicos”, de los que no se reconocen todavía sus efectos dañinos y que si cayeran dentro de aquellos riesgos de responsabilidad por productos defectuosos, no estarían cubiertos por las respectivas pólizas, ya que en los países europeos, no se acepta la alegación llamado “riesgo por desarrollo”, como argumentación para exonerarse de responsabilidad. Con motivo del intercambio comercial con países desarrollados, especialmente transnacionales norteamericanas que exportan sus productos con transgénicos, muchas veces no lo indican en su etiquetado para que el consumidor final pueda ejercitar su derecho de libre elección en defensa de su legítimo derecho a la vida, a la libertad y a su seguridad familiar (Art. 3 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; no se acata el principio de fomentar la cooperación internacional en materia de carácter económico, cultural, educativo y sanitario, así como ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, como manda la CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS (Art. 13, numeral b). Las Constituciones Políticas nacionales de todos los países se preocupan por defender a sus sociedades de abusos de países desarrollados que no controlan a las empresas mercantilistas que actúan en su jurisdicción. ¿Es que los países desarrollados citados nos van a exportar sus productos con alteraciones genéticas y sospechosas de generar daños a la persona humana? ¿Acaso los TLC. serán la vía idónea para una contaminación masiva?

climáticos por emanación de gases y otros riesgos que ya no son posibles de ocultar.

En los casos de clasificación sobre nuevos riesgos, hay una notoria confusión de criterios que alteran la estructura e identificación del interés asegurable y ello provoca conceptos difusos al respecto, al punto que uno se pregunta ¿Se trata de un interés personal o de uno colectivo que comprende a un gran número de personas? ¿El interés asegurable sigue siendo para el quien acredite que no desea perder el bien asegurado, o también incluye a terceros que no son parte en el contrato como el fabricante de productos defectuosos no asegurado? ¿O también incluirá a otros terceros bastando que demuestren un interés en la conservación de los bienes asegurados? ¿El contaminador de ambientes y agresor de la biodiversidad no asegurado que indirectamente participa por tercerización, en un negocio de una de las partes que estén asegurados, tendrá que comprobar que posee interés asegurable?.

B) *Una segunda objeción tiene que ver con la alteración de los componentes estructurales del interés asegurable*

Estimo que se ha alterado el orden lógico estructural del interés asegurable provocando una distorsión que llega a negar ese concepto, o a sobrepasar sus elementos constitutivos. No es que la idea provenga de un pensamiento como el que expongo y ahora somos conservadores, como antes fuimos de pensamiento jurídico de avanzada en materia de seguros. Lo que sucede es que los que hemos seguido el desarrollo de las instituciones por más de cinco lustros, hoy comprobamos que este nuevo derecho, aun cuando de vieja tradición y existencia, sólo puede contarse en la cimentación de sus principios doctrinarios, desde fines del Siglo XIX en adelante; sin menospreciar por cierto a los pioneros de épocas pretéritas, mas la experiencia nos dice que a partir de la señalada, es que los pensadores del Derecho de Seguros se incrementa y desarrolla un apartamiento de las instituciones del Derecho civil y empiezan a formarse los principios singulares y específicos del Derecho Mercantil primero, y, luego los de nuestra ciencia.

En este devenir los doctrinantes han ido esclareciendo que en la estructura del interés asegurable, ya lo comprobamos con los datos históricos indicados mas arriba, se identificaron tres elementos: *el sujeto, el objeto, y la relación entre ambos*. No hemos encontrado explicación como es que quienes postularon y admitieron la tesis del principio indemnizatorio para todos los seguros (de daños y de personas), luego lo alteren imaginativamente al punto de llegar a confundirlos en un sólo concepto integral desconociendo la tríada estructural, sosteniendo que el sujeto, el objeto y la relación entrambos desaparecen y se produce una suerte de simbiosis en aras de acreditar la tesis del común carácter indemnizatorio de los seguros de daños y de personas; porque si, en estos últimos el objeto es relacionado con el mismo sujeto que es su titular (la vida), estaremos sosteniendo un despropósito que, con el mayor de mis

respetos, equiparamos el interés asegurable al misterio de la santísima trinidad confundidas tres personas distintas en un solo Dios verdadero.

*C) La tercera y última objeción se refiere a la definición de contrato de seguro*

Hay muchas definiciones en la ley y en la doctrina que contienen, diferenciadas dos ideas sustantivas que tienen que ver con el elemento indemnización en general, independientemente de cómo cumple el asegurador la garantía de resarcimiento: uno es la “indemnización” misma; y el otro “la satisfacción de un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

Tratando de indagar sobre esta diferenciación, hube de aplicar en mi análisis quizá un exagerado método exegético en la definición integral, descomponiéndola en sus elementos específicos: riesgo, prima, interés asegurable e indemnización. Al estudiar la definición que nos trae la Ley Española sobre Contrato de Seguro en su Art. 1, sus comentaristas sostienen que los conceptos arriba mencionados tienen, aparte del denominador común, un sentido lógico y central que proviene incluso de Directivas de la C.E.E. (aun cuando para fines de acceder al ejercicio de la actividad aseguradora), siendo ilustrativa la clasificación en seguros de vida y seguros diversos a éstos. No es novedad que en la legislación sobre la materia en muchos países hermanos existe una formal separación entre empresas dedicadas a riesgos generales, y empresas especializadas en seguros personales.

En mi búsqueda encontré la docta opinión del Profesor Sánchez Calero<sup>98</sup> cuando al comentar la forma como se concreta “la prestación convenida” señala: “El Art.1 describe la entidad de esta prestación en las principales modalidades del contrato de seguro. Lo hace de forma alternativa al indicar que el asegurador se obliga a “indemnizar”, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. Apunta, sin duda, a las dos grandes clases de contrato de seguro, que se recogen en la sistemática de la Ley: el seguro contra daños y el de personas”.

Claro que seguidamente aclara que de la expresión transcrita “...no debe deducirse que el capital o renta que pague el asegurador no tenga una finalidad indemnizatoria”, dado que el daño –en esta clase de seguros-- no es únicamente presupuesto para que se de el deber de cumplimiento sino su límite; porque en otros casos, la renta o la suma convenida no se calcula con referencia al daño irrogado por el siniestro, sino conforme a la valoración previa de las partes al concluir el contrato.

---

<sup>98</sup> “REVISTA DE DERECHO PRIVADO”. “Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial”. Tomo XXIV, Ley de Contrato de Seguro. Volumen I. Pag. 20, refiriéndose al Art. 1 de la Ley 50.

De cualquier modo, creemos que la referencia del Profesor Sánchez Calero es ilustrativa (¡ nos quedamos con ella) de que, en efecto, hay un énfasis definitorio que también ha considerado la C.E.E. mediante Directivas expresas a los Estados Miembros atendiendo a la clasificación de los seguros de vida y los que regulan los seguros personales, y en que sobresale el comentario mencionado que tiene mucho que ver con la teoría indemnizatoria, toda vez que --en este sentido-- habrán de revisarse las aludidas definiciones en virtud de que si todos los seguros fueran indemnizatorios, como se ha sostenido, la redacción con la alternativa prevista resulta tautológica y por lo tanto reprochable gramatical y jurídicamente.

Bastaría en adelante que las definiciones supriman el aspecto de pago de un capital, de una renta o de otras prestaciones convenidas, habida consideración también que si la indemnización en los seguros de daños, puede hacerse sustituyendo el bien siniestrado, arreglándolo, o pagando su valor de reemplazo previamente valuado, tampoco se nos ha explicado, de que manera se sustituye la vida del asegurado fallecido, o como arreglar el cadáver de un accidentado, o el pago del valor ajustado como en los seguros contra daños. Que sepamos, nadie ha postulado la modificación que sería consecuente con los sostenedores de la teoría indemnizatoria.

Mi opinión es entonces conservadora, y lamento que haya en nuestra ciencia una polarización de la doctrina, mas estimo que los argumentos de la tesis indemnizatoria no alcanzan para cubrir muchos vacíos como los mencionados, aparte de que las legislaciones y gran parte de la doctrina permanecen fieles a la principista división dual de los seguros (de daños y de personas), por cierto en coincidencia con la mayoría de los elementos de la teoría adversa a la indemnizatoria.



**Ponencia 2**  
**O INTERESSE SEGURÁVEL E OS SEGUROS DE PESSOAS**

**Angélica Lucía Carlini.<sup>99</sup>**  
Sección Brasileña de AIDA

SUMARIO

1. Introdução. 2. O interesse segurável no direito brasileiro. 3. O interesse segurável e a nova ordem contratual vigente no Brasil. 4. Aspectos relevantes do interesse segurável no seguro de pessoas. 5. Conclusão

**PALAVRAS-CHAVE:** Seguro; interessse segurável; seguro de danos; seguro de pessoas.

## 1. INTRODUÇÃO

No direito brasileiro a utilização da idéia de interesse segurável é recente, tendo sido adotada com a Lei 10.406, de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003 e é conhecida como Código Civil brasileiro.

As repercussões dessa nova concepção para os contratos de seguro ainda estão sendo construídas no pensamento jurídico brasileiro, tanto na esfera do conhecimento científico como nas decisões jurisprudenciais, carecendo, ainda, como seria de se esperar, de consistência mais densa e de estudos mais profundos.

Este trabalho tem a intenção de refletir sobre esse novo conceito adotado pelo direito brasileiro, e pretende fazê-lo à luz das discussões jurídicas sobre a concepção de uma nova ordem contratual, introduzida no Brasil a partir da entrada em vigor da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, e que

---

<sup>99</sup> É advogada formada em Direito pela PUC/SP, é Doutora em Educação pela PUC de São Paulo, Mestre em História Brasileira Contemporânea pela PUC de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Unip, em Campinas. É advogada atuante no mercado de seguros há vinte e três anos, sendo sócia e diretora de CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS, escritório que atua nas áreas de seguro e responsabilidade civil. É, professora de Hermenêutica Jurídica e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de Campinas, de Direito Empresarial na UNIP-Campinas e de Estudos Dirigidos em Direito Público nas Faculdades Campinas - FACAMP. É pesquisadora na área de Direitos do Consumidor, Políticas Públicas e líder de grupo de pesquisa cadastrado no CNPq na área de Responsabilidade Civil. É sócia do Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor - BRASILCON, da Sociedade Brasileira de Ciência do Seguro, e da Associação Internacional de Direito do Seguro onde é presidente do Grupo de Trabalho de Relações de Consumo e da Comissão Acadêmica. É acadêmica e catedrática da Academia Nacional de Seguros e Previdência, onde é responsável pela cátedra de Relações de Consumo. É parecerista, palestrante e redatora de artigos sobre direito e seguro para revistas do segmento de seguros e para o segmento jurídico. Mail: angelicacarlini@uol.com.br

vem sendo construída paulatinamente nos estudos sobre contratos, tanto no direito civil e no direito do consumidor.

Fixadas as linhas gerais e situado o conceito de interesse segurável, pretende o trabalho, ainda, focar aspectos relevantes do instituto no seguro de pessoas, área em que o tema encontra singularidades que devem ser analisadas com objetividade, em razão das conseqüências que podem provocar, mormente pelo fato de envolverem pessoas e suas expectativas.

Esta contribuição pretende ser, apenas, o início de uma reflexão mais profunda que possa ser feita com outros juristas do Brasil e da América Latina, se incorporando àqueles que refletem sobre os contratos de seguro e buscam mecanismos para aprimorá-lo permanentemente.

## **2. O INTERESSE SEGURÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO**

O artigo 757 da Lei 10.402, de 2002, define o contrato de seguro no direito brasileiro. Está consignado no artigo supra citado que: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo

Na vigência do código civil anterior, de 1916, a definição contida no artigo 1.432 era: "Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato".

A nova lei civil brasileira acolheu, portanto, a idéia de interesse legítimo como elemento essencial para a configuração das condições objetivas de contratação de um seguro, afastando o conceito de indenização. Houve um evidente deslocamento de foco: da indenização que nem sempre vai se materializar durante a vigência de um contrato de seguro, para o interesse segurável elemento imprescindível para a formalização do contrato.

De fato, para efeito de uma definição o mais importante é que constem os elementos essenciais para a formação do contrato e, a indenização a ser paga no caso de ocorrência de um risco coberto, não é elemento essencial para formalizar um contrato de seguro, até porque ela se insere entre as obrigações do segurador.

O segurado ao formalizar um contrato de seguro não tem por objetivo receber uma indenização, mas sim proteger um interesse seu, que pode estar materializado em um bem ou não, contra um risco futuro, predeterminado e possível de ocorrer durante a vigência do contrato.

Materializado o risco de forma lícita, ficará o segurado na condição de credor de uma indenização a ser paga pelo segurador. Isso poderá ocorrer ou não



durante o período de vigência do contrato, mas a existência de um interesse segurável é elemento sem o qual não haverá a formalização do contrato de seguro.

A nova definição adotada pela legislação civil brasileira se constrói na esteira de um conceito unitário, que dá conta tanto dos seguros de danos como dos seguros de pessoas, mas que é criticada por estudiosos como situa Munir Karam:

“O conceito unitário, com base no interesse legítimo, que é uma variante da teoria da necessidade, sofre a crítica de parte da doutrina porque, se o interesse é compreensível no seguro de danos, no de pessoas a noção se confunde com a de foro íntimo, porque o segurado não se beneficiará com a indenização, mas sim um terceiro (esposa, filhos ou parentes), não se sabendo os motivos que o levaram a contratar. A concepção dualista é mais pragmática, porque situa com clareza os dois tipos de contrato e afasta as dúvidas que possam surgir na sua interpretação.”(2002, p.30).

Em que pese a crítica de parte dos juristas, é imperioso reconhecer, até pela experiência da vida cotidiana, que quem contrata um seguro de pessoas tem um interesse a proteger, quase sempre consubstanciado na necessidade de prover com o sustento os familiares após a sua morte.

O que anima o provedor da família, pai ou mãe, a contratar seguro de pessoas é a expectativa de que, na sua ausência, não falte aos dependentes o necessário para o sustento e para a continuidade de uma vida em condições dignas.

Sem dúvida existem outros motivos que podem animar o indivíduo a contratar um seguro de pessoas, todas de foro íntimo, atreladas às expectativas que cada um tem do que será o futuro. Mas se lícito, esse interesse decorrente da íntima intenção pode ser protegido por meio da contratação de um seguro de pessoas que, se não beneficiará o segurado, atenderá a intencionalidade que ele manifestou ao efetivar a contratação.

Nesse sentido, a nova definição adotada pelo direito brasileiro dá conta de atender a duas necessidades distintas que animam os contratantes de seguro: a proteção de um interesse sobre um bem; e, a proteção do interesse sobre a própria vida, com vistas à proteção dos beneficiários indicados.

O interesse haverá de ser legítimo, como previsto no texto da lei, e esse é um requisito de validade do contrato. O segurado deverá demonstrar, nos mais variados tipos de contrato de seguro colocados à sua disposição, que mantém com a coisa ou pessoa que pretende proteger uma relação legítima, insuspeita e inatacável. Tem uma relação jurídica relevante e fundamental, que lhe legitima ao exercício de contratar a proteção garantida pelo contrato de seguro.

Essa relação jurídica relevante e legítima deverá se manifestar por meio de uma quantificação patrimonial, que permita ao segurador em caso de materialização de um risco predeterminado, indenizar ao segurado os valores necessários para a reposição das perdas, ou para o cumprimento de sua intenção em relação aos beneficiários, no caso de um seguro de pessoas.

José Vasquez identifica os elementos constitutivos do interesse: “Definido o interesse como a relação econômica existente entre uma pessoa e um bem, dessa definição resultam os elementos constitutivo do interesse: o elemento subjectivo, a pessoa, e o elemento objetivo, o bem, e a relação entre eles existente.

O elemento subjetivo corporiza uma pessoa singular ou coletiva, privada ou pública, que está em relação econômica com determinado bem. O titular do interesse pode ser o tomador do seguro ou o segurado.

Objecto do interesse pode ser qualquer bem em sentido econômico, material ou imaterial, móvel ou imóvel, fungível ou infungível, consumível ou não consumível, simples ou composto, determinado ou determinável, presente ou futuro. A relação entre a pessoa e o bem deve ser tal que satisfaça uma necessidade de natureza econômica da pessoa.” (1999, p.23)

É preciso destacar a importância do elemento econômico como tradutor da legitimidade de contratar. Ainda que o interesse recaia sobre algo imaterial, como acontece nos seguros de pessoas, é imprescindível a estimativa econômica do interesse, de maneira objetiva e prévia, afastando qualquer possibilidade de inserção de componentes exclusivamente subjetivos, que possam ser modificados ao sabor da emoção ou do valor afetivo do segurado.

Essa característica é essencial em face do caráter mutual dos contratos de seguro, ou seja, por ser o contrato de seguro um contrato que se sustenta na existência de uma mutualidade que contribui com parcelas de pagamento de prêmio para a formação de um fundo, que será utilizado quantas vezes forem necessárias, para o pagamento de indenizações necessárias para recompor danos ocorridos.

O fundo comum não pode ficar à mercê de mensurações subjetivas da extensão do dano, não pode ficar dependente de avaliações que não sejam eminentemente técnicas, porque do contrário sua higidez estaria comprometida. Portanto, ao especificar qual o interesse legítimo que pretende proteger, o segurado deve consignar também o valor pelo qual pretende protegê-lo, ou minimamente indicar os elementos que contribuirão para a fixação desse valor. O segurador, por sua vez, deverá concordar com os valores ou com os métodos necessários para fixá-lo, garantindo dessa maneira que o valor a ser pago em caso de eventual materialização do risco fique satisfatoriamente claro, sem comprometer o fundo comum.

### 3. O INTERESSE SEGURÁVEL E A NOVA ORDEM CONTRATUAL VIGENTE NO BRASIL

A adoção do princípio do interesse segurável vem ao encontro da mudança ocorrida no direito contratual brasileiro nos últimos anos, em especial após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, que entrou em vigor em março de 1991.

Na esteira das modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor propugna por uma ética mais presente nas relações contratuais, bem como por um mais acentuado equilíbrio entre as partes contratantes. Em rápidas palavras, o Código de Defesa do Consumidor reafirma a necessidade de proteger o consumidor contratante de produtos e serviços, como forma de harmonizar as relações de consumo.

Flávio Tartuce afirma:

“ A necessidade da concepção de um direito social também em matéria relativa aos contratos tornou-se crescente após a emergência dos direitos existenciais da personalidade e dos princípios de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I), ambos consagrados pela Constituição Federal de 1988, bem como do incremento da produção, surgido principalmente após a segunda revolução industrial, trazendo uma nova maneira de negociar e novos elementos subjetivos em clara posição de disparidades.” (2007, p. 34)

A proteção à pessoa humana em todas as suas múltiplas dimensões, preconizada na Constituição Federal de 1988, alcança as relações privadas, em especial os contratos, de início pela proteção oriunda do direito do consumidor e, na atualidade, também pela proteção prevista nas cláusulas gerais do código civil que entrou em vigor em 2003.

Os artigos 421, 422 e 423 constituem uma principiologia geral para os contratos, para ser aplicada em todos eles, incluídos os contratos de seguro. Em conformidade com esses princípios, os contratos devem se reger pela mais absoluta boa-fé objetiva entre as partes contratantes; pela função social do contrato; e, pela interpretação mais favorável das cláusulas ambíguas ou contraditórias em favor dos aderentes nos contratos de massa.

Entre as três cláusulas gerais ganha especial destaque a função social do contrato, seja pela diversidade de interpretações que o princípio comporta, seja por se tratar de uma evidente redução do consagrado princípio de autonomia da vontade das partes nos contratos.

Paulo Nalin esclarece sobre a função social do contrato: “Funcionalizar, na perspectiva da Carta de 1988, significa oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise,, história e

especialmente a ética, acabam, nesse prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa. É romper com a auto-suficiência do Direito, hermético em sua estrutura e tecnicismo, outrora mais preocupado com os aspectos formais da regra, do princípio e do instituto, que com sua eficácia social. Por isso, a função perseguida é social.

Funcionalizar, sobretudo, em nosso contexto, é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.

A funcionalização dos institutos da propriedade e, também, do contrato surge, portanto, nesse novo modelo de Estado de Direito, agora adjetivado como **social**, notadamente pela experiência européia de Weimar, ao determinar o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, tornando-o mais solidário. O Estado de Direito Social congrega as conquistas do Estado Liberal (Estado de Direito), igualdade e liberdade individual, com as do Estado Social, ou a superação da fração entre Estado e sociedade. O instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato.” (2006, p. 216-217). Essa importante reflexão aponta para os elementos essenciais do conceito de função social do contrato: o papel social dos contratos, a redução da liberdade contratual em favor da funcionalidade social sempre presente.

Nos contratos de seguro, a função social aparece melhor do que em muitos outros contratos praticados, sobretudo em razão do fato de que o contrato de seguro se assenta em uma mutualidade, ou seja, já supõe a socialização de interesses seguráveis para se constituir.

De fato, o contrato de seguro só pode se constituir se um grupo de interesses seguráveis puder ser reunido por um segurador, e todos os participantes possam contribuir com suas cota-partes para a constituição de um fundo comum, que será utilizado todas as vezes que for necessário indenizar prejuízos decorrentes de riscos predeterminados que se materializem ao longo do período de vigência. Assim, os riscos são socializados entre muitos que têm os mesmos interesses seguráveis, fazendo com que a função social do contrato já se manifeste desde o momento de seu nascimento.

É inegável, ainda, a repercussão que os contratos de seguro têm para toda a sociedade, na medida em que garantem a reposição patrimonial dos atingidos por infortúnios. Essa reposição patrimonial é garantia da continuidade de empresariabilidade, da empregabilidade, do recolhimento de tributos, e até mesmo, da tranquilidade de cidadãos e famílias atingidas pela materialização de riscos.

Flávio Queiroz Cavalcante afirma: “ (...) deve-se atentar que a locução função social é composta de dois elementos. Função, como a utilidade a ser preenchida pelo negócio jurídico, e, social, como o adjetivo que se liga à

utilidade, qualificando-a . Vale dizer, um contrato deve atender à utilidade que a sociedade dele espera e necessita. Neste diapasão, devem ser rejeitados entendimentos e interpretações que levem a desprover um contrato de sua finalidade, que não permitam que ele seja útil à sociedade, nem, obviamente, àqueles que contratam, as partes em um contrato. Vale dizer que o ordenamento exige que os negócios jurídicos atinjam as suas finalidades, que se mostrem úteis, e cria mecanismos para tornar isto possível.” (2006, p. 96)

A nova ordem contratual impõe, portanto, que os contratos tenham clara utilidade social, que atendam no âmbito privado das relações entre os participantes, as exigências de uma sociedade que tem como princípio constitucional construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para atender amplamente às exigências dessa nova ordem contratual, os contratos de seguro precisam ter os interesses seguráveis perfeitamente definidos e explicitados, de tal sorte que toda a sociedade os considere legítimos, passíveis de proteção e de imprescindível preservação.

Assim, também nesse aspecto, de atendimento à cláusula geral e principiológica da função social dos contratos, o interesse segurável assume relevância para os contratos de seguro.

#### **4. ASPECTOS RELEVANTES DO INTERESSE SEGURÁVEL NO SEGURO DE PESSOAS**

No direito brasileiro, o artigo 789 do Código Civil determina que: “Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.”

E o artigo 790 do mesmo diploma legal, determina: “Nos seguros sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado.”

O interesse só é presumido, nos termos do parágrafo único do artigo 790, quando o segurado for cônjuge, ascendente ou descendente do proponente, ocasião em que, em tese, transparece mais facilmente a intencionalidade. Comentando o artigo 789, Tzirulnik, Cavalcanti e Pimentel afirmam

“O conceito de contrato de seguro estabelecido no art. 757, assentando o caráter unitário desse mesmo conceito na garantia de interesse legítimo do segurado, leva à conclusão de que o legislador abraçou, sem dúvida, a teoria de que os seguros de pessoas, inclusive o seguro de vida e o seguro de acidentes pessoais para o caso de morte, podem ter função indenizatória, o que caracteriza importante inovação no nosso direito positivo.

Como se sabe, é acesa a discussão sobre a existência, ou não, de função indenizatória nos seguros de pessoas, principalmente no seguro de vida, o mais comum deles.

Mais uma simples comparação entre o conteúdo da Seção destinada aos seguros de dano com o da Seção referente aos seguros de pessoas possibilita ao intérprete entender que, mesmo existindo função indenizatória nos seguros de pessoas, não teria ela exatamente a mesma natureza da existente nos seguros de danos.

Tivesse o seguro de pessoa a função típica indenizatória do seguro de dano, a ele estaria vedada a contratação de vários seguros sobre o mesmo interesse e risco, como ocorre expressamente nos seguros de danos (art. 782) e é indiscutivelmente permitido pelo art. 789. "(2003, p. 151-152). Da discussão teórico-metodológica sobre a definição de contrato de seguro e sobre a aplicação do conceito de interesse segurado para os seguros de pessoa participa Ricardo Bechara Santos, quando afirma.

"Fixado o objeto do contrato de seguro com base no interesse segurado, o novo Código entra na chamada concepção unitária, que aliás sempre dividiu a doutrina, de um lado situando-se os que consideram que todos os seguros estribam-se em uma base indenitória, sendo daí o interesse segurado elemento comum inclusive para os seguros de vida, e, de outro lado, os que repelem o caráter indenizatório do seguro de vida.

À parte existe a corrente pluralista proposta por SCALFI, diante da variedade de tipos de seguro, considerando que o interesse no seguro de vida seria bastante diferente do interesse nos seguros de dano, a começar pelo envolvimento da figura do beneficiário que certamente influi o pensamento e por conseguinte o interesse do segurado no momento da conclusão do contrato, e sem falar no interesse econômico de algumas modalidades de seguro de vida com caráter tipicamente de investimento.

Por isso para se ter uma maior perfeição da definição unitária do seguro há de se buscar um conceito de interesse segurável abrangente o suficiente que possa aglutinar todos os tipos dentro do universo cada vez mais amplo do seguro, do contrário acabaria com mais razão a teoria dualista adotada pelo nosso Código revogado de 1916."(2006, p. 19-20)

Há uma polêmica em relação aos seguros de pessoas e a definição de interesse segurável. Essa discussão está presente, também, no direito português onde Vasques consigna que existem autores que negam existência ou necessidade do interesse nos seguros de pessoas, pelos seguintes motivos principais

"(...) repugnância em considerar o homem uma coisa (...);

- incorrecto relacionamento entre os conceitos de necessidade, interesse e dano;
- dificuldade em reconhecer a necessidade jurídica do conceito nos seguros de pessoas (...);
- incapacidade de relacionar a existência do interesse no momento da conclusão do contrato e no do sinistro e em conciliar o conceito de dano com o de valorização convencionada (...)” (1999, p. 135)

O seguro de pessoas, em qualquer das modalidades operadas no mundo, atende a um significativo caráter de ordem social. É por meio da contratação de seguro de pessoas que o ser humano que a esse produto tem acesso pode se acautelar contra riscos eminentes, que certamente ocorrerão, havendo dúvida apenas quanto à época em que isso se dará.

É um seguro que contempla as expectativas de provedores de família em todos os quadrantes do planeta, sejam eles executivos e diretores de grandes corporações transnacionais, sejam eles operários de chão de fábrica operando máquinas na linha de produção e sujeitos aos riscos de sua atividade.

Para uns e para outros a intencionalidade da contratação está na proteção de seus dependentes, para que não fiquem à míngua na hipótese de ocorrer o seu falecimento.

Há, ainda, uma intencionalidade de caráter social quando a contratação se faz acoplada também para o interesse em proteger a própria vida caso sobrevenha algum tipo de impossibilidade laborial. Sabido que as impossibilidades decorrentes de alguns acidentes alcançam até mesmo a manutenção do ser humano por seus próprios meios, impondo-se a eles a contratação de pessoas que mantenham cuidados diários de higiene, alimentação, medicação, entre outros.

Por fim, é possível constatar uma intencionalidade social quando o indivíduo contrata um seguro que possa lhe garantir um numerário em caso de sobrevida, ocasião em que supostamente com idade mais avançada terá maiores dificuldades para garantir plenamente sua manutenção e a daqueles que dele dependem. Nesse caso, o valor recebido após o decurso de um determinado prazo, servirá para custear despesas e necessidades diferentes daquelas que o segurado tinha quando efetivou a contratação do seguro.

Ao analisar a contratação sob o aspecto do estipulante, há um conceito patrimonial a ser levado em conta, mas que também pode ser traduzido como uma prevenção de desequilíbrio social.

O interesse da empresa ao contratar seguro de pessoas para seus funcionários, permitindo a estes que indiquem seus beneficiários, de forma livre ou até de forma dirigida (esposa, marido e filhos), é se prevenir de transtornos

mais agudos no caso do falecimento de um empregado, em serviço ou fora dele.

Quando falecido em serviço e responsável o empregador, o seguro de pessoa faz as vezes de um atenuante dos problemas práticos decorrentes da morte súbita e, quando falecido em outras circunstâncias que não as de trabalho, o seguro de pessoas se presta ao mesmo papel, ou seja, amenizar parte das conseqüências decorrentes da perda.

Em todos os aspectos, o seguro de pessoa tem um interesse para o contratante que transpõe a patrimonialidade e encontra fundamento na proteção à dignidade da pessoa humana, princípio essencial de preservação da vida consagrado em todas as constituições modernas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O sentido de interesse segurável para o seguro de pessoas ultrapassa os limites do interesse patrimonial exclusivo e alcança o interesse social, marcadamente da proteção à família e à pessoa humana.

Se a intencionalidade dessa proteção se materializa em pecúnia, em valores monetários, isso não significa poder afirmar que reside nessa patrimonialidade o único interesse do contratante. Ao contrário, a proteção aos beneficiários é, quase sempre, a máxima que orienta a celebração de contratos dessa natureza.

A sociedade de consumo em que vivemos, sob a lógica hegemônica do capital em sua vertente neoliberal, teve o condão de patrimonializar quase todos os quadrantes da vida humana, reduzindo a valores pecuniários até mesmo sentimentos de indignação, de angústia e tristeza, como ocorre com as indenizações por danos morais.

Mas o que deve animar nossas reflexões sobre o seguro de pessoas é algo para além do mero interesse pecuniário, compreendendo esse instituto e suas múltiplas formas de manifestação, também como um diferencial de qualidade de preservação da dignidade da pessoa humana, ainda que em última análise essa preservação se faça com o pagamento de um valor indenitário que não tem o condão de ressarcir a vida perdida, mas tem o objetivo de permitir que os valores que a transcendem permaneçam preservados.

## **5. CONCLUSÃO**

O direito contemporâneo, em todo o mundo, prima por uma face essencialmente dinâmica que busca dar conta da pluralidade e da complexidade da sociedade pós-moderna em que vivemos.



As relações contratuais sofrem a influência da velocidade das mudanças imprimida pelas novas tecnologias, em especial na área de telecomunicação e transmissão de dados, impondo aos juristas uma reflexão permanente sobre os institutos de direito e a forma como as mudanças os atingem.

Os contratos sempre celebraram interesses econômicos e patrimoniais relevantes para as partes contratantes, mas na atualidade acoplam a esse interesse privado também o interesse de parte da sociedade, que para viver em harmonia e equilíbrio necessita que as pessoas tenham preservadas sua dignidade e condições mínimas de vida, de modo a se conduzirem com normalidade e civilidade, sem pretender se apropriar indevidamente do que não possuem.

Os contratos de seguro, nesta quadra histórica, permitem mais do que uma relação privada entre uma parte contratante e uma seguradora contratada. São, por excelência, o contrato que já nasce social, porque fundado em uma coletividade que se reúne, ainda que não se conheça, para garantir a alguns que recebam um valor capaz de indenizar seus prejuízos quando os riscos cobertos se materializarem.

Essa lógica não funciona integralmente para os seguros de pessoas, mas é indiscutível que o interesse do segurado no momento da contratação também é proteção e garantia, ainda que não necessariamente apenas para si próprio, mas também e principalmente para aqueles a quem destina seu afeto, e que não raro também destina parte substancial de seus rendimentos.

Desse modo, unidos em uma mesma definição, o seguro de danos e o seguro de pessoas demonstram guardar mesmo alguma proximidade quanto ao interesse segurável, marcadamente de ordem social para o seguro de pessoas, ainda que traduzido na patrimonialidade no momento da execução do contrato.

No seguro de pessoas mais do que em outros seguros praticados na atualidade, a função social dos contratos desponta de forma relevante, mostrando às diferentes sociedades em todo o mundo um caminho que viabiliza parte da harmonia e da paz social necessárias para a construção de sociedades justas e livres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTI, Flávio Queiroz. *Interesse. Seguro em favor de outrem. Transferência do interesse segurado nos seguros de danos*. In *Anais do IV Fórum de Direito do Seguro José Sollerio Filho: Contrato de Seguro: Uma Lei para Todos*. S.Paulo: IBDS, 2006.

KARAM, Munir. *O Seguro de Danos e o Código Civil de 2002*. Caderno de Seguros, v. 22, n. 111, R.de Janeiro: Funenseg, março de 2002, p.29-32.

NALIN, Paulo. *Do Contrato Conceito Pós-Moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito do Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*. R.de Janeiro: Forense, 2006.

TARTUCE, Flavio. *Função Social dos Contratos*. S.Paulo: Método, 2007.

VASQUES, José. *Contrato de Seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

**Ponencia 3**  
**EL INTERÉS ASEGURABLE. ESPECIAL MENCIÓN**  
**A LOS SEGUROS DE PERSONAS**

**Eberhard S. Von Lücken G.**<sup>100</sup>

Abogado

Sección Paraguaya de AIDA

SUMARIO

1. Planteamiento general. 2. El interés asegurable. 3. Naturaleza. Seguros sociales o privados. Caso de muerte. Planes. El requisito del examen médico. La Reserva matemática. Exigencia para la actividad por ramos. Planes Prohibidos. Tarifa de prima. 4 Del seguro sobre la vida. Agravaciones de riesgos. Rescisión. Rescisión por parte del asegurado. Casos de liberación del asegurador. Excepciones. Conversión o rescisión por transcurso del tiempo; Derecho a préstamo; Restitución. 5. De los Seguros de Accidentes Personales 6. Del Seguro colectivo; 7. El Seguro de Sepelio. 8. Seguro de Vida Previsional.

**1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

El Código Civil Paraguayo, al seguro, define: *Por el contrato de seguro el asegurador se obliga mediante una prima, a indemnizar el daño causado por un acontecimiento incierto, o a suministrar una prestación al producirse un evento relacionado con la vida humana. Puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la Ley. (Art. 1546)*

Remitiéndonos a la definición que marca la ley N° 827/96 de Seguros que regula el sistema de supervisión de esta actividad tenemos que la define como: *Toda transacción comercial, basada en convenio o contrato por el cual una*

---

<sup>100</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Estudios de Post Grado: de Gestión Financiera en la Escuela de Administración de Negocios (EDAN). Gestión Presupuestaria Pública en el Rectorado de la Universidad Nacional. Diplomado Internacional sobre Los nuevos desafíos del Estado de Derecho, organizado por el CEDEP, con la participación e integración de la Universidad de Heidelberg. California Western School of Law /San Diego. Universidad de Chile/Facultad de Derecho/Centro de Estudios de la Justicia. Ha sido Juez de Paz en lo Criminal de la Ciudad de Luque, Jefe de División y es actualmente Intendente de Asuntos Legales, de la Superintendencia de Seguros del Paraguay. Asistente a varios Congresos, Seminarios y Talleres de trabajo en materias de Derecho de Seguros, Derecho de la Empresa y Derecho Bancario.

*parte denominada asegurador o fiador se obliga a indemnizar a otra parte denominada tomador o asegurado, o a una tercera persona denominada beneficiario, por daño, perjuicio o pérdida causada por algún azar, accidente, o peligro especificado o indicado a la persona, intereses o bienes de la segunda parte contratante, su beneficiario, su cesionario, su causahabiente o similar, a cambio del pago de una suma estipulada.*

Partiendo de estas definiciones y dentro de la estructura orgánica y dinámica de la operativa aseguradora en el mundo, veremos que convergen a precautelar un interés indicado en la persona, intereses o bienes, ya sea propio o de terceros. Es importante que el interés asegurable se halle especificado e individualizado en la póliza, pues en el universo de los bienes que pudieren ser factibles de cobertura estará concomitante el interés de quien pudiera verse afectado por algún azar o evento o peligro de que ello ocurra, pues de acuerdo a la evaluación objetiva que se haga de ella podrá determinarse el alcance de cobertura su extensión, así como de los casos en que estarán exentos de dicha cobertura.

El evento debe ser no deseado, pues partiendo de la base de que el seguro es de carácter eminentemente indemnizatorio debe evitarse toda transacción donde no se determinen las cargas del asegurado con efectos de lograr de su parte el mayor cuidado de que el objeto del seguro no se halle librada a la voluntad del asegurado o beneficiario, es decir el mismo debe poner el cuidado y diligencia de un buen administrador con fines de garantizar la buena fe puesta no solo por parte del asegurado en que su riesgo o interés estará cubierto así como del asegurador de que la cosa objeto o persona asegurada pondrá el mejor empeño con fines de evitar el evento no deseado.

Todas estas expresiones toman fuerza principal en cuanto al seguro patrimonial, pues nos encontraremos con variables bien sustanciales en cuanto hablemos de cobertura de interés que afecta a la persona en sí.

El Riesgo es un elemento sustancial de todo contrato de seguro, pues aunque ella resulte aleatoria, el riesgo debe ser posible o real. Por ello es que se hable de no cobertura o no seguro cuando nos hallamos ante la situación de que a la hora de la celebración del contrato el siniestro se hubiere producido o desaparecido el riesgo.

## **2. EL INTERÉS ASEGURABLE**

Si aceptamos que la causa del contrato de seguros, en un sentido objetivo, es la eliminación de un riesgo del asegurado mediante la promesa por parte del asegurador de la prestación del servicio a cambio de que el asegurado le pague la prima, es evidente que la prestación es parte de la causa como medio de compensación del perjuicio sufrido en el interés del asegurado en los seguros de no vida.

¿Podemos decir lo mismo por lo que a los seguros de vida se refiere?

Para responder a esta pregunta se dirige a determinar cual es el interés que pretende asegurar el tomador.

El tomador de un seguro de vida puede pretender una o dos cosas:

- a) Conseguir con la máxima seguridad posible que, en caso de que él fallezca, sus beneficiarios perciban un capital o una renta que los compense de la disminución de ingresos y de la falta de ahorro que produciría su muerte.
- b) Que cuando llegue a la edad de la jubilación tenga unos ingresos que le compensen de los que dejará de percibir como consecuencia de su jubilación.

Su análisis parte de la relación entre la persona y el bien o cosa amenazados por un riesgo lícito.

Partiendo siempre de la base de un interés subjetivo, salvo el de seguros por cuenta de quien corresponda o de riesgo moral, donde habría solamente un interés relativamente objetivo, pues de otro modo sería reprochable analizado desde el carácter puramente indemnizatorio del seguro de daños.

En el seguro de personas el interés, comúnmente, reviste carácter eminentemente afectivo o moral, que no sirve de manera estricta o no resultan simétricos la medida de la prestación, emergente claro está de la calidad de la persona respecto de la cosa (hablemos de propietario, acreedor hipotecario, locador o usufructuario)

El interés entre la persona o cosa como relación económica no guarda necesidad como medida estricta, sino la posibilidad de que exista incidencia de un daño en la cosa o peligro de que ella ocurra y esta incida en el patrimonio del asegurable; lo cual lo sitúa no como el objeto sino como presupuesto del seguro.

La cosa que no es el objeto entra a configurar las distintas relaciones que la afectan, que son múltiples y tienen características individuales. No se habla ni existen intereses eventuales, sino que estos deben estar determinados, pudiendo consistir en un bien o como en un derecho a todo el patrimonio

El seguro de personas comprende las distintas modalidades del seguro de vida, invalidez, salud y accidentes. Entra hoy día a tallar de manera interesante el seguro de sepelio, de salud en la modalidad prepaga y el de dependencia. El seguro típico de personas lo hallamos cuando el capital o renta que el asegurador debe abonar se calculan sobre la duración de la vida humana. Mientras como contrapartida en el seguro de daños estamos en la situación donde el bien protegido se trata de un interés económico de carácter lícito basado en el interés material inerte de la relación.

El hombre ha ideado diferentes medios de protección a las eventualidades de la vida y esta ha ido progresando hasta que conocemos hoy el instituto del seguro que cumple la finalidad de reunir los medios suficientes que constituyen hoy día el respaldo económico que organizado a través de reservas y previsiones y partiendo de un capital se destinan a resguardar los intereses en juego sean estas individuales, grupales o sociales. Afecten estos a intereses personales o patrimoniales para garantizar la subsistencia de estos.

Así podemos ver que el seguro de vida y el ahorro tienen un punto en común, que consiste en la exigencia de la formación de una reserva fruto del sacrificio del particular/asegurado; pero sin embargo difieren en que el ahorro requiere un lapso prolongado que puede ser interrumpido con la muerte, mientras que en el seguro se cubre de dicha contingencia quedando asegurado un monto especificado del capital.

### **3. NATURALEZA**

En los seguros de personas si bien guarda similitud con el seguro patrimonial existen diferencias principalmente en razón de que en el seguro patrimonial el evento/siniestro puede o no producirse, sin embargo en el seguro de personas con el transcurso del tiempo la probabilidad aumenta, y si la cobertura va por toda la vida de la persona entonces es absolutamente cierto.

En el seguro de salud, el caso de invalidez no sigue el mismo camino sin embargo mantiene cierta similitud ya que el riesgo asegurado aumenta con el tiempo.

En los seguros de vida y en algunos de enfermedad entonces veremos que la misma se extiende a toda la existencia humana o a un periodo extenso de esta.

Otra cuestión fundamental en estos grupos tradicionales es que en los seguros patrimoniales se pagara conforme a lo convenido sobre la base de un capital preestablecido y la indemnización se pagará según el daño sufrido.

En los seguros de vida se abonará un capital o renta convenido en el contrato, con prescindencia del valor real de la vida del sujeto asegurado, con lo cual reviste un carácter previsional no indemnizatorio.

#### **3.1 Seguros sociales o privados**

- *Sociales*. Tenemos al estado como su principal promotor; siendo su característica el de ser obligatorio, en su gran mayoría financiados por el mismo Estado y nacidas en base a una ley, y las reglamentaciones que en virtud de aquella se originan.

- *Privados*. Llamados comerciales o particulares y según el riesgo que ellos cubren tenemos los Seguros para el caso de vida o seguros para el caso de muerte.
- *Vida*. Tienen por objeto la entrega de un capital siempre que el asegurado llegue con vida al término de un periodo establecido, o el pago de una renta o pensión periódica mientras viva.
- *Caso de muerte*, los beneficios del contrato se hacen efectivos al fallecimiento del asegurado.
- *Mixtos*. Son una combinación de los seguros de vida y muerte, y el capital es pagadero a los beneficiarios al fallecer el asegurado si acaece antes de finalizar el periodo estipulado, o bien al mismo asegurado al término de dicho periodo si llega con vida.

Luego también se tiene de acuerdo al número de personas que se hallan al amparo de la póliza se tendrán los seguros individuales o seguros colectivos.

Si llegara a adicionarse otras cláusulas entonces estas pasarán a formar parte del principal que en base a los planes que contengan darán un carácter especial a cada contrato.

### **3.2 Caso de muerte. Planes**

Podemos estar frente a los casos de: *a prima única*, la que es pagada al emitirse la póliza y de una sola vez; y los *ordinarios o primas periódicas*, las que se pagan al comienzo de cada periodo que pueden ser trimestrales o semestrales durante un plazo que puede contemplar toda la vida del asegurado; o bien de vida entera a pagos limitados, que se pagan mientras el asegurado viva, durante un número determinado de años o bien hasta alcanzar una edad, manteniendo el contrato su vigor hasta tanto se produzca el fallecimiento del mismo, y es cuando el asegurador debe abonar la suma estipulada a favor de los beneficiarios.

### **3.3 Seguros temporarios o a término**

Cubren el riesgo de muerte durante uno o más años pagándose la prima total o periódicamente; así también como seguros que cubren un capital variable, el que de ser creciente cubre riesgos anormales, decreciente a medida que corre la vigencia del contrato, a través de una escala preestablecida, ejemplos lo casos que cubren los saldos de capital adeudado que decrece a medida que esta se va honrando. En los seguros personales igualmente se identifican los casos de sobrevivencia a un plazo fijado.

- a) *Capitales diferidos o dotales puros* que estipula la entrega de un capital al vencimiento de un plazo dado. En este caso no se exige el examen médico, pues la muerte del asegurado beneficia al asegurador.
- b) *Rentas vitalicias*, en el cual el asegurador se obliga a pagar periódicamente al asegurado una suma determinada en el contrato, mientras vive.

A su vez en las rentas vitalicias se distinguen:

- *Ordinaria*: por vida del asegurado
- *Temporaria*: por un plazo estipulado
- *Diferida*: después de un determinado número de años
- *Garantizada*: o en el caso de que el asegurado fallezca antes de determinado tiempo las rentas se entregan a sus derechohabientes

*Igualmente como se ha hablado en los seguros Mixtos*: la suma asegurada se abona a los derechohabientes o beneficiarios instituidos en caso de fallecimiento del asegurado, o al propio asegurado si éste llega con vida al vencimiento del contrato. Como vemos se trata de un seguro temporario de muerte por el plazo del seguro, combinado con un capital diferido, y vence al cabo del plazo estipulado. Se denomina también a este tipo de operativa “seguro dotal”.

*Seguros Mixtos o Dotales, casos*:

1. Ha determinado número de años; donde el asegurado cobre el capital transcurrido el término. Ej. 10 a 30 años).
2. Con vencimiento a cierta edad, cuando el asegurado alcanza dicho término.
3. Dotal a doble capital, garantiza la suma asegurada en caso de fallecimiento, e igual suma si llega con vida al vencimiento del plazo. Llegado el término el asegurado cobra el capital y deja de pagar la prima, y sin embargo sigue cubierto y a su deceso el beneficiario cobra el capital estipulado. Nos encontramos con dos seguros el ordinario de vida y pagos limitados, y el del capital diferido.
4. Dotal a término fijo, con el cual se paga la suma asegurada al vencimiento del plazo, aunque el asegurado fallezca antes de dicho plazo.

También se tiene la modalidad denominada “con resultados múltiples”, adicionándose al plan otras opciones y el asegurado le guarda el derecho de optar por una de ellas el vencimiento del plazo, como ser percibir parte del capital y el resto como prima de un seguro nuevo, entre otras.

Como se tiene analizado según la póliza ampare a una o varias personas contamos con los seguros individuales o colectivos.

En los seguros también encontramos diferencias en tanto carecen de valor de rescate, préstamos, coberturas médico asistenciales y otros, que si tienen los seguros individuales.



Entre las características de los seguros colectivos podemos ver:

- a) generalmente se contrata sin revisión médica;
- b) no se limita la edad para su incorporación;
- c) no se emiten pólizas individuales, sino certificados;
- d) la prima es reducida y su pago lo realiza el tomador en forma periódica;
- e) no se constituye reserva matemática porque son de plazo breve y de ahí que la prima es nivelada dentro del grupo, y
- f) requiere de un número considerado de asegurados para constituir el grupo y posibilitar la compensación.

### **3.4 El requisito del examen médico**

La buena salud de la persona a asegurar es un elemento vital en los seguros de personas; pues garantiza la normalidad del riesgo que se propone cubrir, cual es la supervivencia.

Tanto es así que se subordina la vigencia del contrato a la buena salud del tomador. Sin embargo no en todos los casos veremos que se cumpla este requisito, lo cual conlleva el común acuerdo entre asegurado y asegurador.

El supuesto de la buena salud del asegurado surge en los seguros colectivos sobre la hipótesis de que estando en actividad el grupo, presume la buena salud del asegurado, y otra cuestión es que se torna costoso los aranceles médicos atendiendo a los casos de coberturas de sumas reducidas.

Otros de los factores que inciden a dejar de lado el examen médico se tratan de casos que exigen celeridad por motivos particulares casos de viajes etc. En estos casos la práctica es declarar su estado de salud en base a un formulario que prepara el mismo asegurador.

En los seguros colectivos no obstante y mas cuando se trata de grupos reducidos se exigen el cumplimiento de la formalidad del examen medico, o bien cuando se incorporan nuevos integrantes del grupo.

Los cuestionarios, por lo general son minuciosos y el proponente debe limitarse a responderlos, sin entrar a juzgar sobre su valor.

No siempre se responde con precisión estas preguntas, y también hay casos en que no se dice la verdad. No obstante debe entenderse que las consecuencias no siempre son las mismas, ya que dependen de la influencia que tenga en el contrato la respuesta que no se halle adecuada.

En general, la indicación falsa o errada de la edad o la profesión no afecta la validez del contrato siempre que el riesgo se halle amparado en los planes de cobertura. A ese efecto el Código Civil Paraguayo expresa: La denuncia inexacta de la edad sólo autoriza la rescisión por el asegurador cuando la

verdadera edad exceda los límites establecidos en su práctica comercial para asumir el riesgo.

Cuando la edad sea menor que la denunciada, el asegurador restituirá la reserva matemática constituida con el excedente de prima pagada y reajustará las primas futuras.

El peligro que ofrece la simple declaración del asegurado constituye la reticencia o falsa declaración en que pueden incurrir hasta de buena fe inclusive, pues como lego desconoce en la mayoría de los casos los efectos que ello conlleva al perjudicar la validez del contrato por anulabilidad.

En efecto el art. 1549 del Código Civil paraguayo dispone: *toda declaración falsa, omisión o reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace anulable el contrato. El asegurado debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la falsedad, omisión o reticencia.*

Art. 1551. *En los seguros de vida, cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase dentro de los tres meses después de ocurrido el siniestro, la prestación debida se reducirá si el contrato fuese reajutable a juicio de peritos y se había celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador.*

Es decir en los seguros de vida tiene una connotación especial pues admite el reajuste en casos de buena fe, siempre y cuando el asegurador lo reclame dentro de los tres meses de ocurrido el siniestro.

Art. 1552. *Si la reticencia fuese dolosa o de mala fe, el asegurador tiene derecho a las primas de los periodos transcurridos y del periodo en cuyo transcurso invoque reticencia o falsa declaración.*

Art. 1544. *En todos los casos, si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar el contrato, el asegurador no adeuda prestación alguna, salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de vida.*

### **3.5 La reserva matemática**

En el seguro individual se constituye un seguro de prima nivelada, por la cual el asegurado paga una prima uniforme durante toda su vida.

En el seguro de vida colectivo sin embargo la característica es diferente pues el asegurado abona la prima que corresponde al grupo de acuerdo a su edad. El monto que se abona juega en razón al incremento de la edad de las personas comprendidas en el grupo.

Las primas o la parte que corresponde a ellas, son reservadas para aplicar a ejercicios futuros y tienen gran importancia en el seguro de vida plurianual, y mantienen una relación constante con la cartera de riesgos de la rama.

En estos seguros, la prima anual está compuesta, básicamente, por una prima de riesgo (para aplicar al riesgo corriente) y otra llamada “de ahorro”, la cual, convenientemente invertida, constituye la reserva que se utilizará para compensar la relación degradante que se produce, con el transcurso del tiempo, entre la prima fija plurianual y el agravamiento vegetativo del riesgo de muerte.

La reserva matemática está, así, compuesta por las primas destinadas a pagar riesgos futuros, que son impuestas por la necesidad matemática de obtener una prima nivelada en los seguros plurianuales sobre la vida. Es adquirida por el asegurador íntegramente, y representa una garantía colectiva para el conjunto de los asegurados, y no para éstos individualmente aún que en el supuesto de liquidación de la empresa se agota retornándola a los asegurados.

### **3.6 Exigencia para la actividad por ramos**

En el ordenamiento jurídico paraguayo encontramos que la Ley N° 827/96 de Seguros divide a la actividad aseguradora en dos ramos es decir:

- 1) Ramos Elementales o Patrimoniales
- 2) Ramo Vida

Y así estos a su vez se dividen en secciones de acuerdo a la homogeneidad de los riesgos en cada ramo.

Partiendo de la exigencia de capitales para la habilitación como empresa se requiere de 500.000 \$ por cada ramo y 2.500.000.-

Los planes y elementos técnicos contractuales deben estar previamente registrados, salvo los de cláusulas de riesgos muy específicos que pueden ser registrados luego de su emisión.

Así entonces en su artículo 11 del mismo cuerpo legal ya citado los planes de seguro además de los elementos que requiere la Autoridad de Control de acuerdo a las características de cada uno de ellos deben contener.

- a) El texto de la propuesta de seguro y el de la póliza; y,
- b) Las primas y sus fundamentos técnicos para la rama vida.

Luego el art. 12 establece. *Reglas especiales para la rama vida*. Los planes de seguros de la rama vida contendrán además:

- a) El texto de los cuestionarios a utilizarse;
- b) Los principios y las bases técnicas para el cálculo de las primas y de las reservas puras, debiendo indicarse cuando se trate de seguros con participación en las utilidades de la rama o con fondos de acumulación, los derechos que se concedan a los asegurados, los justificativos del plan y el procedimiento a utilizarse en la formación de dicho fondo;
- c) Las bases para el cálculo de los valores de rescate de los seguros saldados y de los préstamos a los asegurados; y,
- d) Las utilidades de los seguros de la rama vida con participación se determinarán y pagarán anualmente, pudiendo también ser imputadas a primas futuras o acreditadas en una cuenta que gozará de un interés del mercado aplicadas al otorgamiento de beneficios adicionales.

### 3.7 Planes prohibidos

En la normativa paraguaya además se establecen prohibiciones que van dirigidas a evitar:

- a) los planes denominados tontinarios, de derrama y los que incluyen sorteos; y,
- b) la cobertura de riesgos provenientes de operaciones de crédito financiero puro.

Como nuestro tema aborda el interés asegurable entonces se impone analizar estas prohibiciones dirigidas conforme al interés que ellas podrían cubrir; y así diremos:

**Tontinarios.** Operación de lucro que consiste en poner un fondo entre varias personas para repartirlo en una época dada, con sus intereses, solamente entre los asociados que han sobrevivido y siguen perteneciendo a la agrupación.

**Derrama.** Es la participación económica de los mutualistas y cooperativistas en el resultado final de cada ejercicio de la entidad a que pertenecen. Si esta participación tiene carácter de reintegro al mutualista de la cantidad percibida por su mutua en exceso la derrama se llama activa. ('retorno' en las cooperativas) Por el contrario si consiste en una aportación suplementaria que el mutualista tenga que realizar si se hubiera producido insuficiencia, se denomina derrama pasiva.

**Sorteo.** Acción de someter a personas o cosas el resultado de los medios fortuitos o casuales que se emplean para fiar a la suerte una resolución.

**Crédito.** Derecho que se tiene a recibir de otro alguna cosa, normalmente dinero. Es sinónimo de abono en terminología contable.

**Financiero.** Sistemas y medios de pagos que se utilizan para la realización de un proyecto financiero. La ley tiene por objeto evitar que se cubran simples moras en el pago de las obligaciones asumidas. Es posición del ponente que los financiamientos si pueden ser objeto de coberturas por hechos aleatorios no deseados que provengan de situaciones de moras no queridas o deseadas por hechos ajenos a la voluntad del deudor. Ej. Pérdidas o depreciación de bienes empleados en la producción por roturas o perdidas ocasionadas por la naturaleza o valor intrínseco de los medios empleados en la producción económica.

Pues bien como se verá lo que la ley evita con esta prohibición es la cobertura por la simple mora donde intervenga la voluntad del asegurable. Por cuanto contiene argumentos de carácter moral que con fines de evitar la intervención de elementos no deseados en la cobertura de los riesgos asumidos.

### **3.8 Tarifas de prima**

Otras de las modificaciones que ha sufrido el derecho paraguayo es que las tarifas anteriormente se hallaban reguladas y fiscalizadas de manera exclusiva en base a parámetros pre-establecidos por la Superintendencia de Bancos, hasta que emerge la ley N° 827/96 de Seguros, que crea la Superintendencia de Seguros Dependiente del Banco Central del Paraguay – pero con autonomía funcional y administrativa- y establece:

*Art. 15°. Tarifas de prima: Los aseguradores establecerán libremente las tarifas de primas que le resulten suficientes para cumplir con las obligaciones que asuman y su necesaria capacitación económica financiera.*

*La autoridad de control observará las primas que resulten insuficientes, abusivas o arbitrariamente discriminatorias.*

*Únicamente por resolución fundada, la autoridad de control podrá establecer primas mínimas uniformes netas de comisiones cuando se halle afectada la estabilidad del mercado.*

Siguiendo el esquema del seguro en paraguay el Código Civil trata el tema del Seguro de Personas en la Sección III del Capítulo XXIV.

## **4. DEL SEGURO SOBRE LA VIDA**

*El seguro puede celebrarse sobre la vida del contratante o de un tercero.*

*Los menores de edad mayores de diez y ocho años tienen capacidad de contratar un seguro sobre su propia vida sólo si designan beneficiarios a sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos que se hallen a su cargo. Si*

*cubre el caso de muerte, se requerirá el consentimiento por escrito del tercero de su representante legal, si fuera incapaz. Es prohibido el seguro para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de catorce años.*

A estos efectos diremos que la autorización por escrito del tomador debe ser expresa sobre el riesgo asumido por la aseguradora pues como se verá es común observar que hoy día la aplicación de un peculiar sistema de aceptación tácita en la colocación del producto de este tipo de seguros que se colocan a través de tarjetas de créditos, u otros medios, quienes al adherirse a dicho sistema de modo general asumen que se adhieren a los servicios que la administradora de tarjetas contraten con el seguro.

En ese menester es posición de esta ponencia, que para la cobertura de casos de muerte debe quedar expresamente autorizada por el tomador para cada caso en particular; en este caso la administradora de tarjetas, bancos o financieras, deben contar con una autorización expresa para dicha contratación.

No puede ni debe surtir efectos las ofertas dirigidas al asegurado donde se le otorgan plazos donde su silencio deba ser asumido como consentimiento de ellas; pues *para este tipo de coberturas debe tomarse el silencio del asegurable como negativa a la misma.*

En suma cada contrato que se celebre para la cobertura de casos de muerte debe contar con el consentimiento por escrito del asegurado. Debiendo rechazarse cualquier sistema que implique aceptación en general de cláusulas que indiquen toma de conocimientos o asumir que una administradora pueda realizar este tipo de actos de modo general.

En el caso de prohibiciones expresas de la ley ellas toman estado de orden público como se verá en el caso de los menores de catorce años, pues tal prohibición no puede ser alterada ni tan siquiera con consentimiento de parte, pues a los efectos legales tal asentimiento carece de validez y resulta nula por expresa disposición normativa que establece la nulidad de los actos celebrados contra la prohibición expresa de la ley. Ellas están afectadas de nulidad insanable; aunque la nulidad no haya sido declarada.

Resulta llamativa la contradicción que presenta la propia norma cuando dice: Si cubre el caso de muerte, se requerirá el consentimiento por escrito del tercero, “o de su representante legal, si fuere incapaz”. A punto seguido dice: Es prohibido el seguro para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de catorce años.

Por cuanto la acepción de representantes de incapaces, estaremos para los casos de personas ausentes o de capacidad relativa atento a la edad, no así de los interdictos y de los menores de 14 años.

#### 4.1 Agravaciones de riesgos. Rescisión

Sólo se debe denunciar la agravación de riesgo que obedezca a motivos específicamente previstos en el contrato. Los cambios de profesión o de actividad del asegurado *autorizan la rescisión* cuando agravan el riesgo de modo tal que, de existir a la celebración este riesgo agravado, el asegurador no habría concluido el contrato. Si de haber existido ese cambio al tiempo de la celebración el asegurador hubiere concluido el contrato con una prima mayor, la suma asegurada se reducirá en proporción a la prima pagada.

#### 4.2 Rescisión por parte del asegurado

El asegurado puede rescindir el contrato sin limitación alguna después del primer periodo de seguro. El contrato se juzgará rescindido si no se paga la prima en los términos convenidos. Se destaca que el tercero beneficiario a título oneroso, se halla facultado para pagar la prima.

#### 4.3 Casos de liberación del asegurador. Excepciones

El asegurador queda liberado de pagar la suma asegurada, cuando el asegurado se ha dado voluntariamente la muerte, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente durante tres años. Si el suicidio se produjo por circunstancias que excluyan la voluntad, el asegurador no se libera.

La prueba del suicidio incumbe al asegurador. La del estado mental de aquel, corresponde al beneficiario. En el seguro de vida de un tercero: el asegurador se libera si la muerte ha sido deliberadamente provocada por un acto ilícito del contratante. Ejemplo de ello pudiera ser en actos de empresa criminal u otros, que pudieran derivar por legítima defensa del que haya infligido su muerte.

Pierde todo derecho a su vez el beneficiario que provoca deliberadamente la muerte del asegurado con un acto ilícito. También se prevé la liberación del asegurador por efectos de aplicación de penas de muerte.

#### 4.4 Conversión o rescisión por transcurso del tiempo

Transcurrido tres años desde la celebración del contrato y estando el asegurado al día en el pago de las primas, podrá en cualquier momento exigir. De acuerdo con los planes técnicos aprobados por la autoridad de contralor que se insertarán en la póliza:

- a) la **conversión** del seguro en otro saldado por una suma reducida o de plazo menor; y
- b) la **rescisión** con el pago de una suma determinada.

Asimismo en caso de darse las condiciones precedentes, cuando el asegurado interrumpa el pago de las primas sin manifestar opción entre las soluciones consignadas, dentro de un mes de interpelado por el asegurador, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida.

Cuando el asegurador se libera por cualquier causa después de transcurridos tres años, no adeudará prestación alguna, salvo el valor de rescate.

#### **4.5 Derecho a préstamo**

Estando al día en el pago de las primas el asegurado tiene derecho a un préstamo cuyo monto resultará de la póliza después de transcurridos tres años desde la celebración del contrato. Se calculará según la reserva correspondiente al contrato, de acuerdo a los planes técnicos del asegurador, aprobados por la autoridad de contralor. Se puede pactar que el préstamo se acordará automáticamente para pago de las primas no abonadas en término.

#### **4.6 Restitución**

No obstante la reducción previstas, el asegurado puede en cualquier momento, restituir el contrato a sus términos originarios con el pago de las primas correspondientes al plazo en el que rigió la reducción, con sus intereses al tipo aprobado por la autoridad de contralor, de acuerdo con la naturaleza técnica del plan y en las condiciones que determine.

*A). Del Seguro de Vida en beneficio de Terceros. (Arts. 1678 y ss, C.C.P.)*

Se puede pactar que el capital o renta que debe pagarse en caso de muerte, se abone a un tercero sobreviviente, determinado o determinable al momento del evento.

El tercero adquiere un derecho propio al tiempo de producirse el evento. Cuando su designación sea a título oneroso, podrá fijarse un momento anterior. Excepto el caso en que la designación sea a título oneroso el contratante puede revocarla libremente aunque se haya hecho en el contrato. Los herederos legítimos del asegurado tienen derecho a la colación o reducción por el monto de las primas pagadas.

Cuando se han designado varias personas sin indicarse cuota parte, se entiende que el beneficio es por partes iguales. Cuando se designe a los hijos, se entiende los concebidos y los sobrevivientes al tiempo de transcurrido el evento previsto. Cuando se designe a los herederos, se entiende a los que por ley suceden al asegurado, si no hubiere testamento; habiéndolo, se tendrá por designados a los herederos instituidos. Si no se fija cuota parte el beneficio se distribuirá conforme a las cuotas hereditarias.



La designación de beneficiario se hará por escrito sin formalidad determinada, aún cuando la póliza indique o exija una forma especial. Es válida aunque se notifique al asegurador después del evento previsto.

La quiebra o el concurso del asegurado no afectan el contrato de seguro. Los acreedores sólo pueden hacer valer sus acciones sobre el crédito por rescate ejercido por el concursado o sobre el capital que deba percibir si se produjo el evento previsto.

## **5. DE LOS SEGUROS DE ACCIDENTES PERSONALES**

En este tipo de seguros resultan aplicables en lo pertinente las disposiciones referentes al seguro sobre la vida. En cuanto le sea posible, el asegurado debe impedir o reducir las consecuencias del siniestro, y observar las instrucciones del asegurador al respecto, siendo ellas razonables. El asegurador se libera si el asegurado o beneficiario provoca el accidente dolosamente, o por culpa grave, o sufre en empresa criminal.

## **6. DEL SEGURO COLECTIVO**

En el caso de contratación de seguro colectivo sobre la vida, o de accidentes personales, en interés exclusivo de los integrantes del grupo, éstos o sus beneficiarios tienen un derecho propio contra el asegurador desde que ocurra el hecho previsto. El contrato fijará las condiciones de incorporación al grupo asegurado, que se producirá cuando aquellas se cumplan. Si se exige examen médico previo, la incorporación queda subordinada al cumplimiento de este requisito. Este se efectuará por el asegurador dentro de los quince días de la respectiva comunicación.

Quienes dejan de pertenecer al grupo asegurado, quedan excluidos del seguro desde ese momento, salvo pacto en contrario. El contratante del seguro colectivo puede ser beneficiario del mismo, si integra el grupo y por los accidentes que sufra personalmente. También puede ser beneficiario el contratante cuando tiene un interés económico lícito respecto de la vida o salud de los integrantes del grupo, en la medida del perjuicio concreto.

## **7. EL SEGURO DE SEPELIO**

Constituía uno de los objetivos de los colegios y las mutuales formados en la época de la república romana. Junto con las provisiones destinadas a la asistencia de las viudas, el seguro de sepelio fue una de las actividades sociales de importancia que configuraron los antecedentes mutuales del seguro moderno.

Esta actividad fue tecnicándose financieramente, hasta el punto de que las empresas ofrecían sus servicios con un costo fijo y periódico cualquiera que fuese la fecha del fallecimiento del beneficiario.

El acercamiento de esta actividad a la técnica aseguradora y el hecho de tratarse de una operatoria asimilable al seguro llevaron a la constitución de empresas de seguros con el objeto específico de solventar los gastos de sepelio tomando como riesgo la muerte del individuo. Opera con el sistema de seguro colectivo, y tiene como objeto el pago del importe que demanda el servicio de sepelio del asegurado fallecido, hasta el límite de la suma individual asegurada.

En Paraguay este tipo de actividad en la actualidad no se halla supervisada, encontrándonos que por ejemplo en la Argentina la proliferación de seguros de sepelio el 2/12/66 se dictó la ley 17.051 que dispuso incluir entre las alcanzadas por las disposiciones del régimen legal de la Superintendencia de Seguros, en vista a su naturaleza aseguradora.

Esta ley responsabiliza, solidaria e ilimitadamente a los representantes legales, administradores y directores de las entidades, ante los asegurados y adherentes y ante toda persona con quien hayan contratado, por los perjuicios que puedan derivar en las operaciones realizadas al margen legal de la Superintendencia de Seguros.

## 7.1 Naturaleza jurídica

Por la estructura técnica empleada **es la propia de los seguros de vida**, y como tal la interpretación del negocio jurídico se enmarca a esta circunstancia, y como consecuencia de ello le son aplicables las normas relativas al seguro de vida, aunque por el hecho de tener un destino de indemnidad patrimonial se ha discutido acerca de su naturaleza jurídica.

## 7.2 Seguro de Retiro

Por su esquema operativo tiene como negocio final la renta vitalicia, y como negocio central un seguro de vida que rige las condiciones básicas del ahorro y la renta. Con el aporte de cuotas de ahorro se forma el capital, con el cual en el futuro le proveerá el pago periódico de una renta vitalicia o su liquidación en forma de rentas de rentas vitalicias. Se sustenta en base a las tablas de mortalidad utilizados en los seguros de vida con el cual el asegurador toma a su cargo el alea de la duración de la renta. Es en esto donde reside el negocio asegurativo, que puede ser encasillado entre los seguros de personas por sus características técnicas. Este seguro constituye así una operatoria provisional sustentada técnicamente en una relación de renta vitalicia.

## **8. SEGURO DE VIDA PREVISIONAL**

En nuestro país este sistema se halla principalmente a cargo del Estado, es así que se tiene al Instituto de Previsión social, que nuclea a todos a los empleados del Sector privado y por leyes especiales van incluyendo a otros sectores de la sociedad.

El sector bancario tiene su propio sistema jubilatorio a través de la CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS, hoy supervisado por la Superintendencia de Bancos; la Superintendencia de Seguros y la Contraloría General de la República, por emerger el sistema de una ley que crea la C.J.PE.B.

En el sistema privado las empresas previsionales hoy no se hallan sujetos al control de la Superintendencia de Seguros, como operativa asimilable al seguro. Lo cual pueden ser incluidos vía reglamentación. Lo que amerita su atención.

Estos seguros a tenor de lo expuesto deben ser contratados con empresas que limiten su objeto exclusivamente al ramo vida y estén autorizados por la Superintendencia de Seguros.

La característica de este tipo de operativas la ubica como un seguro colectivo de invalidez y fallecimiento, en el cual están incluidos como asegurados todos los afiliados activos de la administradora del fondo jubilatorio.

Como naturaleza jurídica debemos ubicarlos en el ramo de seguro de personas en el marco del seguro de vida previsional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Código Civil Paraguayo

El Contrato de Seguro. Comentarios y Jurisprudencia. Gustavo Alexi Osorio González.

El contrato de Seguro de Personas. Doctrina Jurisprudencia sintetizada. Orlando H. Alfano - Ad Hoc

Seguros de Vida. Meilij. Ediciones Depalma

Los Contratos de Seguro de Vida. Jordi Carbonell Puig. Edic. BOSCH

**Ponencia 4**  
**EL INTERÉS ASEGURABLE. SU RELEVANCIA EN EL SEGURO**

**Oswaldo Contreras Strauch**  
Sección Chilena de AIDA  
Presidente del CILA  
Profesor de Derecho Comercial (UDP)

SUMARIO

1. Finalidades de este trabajo. Concepto del interés asegurable. 2. Diferencias existentes en la legislación comparada. 3. Las diferencias son más aparentes que reales. 4. Naturaleza del interés asegurable en general y en los distintos tipos de seguros. 5. Particularidades del interés asegurable en los seguros de daños y en los de personas. 6 Oportunidad en que debe existir el interés. 7. Efectos que acarrea la falta del interés. 8. Titular del derecho a alegar la falta de interés asegurable. 9. Emisión de pólizas de seguro de vida a personas que no tienen interés en la vida del asegurado y el rol del consentimiento. 10. Propuesta de regulación del interés asegurable en los seguros de daños y de personas. 11. Decaimiento, concurrencia y traspaso del interés. 12. Conclusiones.

**1. FINALIDADES DE ESTE TRABAJO. CONCEPTO DEL INTERÉS ASEGURABLE**

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar el interés asegurable como elemento del contrato de seguro, analizar el tratamiento que se da a la noción del interés en las diferentes legislaciones y concluir con una selección de las que constituyen, a nuestro juicio, las mejores ideas que surgen de dicho estudio, con el objeto de concluir en una proposición concreta de normas que tengan por objeto regularlo.

Este trabajo fue realizado con el propósito original, de servir de base para la discusión del tema por el grupo de trabajo que se encontraba elaborando un anteproyecto de nueva ley sobre contrato de seguro en Chile, aún en trámite, pero pensamos que puede servir a los efectos de contribuir al debate sobre el tema, en el marco del X Congreso del CILA.

El interés asegurable, denominado en algunos países interés asegurado<sup>101</sup>, constituye a la fecha en nuestro derecho uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, de modo que la falta de dicho interés esta sancionada con la nulidad absoluta. Podría definírsele como la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito y susceptible de valoración económica<sup>102</sup> y que constituye al asegurado en interesado en la conservación del objeto asegurado, o, en otros términos, en que no se produzca un siniestro que lo afecte.

Para Picard y Besson, se entiende por interés asegurable aquel que tiene el asegurado o el beneficiario en la no realización del riesgo o dicho de otro modo la relación económica entre esta persona y la cosa asegurada, el valor patrimonial que puede perderse para el asegurado o el beneficiario en caso de siniestro<sup>103</sup>.

Se destaca en la doctrina, que el interés tiene carácter subjetivo toda vez que forzosamente el interés pertenece o existe en *alguien* en particular; un interés puramente objetivo es incongruente con la naturaleza del seguro, y supone la indiferencia respecto de la persona del titular, lo que posibilitaría el enriquecimiento del asegurado, concepción que resulta repugnante a la función estrictamente indemnizatoria del seguro, y desconoce la importancia del “riesgo moral”. Se destacan como casos de excepción relativa de esta concepción, el del seguro por cuenta de quien corresponda, y la hipótesis en que se admitiera la transmisión automática del seguro al comprador de la cosa asegurada (que, al menos por un corto plazo, admite la mayoría de la doctrina internacional<sup>104</sup>); sin embargo siempre deberá existir el interés al momento del siniestro<sup>105</sup>. Cabe enfatizar que el interés asegurable está directa e inmediatamente relacionado con el elemento del riesgo en el contrato de seguro.

En efecto y desde un punto de vista de la lógica pura, si un objeto no está expuesto a un riesgo no se concibe que haya interés en asegurarlo y de la misma manera si una persona no tiene interés en un objeto, entonces ella no

---

<sup>101</sup> Por ejemplo en España y en Francia

<sup>102</sup> En los seguros de daños. En los de personas, la doctrina no está de acuerdo en que la naturaleza del interés sea exclusivamente económica. Nos referiremos al punto, mas adelante.

<sup>103</sup> Picard y Besson, “Les Assurances Terrestres en Droit Français”, Editorial LDGJ, París, 1950, pags. 34 y siguientes. Cabe señalar que le atribuyen al interés asegurable, junto al riesgo, la prima y la prestación del asegurador, la calidad de elementos esenciales y necesarios en la definición del seguro.

<sup>104</sup> Se trata de un plazo, que permita al asegurador aquilatar al nuevo titular del interés y optar por conservarlo como asegurado o no, y al asegurado para que en este último caso pueda buscar otro asegurador, sin que la cosa asegurada quede al descubierto en el intertanto.

<sup>105</sup> Gustavo Raúl Meilij y Nicolás Héctor Barbato, “Tratado de Derecho de Seguros”, Zeus Editora, Rosario, República Argentina, 1975, pags 51 y sigs.

va a estar expuesta al riesgo de experimentar pérdida ni necesidad alguna como consecuencias de un siniestro que afecte a dicho objeto. Esta relación íntima entre el riesgo y el interés asegurable acarrea la consecuencia de que la falta de interés en una persona sobre un objeto es símbolo y manifestación evidente de que, al menos para dicha persona, no existe riesgo ni, por consecuencia, causa que justifique la contratación del seguro.

Sánchez Calero precisa que “los conceptos de riesgo e interés son diversos, pero relacionados íntimamente entre sí. Es más, riesgos de diversa naturaleza pueden incidir sobre un mismo interés (por ejemplo, el interés del propietario sobre unas mercancías puede verse lesionado por el riesgo de robo o el de incendio)”. Sin embargo, acepta sin reservas la interacción que entre ambos elementos se da, cuando coinciden expresando que “para que un determinado interés sea asegurable es preciso que esté amenazado por un cierto riesgo”.<sup>106</sup>

Por otra parte, la noción del interés sirve para diferenciar al seguro de las relaciones de juego o apuesta, lo que tiene raíces históricas profundas, como lo examinaremos en el número siguiente. En efecto, mediante el seguro se busca, en los seguros de daños, mantener el patrimonio del asegurado y no aumentarlo por efecto del puro azar. “Así, la indemnización no puede superar la medida de ese interés; de otra manera, el seguro daría lugar a enriquecimiento, lo que es contrario a su esencia indemnizatoria<sup>107</sup>”. Por lo tanto, es consecuencia de la aplicación de la noción de interés asegurable, el denominado principio de indemnización, que en nuestro derecho consagra el artículo 517 del Código de Comercio, según el cual el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede dar origen a que el asegurado obtenga de él ganancia alguna. Ninguno de estos conceptos entorpece la posibilidad de que por medio del seguro se cubra también la posibilidad concreta, basada en antecedentes reales, de acrecentar el patrimonio mediante el ejercicio de una actividad, lo que ocurre con las distintas variedades del seguro de lucro cesante, llamado también, en general, seguro de pérdida de beneficios.

En cuanto a los seguros de personas, la noción del interés se desprende de la idea exclusiva del perjuicio económico concreto y se extiende también a las relaciones, afectivas, empresariales y de negocios, profesionales o de otro orden, que presuponen la preocupación del beneficiario, de que el siniestro no ocurra. Abordaremos a continuación, la forma como se trata al interés asegurable en la doctrina internacional.

## **2. DIFERENCIAS EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

En la legislación chilena sobre contrato de seguro, contenida en nuestro Código de Comercio, el interés asegurable es un elemento de la esencia de todo

---

<sup>106</sup> Fernando Sánchez Calero “Ley de Contrato de Seguro”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2ª edición, 2001, pags 438 y sigs.

<sup>107</sup> Meilij y Barbato, Ob. Cit., pag 51.

contrato de seguro, según queda de manifiesto de la lectura del artículo 518 del Código, ubicado en las normas generales aplicables a este contrato, que expresa:

**Art 518.** *Pueden celebrar un seguro todas las personas hábiles para obligarse.*

*Pero de parte del asegurado se requiere, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya en interesado en la conservación del objeto asegurado.*

*El seguro en que falte este interés es nulo y de ningún valor.*<sup>108</sup>

Por su parte, en relación a los seguros de vida, el artículo 569 del mismo Código expresa que *"la vida de una persona puede ser asegurada por ella misma o por un tercero que tenga interés actual y efectivo en su conservación"*.

Por último en relación al seguro marítimo el artículo 1164 del Código establece que *"puede tomar un seguro marítimo toda persona que tenga un interés en la conservación de la cosa asegurada mientras corra los riesgos de una aventura marítima, sea que ese interés afecte directamente a su patrimonio o a determinadas obligaciones suyas, con relación a la cosa asegurada"*.

El inciso segundo de dicho artículo precisa lo que se entiende por interés en una aventura marítima y el artículo 1165 agrega que el asegurado, a diferencia de lo que estatuye el Art 518, debe justificar su interés asegurable *a la época en que ocurra la pérdida o daño* de la cosa asegurada.

Cabe tener presente que las normas sobre el seguro marítimo, antes citadas, datan de 1988, año en el cual se dictó una ley que reemplazó enteramente el antiguo Libro III del Código de Comercio de Chile.

La exigencia del interés asegurable, como la concibe el Código de Comercio de Chile, fue consagrada, también, por los más importantes Códigos de Comercio Sudamericanos, en particular por el Código de Comercio de la República Argentina<sup>109</sup>, que es de 1862; por el de la República de Colombia, tanto el Código de Comercio de 1887, inspirado en el Chileno, como igualmente el actual, que data de 1971; por el Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay, que es de 1866, y por último el Código Civil de Brasil, que es del año 2002. Todos ellos conceptúan el interés asegurable y sancionan la falta de él, en la misma forma como lo hace el Código de Comercio de Chile<sup>110</sup>, con la

---

<sup>108</sup> Código de Comercio de Chile, vigente desde el 1º de enero de 1867.

<sup>109</sup> Aún cuando en la ley 17.418, de 1967, que derogó y reemplazó las disposiciones de su texto, se establece un sistema distinto, muy similar al sistema del derecho continental europeo.



única excepción del Código Uruguayo, que no establece como sanción la nulidad del seguro, sino simplemente que “el asegurador no queda sujeto a responsabilidad alguna”<sup>111</sup>.

En el derecho de seguros del resto del mundo existen, claramente perfilados, dos sistemas jurídicos en relación al tratamiento del interés asegurable.

Por una parte tenemos al derecho anglosajón, o del “common law”, aplicado en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá (con excepción de la Provincia de Quebec), Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, que al igual que el sistema legal chileno, uruguayo, brasileño y colombiano, consideran al interés asegurable un elemento esencial para la validez o la fuerza ejecutoria de todo tipo de contratos de seguros sean de daños o de personas.

En cambio, para la mayoría de los países europeos que siguen el sistema denominado continental, romanista, o de la codificación civil y comercial, y en Argentina a partir de la ley 17.418, el interés asegurable es solamente un elemento que se exige como elemento de validez en los seguros de daños, en tanto que en el seguro de personas se reemplaza dicho requisito general por otros diferentes.

Una situación especial esta constituida por Bélgica, que con matices, está más cerca de la posición chilena que la del resto de los países europeos continentales. También tiene, en Latinoamérica, una postura especial, en otros aspectos, México.

Examinaremos, acto seguido, lo que ocurre en dichos sistemas.

#### A) *El sistema anglosajón*

Antes que todo hay que dejar establecido que los países del sistema anglosajón, anteriormente mencionados (con excepción de Québec, que tiene códigos y se gobierna por normas de derecho civil), tienen, sobre todo en materia de seguros, un acervo jurídico común y que gobernándose la institución, por las reglas del common law, tanto la jurisprudencia como la doctrina actúan, salvo en muy escasas situaciones, como si se tratase de una única cultura jurídica. En esencia, en todas las antiguas colonias inglesas sus instituciones legales encuentran su origen en normas y precedentes (case law)

---

<sup>110</sup> En cambio, la legislación argentina se apartó del modelo chileno, al dictarse la Ley 17.418 que actualmente regula la institución del interés asegurable en el contrato de seguro, en forma semejante a como la tratan los principales códigos europeos que siguen el sistema de derecho continental.

<sup>111</sup> Noción, a nuestro juicio, muy interesante, porque se aparta de un efecto, la nulidad absoluta, reservada sólo para la infracción a los elementos esenciales del contrato de seguro, aquellos sin los cuales este no existe o degenera en otro diferente, entre los cuales, por naturaleza no está el interés asegurable.

originadas en Inglaterra. Los antecedentes más antiguos relativos al interés asegurable en Inglaterra se remontan a los comienzos del siglo XVIII.

En efecto, a principios de ese siglo, coincidiendo con la expansión de los seguros, que parte en la organización, al comienzo muy modesta, del Lloyd de Londres, empezó a producirse el fenómeno de la contratación muy frecuente de seguros que encubrían una mera apuesta respecto de la ocurrencia o no de un determinado evento, lo que acarreó muy dañinas consecuencias.

El primer intento del parlamento inglés para controlar el crecimiento de los seguros sin interés, a que precedentemente aludimos, fue la “MIA Act” del año 1745, referida al seguro marítimo, que gobierna el interés asegurable en ese tipo de seguros y que en su preámbulo manifiesta:

*La experiencia ha demostrado que la emisión de seguros sin interés o sin mas prueba del interés que la póliza misma, ha producido muchas prácticas perniciosas debido a las cuales gran número de barcos con sus cargas han sido fraudulentamente perdidos o destruidos.*

Como consecuencia de esta idea, la ley declaró nulas las pólizas de seguros marítimos hechas sin interés o aquellas que establecen que la póliza misma es la prueba conclusiva del interés<sup>112</sup> o que se emiten “con o sin interés”.

La prohibición establecida en la MIA 1745 fue extendida en Inglaterra a otras formas de seguro por la ley LAA 1774, conocida de otro modo como la “Gambling Act 1774”, cuyos términos fueron incluidos en la Marine Insurance Act de 1906, vigente hasta el día de hoy, y que contiene los principios generales aplicables en Inglaterra a todo tipo de seguros. La Gambling ( o “gaming”) Act de 1774 establece:

*- Todo contrato de seguro o por vía de juego o apuesta es nulo.*

La LAA 1774 requiere al asegurado poseer interés asegurable al comienzo de la vigencia de la póliza, exige la inserción en la póliza de los nombres de todas las personas interesadas en ella y restringe el derecho del asegurado a recuperar del asegurador, como máximo, un monto de dinero que no exceda su interés<sup>113</sup>.

Cabe destacar de un modo especial, que la sección (Art.) 1 de la LAA 1774 exige el interés asegurado también para los seguros de vida.

---

<sup>112</sup> Las pólizas de seguros que contienen una cláusula que expresa que la póliza misma es prueba suficiente de la existencia del interés, o de que el asegurador se da por satisfecho ni hará cuestión de su inexistencia, se conocen con la sigla PPI, que significa Policy Proof of Interest.

<sup>113</sup> Robert Merkin y Andrew Mc Gee , “Insurance Contract Law”, Editorial Kluwer, Londres, 1989, pags. A.4.1-01 y sgtes.

El significado del interés asegurable fue establecido por los tribunales ingleses a propósito del famoso caso *Lucena v. Craufurd*, del año 1806, a propósito del cual la House of Lords manifestó lo siguiente:

“Un hombre está interesado en una cosa cuando puede obtener ventajas o sufrir perjuicios de las circunstancias que puedan surgir a propósito de ella; y para quien es importante que sus condiciones, como la seguridad u otras cualidades, continúen. El interés no implica necesariamente un derecho sobre la totalidad o una parte de la cosa ni tampoco necesaria y exclusivamente que pueda ser el sujeto de la privación, pero que haya alguna relación o preocupación sobre el objeto del seguro; que dicha relación o preocupación por la ocurrencia de los peligros asegurados pueda afectar a la persona asegurada como resultado de un daño, detrimento o perjuicio. Y donde un hombre está relacionado de tal modo con respecto a las ventajas o beneficios y también por esos riesgos o peligros, de modo que pueda decirse que el está interesado en la seguridad de la cosa. Estar interesado en la preservación de una cosa es estar tan relacionado con respecto a ella como para obtener beneficios de su existencia y perjuicios de su destrucción. La propiedad de una cosa y el interés derivable de ella puede ser muy diferente. De lo primero el precio es generalmente la medida; pero por el interés de una cosa, cada beneficio y ventaja que surja de o dependa de tal cosa, puede considerarse como que esta comprendida”.<sup>114</sup>

En resumen, en el derecho anglosajón, la aplicación del principio del interés asegurable tiene un amplio reconocimiento desde muy antiguo, abarca toda fuente de interés, y se exige tanto para el seguro de daños, como para el de vida, de modo que la falta de tal interés acarrea la nulidad de la póliza o la carencia de acción para exigir su cumplimiento. En éste último caso se dice, en idioma inglés, que el seguro deviene “unenforceable”.<sup>115</sup>

En relación al seguro de vida cabe señalar que, del mismo modo como a propósito de las pólizas extendidas para cubrir a barcos y mercancías transportadas, en la Inglaterra del Siglo XVIII se comenzó a introducir la viciosa costumbre de contratarlas con la sola finalidad de apostar al éxito o fracaso de la aventura marítima, lo que condujo rápidamente a la pérdida intencional de buques y cargas, también se hizo común, la práctica de contratar pólizas de seguro sobre la vida de personas que estaban sometidos a juicio por delitos. De este modo, cuando la Gaming Act de 1774 fue promulgada por el Parlamento Inglés, su propósito era poner fin a la emisión de cualquier tipo de

---

<sup>114</sup> Merkin y Mc Gee Ob. Cit pag. A.4.1-19

<sup>115</sup> Robert H. Jerry II, “Understanding Insurance Law”, Matthew Bender, New York, 1987, Pags 177 y siguientes. Cabe añadir que, en francés, se dice que la póliza está afectada por “déchéhance”, es decir, decaimiento, o de alguna forma, caducidad de los derechos para exigir el cumplimiento de la prestación al asegurador.

pólizas en que no hubiera interés asegurable, sino el propósito de encubrir un juego o apuesta<sup>116</sup>.

Aún cuando la mayoría de la gente ya no percibe el juego y la apuesta como un mal terrible (como llegó a ser en Inglaterra a comienzos del siglo XVIII, en que tales actividades fueron controladas e incentivadas por mafias de jugadores profesionales, con consecuencias económicas y sociales gravísimas), el punto de vista predominante es que el seguro, que es un contrato que versa sobre un interés económicamente avaluable, no sea usado como subterfugio para el juego y las apuestas. Éstos últimos, meramente transfieren riqueza de manos de los que pierden a los que obtienen una ganancia fortuita, mientras que un contrato de seguro es económicamente valioso por sí mismo, en el sentido que sirve a la función socialmente útil de proteger los patrimonios contra pérdidas fortuitas.

Es más. La posibilidad de que el seguro pueda crear un incentivo a la destrucción intencional de la propiedad asegurada o de la vida tiene evidentes implicancias de política pública. No es sorprendente, entonces, que la doctrina del interés asegurable haya sobrevivido hasta ahora como un medio de reducir la posibilidad que el seguro sea usado con el sólo propósito de obtener una ganancia rápida, fraudulenta y con grave peligro para las personas.<sup>117</sup> Piénsese, solamente, en las consecuencias a que puede llegar un naufragio o un incendio intencional o derechamente en el asesinato del asegurado ejecutados para cobrar un seguro.

Por otra parte, el requisito del interés asegurable tiene un nexo cercano con el principio de indemnidad (o de indemnización). La indemnidad se refiere a la compensación necesaria para rembolsar las pérdidas del asegurado, reembolso que constituye el beneficio máximo que del seguro se puede obtener. Para la doctrina anglosajona, el propósito del contrato de seguros consiste en transferir el riesgo de pérdida económica, del asegurado al asegurador, de modo que, cuando el asegurado sufre una pérdida, el asegurador paga a beneficio del asegurado una suma que elimina la pérdida.

Así, el interés asegurable es primeramente una noción jurídica, pero con contenido económico, lo que queda de manifiesto en su aplicación práctica, cuando hay que proceder a la indemnización. Algunos exponentes del derecho continental, tienden a olvidar o a no atribuir a esta característica, su verdadera importancia.

---

<sup>116</sup> El hecho histórico más famoso, que demuestra el punto a que llegó esta viciosa costumbre, se vincula a la participación del Rey Jorge II de Inglaterra en la batalla de Dettingen en 1743, en el marco de la guerra sobre la sucesión austriaca. Los apostadores londinenses contrataron seguros de vida sobre la cabeza del rey, apostando sobre su sobrevivencia en la batalla, última en la historia en la que participó un Rey inglés.

<sup>117</sup> Robert Jerry II, Ob. Cit., pag 179

En esencia, en el sistema del common law, el interés asegurable es aquel que la ley requiere que el titular de una póliza de seguro tenga en la cosa o persona asegurada. En último término, esta doctrina no es más que una prueba o un filtro que intenta identificar aquellas situaciones en las que los tribunales están preocupados por la circunstancia de que el contrato pueda crear incentivos para el juego o apuesta, o para la destrucción intencional de la propiedad o de la vida asegurada. Por lo tanto, si los tribunales de los países que siguen el common law concluyen que no existe interés asegurado, el contrato será declarado nulo. Y cuando la póliza es declarada nula, la prima normalmente se devuelve al titular de la póliza, siempre y cuando el asegurado no esté en una situación de “pari delictio” con el asegurador.<sup>118</sup>

En los seguros de daño real o de cosas, en la doctrina anglosajona se exige un título legal, de cualquier naturaleza y calidad, para satisfacer el requisito del interés asegurable, de la misma forma como lo exige el Art. 518 del Código de Comercio de Chile.

En el caso de los seguros que cubren derechos emanados de contratos, como idea general, la exigencia se traduce en que haya una persona cuyos derechos contractuales dependan directamente de la existencia o de la integridad de un bien. Si así es el caso, dicha persona tendrá el interés asegurable que da sustento a una póliza de seguro sobre dicho bien. El ejemplo típico es el del acreedor con garantía de prenda o hipoteca.

Por último, tratándose de los seguros patrimoniales, si hay una persona que es legalmente responsable en el evento de que un bien o un patrimonio se dañen o se pierda, esa persona también tiene, evidentemente, interés asegurable.

En caso que no pueda encontrarse el interés asegurable del asegurado en la propiedad, en sus derechos contractuales o en su responsabilidad, la póliza será ordinariamente declarada nula por los tribunales anglosajones o sin derecho a acción para exigir su cumplimiento (unenforceable).

### *B) Los países del sistema continental*

A continuación analizaremos la doctrina del interés asegurable, a la luz de las legislaciones que siguen el sistema del derecho codificado, continental, romanista.

Como hemos dicho anteriormente, es posible agrupar estas legislaciones en dos corrientes principales: la chilena, que es semejante a la doctrina anglosajona y que siguen Colombia, Uruguay y Brasil, y la corriente impulsada por la mayoría de los países europeos (con excepción de Gran Bretaña e Irlanda) y algunos países latinoamericanos, notoriamente Argentina y Paraguay. Nos referiremos primeramente a la doctrina del derecho continental

---

<sup>118</sup> Ob. Cit, pag 181.

mayoritaria y luego volveremos sobre la doctrina que a propósito del interés asegurable siguen Chile, Uruguay, Brasil y Colombia. Terminaremos analizando los casos de Bélgica y México, que presentan una posición intermedia o ecléctica.

- Corriente mayoritaria en los países europeos

En el derecho continental europeo, la mayoría de los países ha eliminado la exigencia genérica del interés asegurable en las normas aplicables a todo tipo de seguro, y ha hecho una diferenciación entre lo que ocurre en el seguro de daños y el seguro de personas, que, en líneas generales, se caracteriza porque sólo en el primero, subsiste en dichas legislaciones el interés asegurable, como elemento esencial, tanto para la contratación como para determinar la extensión de la cobertura y la indemnización a que tiene derecho el asegurado en caso de siniestro.

En cambio, para los seguros de personas, se reemplaza la exigencia genérica y hasta cierto punto vaga, del interés asegurable, por requisitos objetivos que alejan la posibilidad de los siniestros intencionales, junto con salvar los intereses generales de la colectividad que protege el orden público.

Sin embargo, hay que tener presente que no se trata de una posición que haya significado abandonar la preocupación del interés en el seguro, porque, como dice Donati, se trata de requisitos que en realidad “no reemplazan al sistema del interés, pues en el fondo lo presuponen y constituyen un desarrollo práctico, substituyendo a la incierta y difícil prueba de la existencia del interés”.<sup>119</sup>

El primer país que mencionaremos es **Francia** que aplicó este sistema en la Ley de Seguros de 1930, varias veces modificada y posteriormente convertida, junto con otras leyes pertinentes, en Código de Seguros de Francia en el año 1976.<sup>120</sup>

Al respecto, dicho Código establece lo siguiente:

- En lo concerniente al seguro de daños y el seguro marítimo:

**Artículo L121-6** *Toda persona que tenga interés en la conservación de una cosa la puede asegurar.*

*Todo interés directo o indirecto en la evitación de un riesgo puede constituir el objeto de un seguro”.*

---

<sup>119</sup> Antígono Donati, “Los Seguros Privados”, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pag 228

<sup>120</sup> Utilizamos la versión actualizada por Legifrance, al 27 de noviembre de 2001

**Artículo L171-3** *Todo interés legítimo, incluida la ganancia esperada, puede constituir el objeto de un seguro. Nadie podrá reclamar el beneficio de un seguro si no ha sufrido un perjuicio.*

El Código de Seguros de Francia exige en los seguros de daños terrestres y marítimos la concurrencia del interés como elemento necesario para la contratación.

Son distintas, sin embargo las redacciones y los efectos de la falta del interés en uno y otro tipo de seguros. Tratándose de los seguros terrestres, la ley habla de que el interés debe concurrir para que “se pueda asegurar”, lo que induce a concluir de que, en caso de ausencia del interés, el seguro no va a ser válido, toda vez que no se ha podido contratar.

Además, toda vez que no “se puede contratar”, resulta necesario concluir que para la legislación francesa el elemento interés debe existir a la época de la contratación de los seguros terrestres, sin perjuicio de que pueda comprobarse su existencia al momento del siniestro, para los efectos que sean procedentes, como, por ejemplo, la eventual resolución, terminación o caducidad del contrato.

En cambio en el seguro marítimo la falta de interés se comprueba y sanciona al momento del siniestro. La falta de interés priva al asegurado del derecho a “reclamar el beneficio de un seguro”<sup>121</sup>.

Todo ello sin perjuicio de que se destaca en esta parte de la legislación francesa y no en el texto general, como en verdad corresponde, que el interés constituye la medida del derecho a la indemnización.

Es importante destacar en esta parte, también, que la legislación francesa se separa de la concepción puramente económica del interés, señalando, en sentido amplio, que este consiste en “todo interés directo o indirecto en la evitación de un riesgo”. Compartimos plenamente esta noción.

- En cuanto al seguro de vida

**Artículo L132-1** *La vida de una persona podrá ser asegurada por ella misma o por un tercero.*

*Varias personas podrán contratar un seguro recíproco sobre cada una de ellas en un solo y único acto.*

---

<sup>121</sup> Cabe hacer presente que ésta es la misma diferencia de enfoque que se advierte en la actual legislación chilena: el interés asegurable debe existir al momento de contratar, en los seguros terrestres, y al momento del siniestro en los marítimos.

**Artículo L132-2** *El seguro en caso de fallecimiento contratado por un tercero sobre la persona del asegurado será nulo, si éste último no ha dado su consentimiento por escrito con indicación del capital o de la renta inicialmente garantizados.*

*El consentimiento del asegurado deberá, bajo pena de nulidad, ser dado por escrito, para cualquier cesión o constitución de prenda y para el traspaso del beneficio del contrato suscrito sobre su persona por un tercero.*

**Artículo L132-3** *Se prohíbe a toda persona contratar un seguro en caso de fallecimiento a favor de un menor de edad de menos de doce años, de un mayor de edad bajo tutela o de una persona internada en un centro de hospitalización psiquiátrico. Todo seguro contratado con infracción de esta prohibición será nulo. La nulidad se declarará a petición del asegurador, del suscriptor de la póliza o del representante del incapaz.*

*Las primas pagadas deberán ser íntegramente restituidas. El asegurador y el suscriptor estarán además sujetos, por cada seguro concluido conscientemente con infracción de esta prohibición, a una multa de 30.000 F.*

*Estas disposiciones no obstaculizarán en el seguro en caso de fallecimiento, el reembolso de las primas pagadas en ejecución de un contrato de seguro de vida, suscrito sobre una de las personas mencionadas en el primer apartado arriba indicado.*

**Artículo L 132-4** *Un seguro en caso de fallecimiento no podrá ser contratado por otra persona a favor de un menor que haya alcanzado la edad de doce años sin la autorización de aquél de sus padres que ostente la patria potestad, de su tutor o su curador.*

*Esta autorización no eximirá del consentimiento personal del incapaz.*

*A falta de esta autorización y de este consentimiento, la nulidad del contrato será declarada a petición de cualquier interesado.*

En materia de seguros de vida, con gran despliegue reglamentario, el código francés distingue entre los seguros contratados sobre la propia vida del tomador y de los seguros contratados sobre la vida de un tercero. A su vez, en relación a estos últimos contempla normas especiales de protección a los menores e incapaces.

Tratándose de los seguros contratados sobre la propia vida del tomador, el código francés no exige requisito alguno, presuponiendo la existencia del interés. En cambio, tratándose de los seguros contratados sobre la vida de un tercero, exige el consentimiento previo y escrito de la persona sobre cuya vida se asegura, “con indicación del capital o de la renta inicialmente garantizados”. La falta de dicha autorización escrita vicia el contrato de nulidad.



También serán nulas las cesiones, prendas constituidas o traspasos de los beneficios del contrato suscrito sobre su persona por un tercero, sin el consentimiento escrito del asegurado.

En cuanto a la protección de los menores e incapaces en general, el código francés prohíbe a toda persona, bajo sanción de nulidad, contratar un seguro en caso de fallecimiento a favor de un menor de edad de menos de doce años, de un mayor de edad bajo tutela o de una persona internada en un centro de hospitalización psiquiátrico<sup>122</sup>.

Para los menores de mas de doce años, la validez de la contratación de este tipo de seguros esta sujeta al doble requisito de la autorización escrita del propio menor y de su representante legal.

En resumen, en el código francés, el requisito del interés asegurable en el seguro de vida, directo o indirecto, objetivo o subjetivo, económico o afectivo, queda reemplazado por el cumplimiento de requisitos legales que condicionan la validez o nulidad del contrato, pero que en realidad protegen y presumen el interés de la persona cuya vida se asegura y tienden a evitar toda posibilidad de que el seguro se convierta en fuente de enriquecimiento ilícito, en incentivo de delito o en cualquiera manifestación de los, desde antiguo, temidos flagelos del juego y la apuesta encadenados a un contrato de seguro.

Con las variantes que en cada caso veremos, el sistema del código francés es utilizado por la mayoría de los países que siguen el derecho continental europeo.

Alemania esta regida por la Ley sobre Contrato de Seguro de 30 de mayo de 1908 (Gesetz über Versicherungsvertrag), cuyas normas atinentes al tema que analizamos son las siguientes:

- Sobre el seguro de daños

**Art. 68 Falta de interés.** *Si no existe el interés asegurable al comienzo del seguro, o no llega a existir, en caso de un seguro tomado para una empresa o interés venidero en el futuro, o el interés no se genera, de manera tal que el tomador del seguro queda libre de la obligación de pagar la prima, el asegurador puede exigirle una adecuada compensación comercial.*

- Sobre el seguro de vida

**Art 159 Persona asegurada.** *El seguro de vida puede ser contratado sobre la persona del propio tomador o de un tercero.*

---

<sup>122</sup> La idea parece referirse a la contratación de seguros sobre la vida de un menor o incapaz a favor de terceros. Presumimos que la traducción de Legifrance al castellano es, en este punto, errónea.

*Cuando el seguro para el caso de muerte es tomado por un tercero y excede de la prestación compatible con el importe ordinario del costo de entierro, la validez del contrato esta sujeta al consentimiento escrito del asegurado.*<sup>123</sup>

Como es dable observar, en el seguro de daños la ley alemana regula el interés desde un punto de vista esencialmente práctico, dando por supuesta la necesidad de su existencia pero sin mencionar la palabra “validez” (Gültigkeit): si no hay interés, el asegurado queda libre de pagar la prima, lo que supone la liberación del asegurador de la obligación de indemnizar los siniestros. Pero el asegurador puede exigirle al asegurado una compensación comercial por los gastos inherentes a la emisión del seguro improcedente e inútil.

También es interesante resaltar que la ley alemana prevé la posibilidad de que se contrate el seguro sobre un interés actualmente existente, o bien, respecto a una empresa o interés futuro<sup>124</sup>.

En cuanto al seguro de vida, al igual que en la ley francesa se exige el consentimiento escrito del asegurado en el caso de un seguro de vida contratado por un tercero, bajo pena de nulidad del contrato, pero siempre que el seguro exceda el monto de los gastos de entierro. De modo que un seguro de sepelio puede ser contratado por cualquier tercero sin consentimiento ni noticia del asegurado.

La ley alemana también contiene normas para el caso de la contratación del seguro por incapaces y menores de edad, en términos muy similares pero mas concisos que la legislación francesa.

En Italia, el seguro esta regido por el Código Civil Italiano de fecha 30 de marzo de 1942 (que rige tanto materias civiles como comerciales), que contempla las siguientes disposiciones, en relación a los seguros de daños y el seguro de vida, respectivamente.

**Art. 1904** *El contrato de seguro contra los daños es nulo si, en el momento en que el seguro debe tener inicio, no existe un interés del asegurado en el resarcimiento del daño.*

**Art. 1919** *El seguro puede estipularse sobre la vida propia o sobre la vida de un tercero. El seguro contratado para el caso de muerte de un tercero no es válido si éste o su representante legal no dan el consentimiento para la conclusión del contrato. El consentimiento se debe probar por escrito*<sup>125</sup>.

El código italiano es un paradigma de simpleza. No abarca todas las situaciones que reglamenta el código francés, ni se refiere a algunas

---

<sup>123</sup> La traducción es nuestra.

<sup>124</sup> En este aspecto, el Código del Uruguay contiene una norma semejante.

<sup>125</sup> Utilizamos la traducción que figura en Messineo, Francisco, “Derecho Civil y Comercial”, Editorial EJE, Buenos Aires, 1979

situaciones a que alude la ley alemana y la española (inspirada en este punto en el código italiano), pero es simple y claro.

En el seguro de daños se requiere interés asegurable al momento en que el contrato de seguros se inicie y la falta de dicho interés ocasiona su nulidad.

Queda sin tocar la falta de interés asegurable al momento del siniestro.

Estimamos que, en ese caso, si bien el seguro es válido, el asegurado no va a poder exigir el pago de la indemnización, el contrato estará afecto a resolución, caducidad o terminación, porque en tal caso se va a ver afectado el principio de indemnización que alude a la naturaleza reparatoria de la institución, que excluye la posibilidad de que alguien obtenga por su intermedio ganancias. Esta solución es aplicable tanto a la legislación italiana, como a la francesa y todas las otras que contemplan normas similares, como es el caso de la española<sup>126</sup>.

Tratándose del seguro de vida, en la modalidad del seguro para el caso de muerte<sup>127</sup>, la legislación italiana establece que también es nulo el contrato si el asegurado o su representante legal no dan su consentimiento escrito para la conclusión del contrato.

Se observa que no contiene el Código Civil italiano las normas de protección para los menores e incapaces, no quedando otra solución que recurrir al requisito de la autorización del representante legal, que todas las legislaciones contemplan en protección de los incapaces, toda vez que el consentimiento que éstos presten sin dicha autorización es nulo por la falta de capacidad que les afecta<sup>128</sup>.

En España, el contrato de seguro se rige por la Ley 50/1980 de Ordenación de los Seguros Privados. Las normas que rigen la institución que estudiamos son las siguientes:

**Art. 25** (Seguro de daños) *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4, el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés asegurado en su conservación.*

---

<sup>126</sup> Pensamos, no obstante, que mejor que invocar la teoría y la doctrina para arribar a una solución, es un camino menos eficaz y más incierto que establecer una disposición legal, sobre todo cuando existen en el Código otras normas distintas que si lo establecen, como sucede con el seguro marítimo en Chile.

<sup>127</sup> Nótese de que queda excluido de la norma sancionatoria, el seguro de sobrevivencia, evidentemente en razón a que en dicho caso el interés se subentiende.

<sup>128</sup> Sin embargo, observamos que es mejor la solución de declarar la nulidad de los seguros contratados por incapaces.

**Art. 83** (Seguro de vida) *El seguro puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia o ambos conjuntamente.*

*En los seguros para caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento de éste, dado por escrito, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro. Si el asegurado es menor de edad será necesario, además, la autorización por escrito de sus representantes legales.*

*No se podrá contratar un seguro para caso de muerte, sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados.*

La legislación española en el punto que analizamos se inspiró directamente en las normas del Código Civil italiano. Sin embargo, en lo que concierne al seguro de vida de menores e incapaces, se aparta de su modelo para seguir a la ley francesa.

Además, agrega un concepto propio aplicable a los seguros sobre la vida de un tercero: no será necesario el consentimiento escrito del asegurado cuando pueda “presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro”. Esta disposición, acerca a la legislación española a la exigencia general del requisito del interés, que es característica en el common law y en la legislación chilena actual y la de los países que la siguen.

En Argentina los seguros se rigieron hasta 1967 por las disposiciones que contenía el Código de Comercio de 1862, redactado por Dalmacio Velez Sarsfield, que regulaba la institución del interés asegurable, en general, del mismo modo a como continúa haciéndolo hasta hoy, el Código de Comercio de Chile.

Sin embargo, cabe señalar que, a diferencia de lo dispuesto en el Art. 518 del Código Chileno, el derogado artículo 495 del Código argentino preceptuaba que, si bien se exigía al asegurado tener el interés “al tiempo del seguro”, añadía a continuación: ....”a no ser que el contrato se haya hecho bajo la condición de que tendrá mas tarde un interés en la cosa asegurada”<sup>129</sup>, interesante norma que constituye una forma para distinguir los casos en que el interés se tiene y se exige a la época de la celebración del contrato y aquéllas en que el interés se hace exigible después.

Las normas del Código de Comercio argentino fueron reemplazadas por la ley 17.418, de 30 de agosto 1967 <sup>130</sup>, que en relación al tema disponen lo siguiente:

---

<sup>129</sup> Norma similar a la que contempla la ley alemana de 1908.

<sup>130</sup> Cabe hacer notar que actualmente se encuentran pendientes de estudio en el Congreso Argentino dos proyectos de ley que la sustituyen, uno de ellos el oficial, redactado por el

**Art 60.** (Seguro de daños patrimoniales) Puede ser objeto de estos seguros cualquier riesgo si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra.

**Art. 128** (Seguro sobre la vida) Vida asegurable. El seguro se puede celebrar sobre la vida del contratante o de un tercero.

Menores mayores de 18 años. Los menores de edad mayores de 18 años tienen capacidad para contratar un seguro sobre su propia vida sólo si designan beneficiarios a sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, que se hallen a su cargo.

Consentimiento del tercero. Interdictos y menores de 14 años. Si cubre el caso de muerte, se requerirá el consentimiento por escrito del tercero o de su representante legal si fuera incapaz. Es prohibido el seguro para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de 14 años.

**Art 129.** (Conocimiento y conducta del tercero) En el seguro de vida de un tercero se tomará en cuenta el conocimiento y la conducta del contratante y del tercero.

Se advierte en estas normas una similitud general con las legislaciones europeas romanistas, ya que no exige la existencia del interés como requisito general del contrato y contempla normas de algún modo similares a las de Francia, Italia y España. Pero se echa de menos una redacción mas precisa y sanciones mas concretas. Especialmente vago es el Art. 129.

- Corriente que contempla el interés asegurable en los seguros de daños y de personas como requisito de validez general

En los países que siguen el sistema legal codificado llamado “continental”, cabe citar en primer lugar a Chile, por ser su Código de Comercio de 1867, el mas antiguo en vigencia que establece que el interés asegurable es requisito general de validez para todo tipo de contratos de seguro, tal como lo establecen la doctrina y la jurisprudencia de los países anglosajones.

Como ya lo hemos expuesto al comienzo, dicho principio está consagrado en los artículos 518, 569 y 1164 del Código de Comercio. Adhiere a este principio el muy reciente Código Civil de Brasil que ha entrado en vigencia en el año 2002, y que al respecto contiene las siguientes disposiciones:

**Art. 757** (Disposiciones generales) Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga mediante el pago de una prima a garantizar intereses legítimos del asegurado, relativos a su persona o contra otros riesgos predeterminados.

---

Estudio Domingo López Saavedra y el otro, conocido como Proyecto Baglini, redactado por el profesor Ruben Stiglitz.

**Art 790** (Seguro de personas). *En los seguros sobre la vida de otros, el proponente es obligado a declarar, bajo pena de falsedad, su interés en la preservación de la vida del asegurado. Salvo prueba en contrario, se presume el interés, cuando el asegurado es cónyuge, ascendiente o descendiente del proponente.*

También se inscribe en este sistema la legislación de la República de Colombia, cuyo Código de Comercio del año 1971, al igual que lo hacía el Código anterior de 1887 (inspirado en el de Chile), establece que el interés asegurable como es un requisito general de validez del contrato de seguro. Las actuales normas de la legislación colombiana, probablemente las más completas existentes en la legislación mundial, son las siguientes:

**Art. 1045.** (Principios comunes a los seguros terrestres)

*Son elementos esenciales del contrato de seguro:*

- 1º *El interés asegurable*
- 2º *El riesgo asegurable*
- 3º *La prima o precio del seguro; y*
- 4º *La obligación condicional del asegurador.*

*En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.*

**Art. 1083** (Seguros de Daños). *Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.*

**Art 1086.** *El interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo. La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro, sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 1070, 1109 y 1111.*

**Art. 1137** (Seguros de personas. Principios comunes)

*Toda persona tiene interés asegurable:*

1. *En su propia vida.*
2. *En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos; y*
3. *En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de evaluación cierta.*

*En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.*

*En defecto del interés o del consentimiento requeridos al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buenas fe.*<sup>131</sup>.

Como se advierte, la legislación colombiana contempla al interés asegurable, primeramente, como un requisito esencial de todo contrato de seguro y sanciona con la nulidad del contrato la falta de dicho elemento, sin indicar aquí (Art 1045 del C. de C.) el momento en que se requiere su existencia.

Acto seguido, se refiere al interés asegurable en el seguro de daños, estableciendo que el interés, además de lícito debe ser susceptible de estimación en dinero.

Precisa, luego, que el interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo, y expresa que la desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro. Las citas a los Arts. 1109 y 1111 tiene por finalidad hacer aplicable en estos casos la devolución de la prima que corresponda.

En cuanto al seguro de vida, teniendo en cuenta que en él también se requiere el interés asegurable, la norma señala determinadamente las fuentes de dicho interés en este tipo de seguros, expresando que toda persona tiene interés en su propia vida, en la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de evaluación cierta.

Por último, siguiendo en este punto la doctrina generalmente aplicada en Europa, el Art 1137 establece que en los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario.

Agrega que los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales y que, en defecto del interés o del consentimiento requeridos, o en caso de suscripción de un seguro sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas, pudiendo retener solamente el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.

---

<sup>131</sup> Es muy importante destacar que uno de los principales redactores del Código de Comercio de Colombia del año 1971, y desde luego el redactor de las normas atinentes al contrato de seguro que hemos reproducido, fue el destacado Prof. Efrén Ossa, quien reunía la ventajosa doble calidad de ser, por una parte, abogado y profesor de Derecho Comercial y además, directivo durante muchos años de Compañías de Seguros. Es decir, reunía el conocimiento teórico y práctico.

### C). *Posición ecléctica de Bélgica y México*

A continuación nos referiremos a la legislación de dos países cuya legislación contiene elementos tanto de la doctrina anglosajona y tradicional chilena, como de la imperante en la mayoría de los países continentales europeos.

Trataremos primeramente al caso de Bélgica, cuyos seguros se rigen por la ley sobre contrato de seguro de 1992, que al respecto establece:.

**Art. 37.** *Interés de asegurar.* (En el capítulo de los seguros de indemnización) *El asegurado debe poder justificar un interés económico en la conservación de la cosa o la integridad del patrimonio.*

**Art. 48.** *Interés de asegurar* (En el capítulo de los seguros de capitalización, o de montos –“forfaitaire”, que incluye a los seguros de vida) *El beneficiario debe tener un interés personal y lícito en la no ocurrencia del evento asegurado.*

*Está suficientemente justificado este interés desde que el asegurado ha prestado su consentimiento al contrato.*<sup>132</sup>

Se advierte que Bélgica, si bien no contempla una norma general, común a todo tipo de seguros, de todas formas exige el interés asegurable como requisito genérico tanto en los seguros de daños como en los de montos ( “forfaitaire” ), incluyendo a los seguros de vida. En estos últimos agrega, sin embargo, una solución que, ya hemos visto, es típica de la legislación común en los otros países europeos: la presunción de que dicho interés existe si el asegurado (cuya vida se asegura) ha prestado su consentimiento al contrato.

El otro país que tiene una legislación ecléctica, pero mas cercana a la del derecho continental europeo, es México, cuya Ley de Seguros es de fecha 31 de agosto de 1935, esta inspirada en algún grado por la francesa, y que sobre el particular expresa:

**Art. 85** (Seguros de daños) *Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños.*

**Art 152** (Seguro sobre las personas). *El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquiera especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.*

**Art 156.** *El seguro para caso de muerte de un tercero será nulo si el tercero no diere su consentimiento, que deberá constar por escrito antes de la celebración del contrato, con indicación de la suma asegurada.*

---

<sup>132</sup> La traducción es nuestra.



**Art 157** *El contrato de seguro para el caso de muerte sobre la persona de un menor de edad que no haya cumplido los doce años, o sobre la de un sujeto a interdicción es nulo. La empresa aseguradora estará obligada a restituir las primas, pero tendrá derecho a los gastos si procedió de buena fe.*

De acuerdo a estas normas, se exige la existencia de un interés de naturaleza económica, tanto en los seguros de daños<sup>133</sup> como en principio también para los de personas. Pero en estos últimos se expresa, luego, que el seguro de personas puede, también, dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.

Coincidiendo con las legislaciones europeas, la mexicana exige el consentimiento previo y escrito del tercero cuya vida se asegura, con indicación de la suma asegurada, y declara nulos a los seguros contratados sobre la vida de menores de doce años o sobre sujetos en estado de interdicción.

### **3. LAS DIFERENCIAS SON MÁS APARENTES QUE REALES**

Las diferencias que acabamos de observar entre el sistema anglosajón y el sistema de derecho continental son, sin embargo, más aparentes que reales. En efecto, al traducirse dichas reglas, en la mayoría de los sistemas jurídicos que se rigen por el derecho continental, en contemplar el interés asegurable como requisito aplicable a los seguros de daño, lo que se substituye en los seguros de personas por exigir el consentimiento de la persona del asegurado, cuando el seguro es contratado por un tercero; y, por otra parte, prohibir la emisión de pólizas que cubran la vida de menores y de incapaces, lo que se está haciendo en verdad es, protegiendo a esas personas y a la sociedad de los peligros que representa la emisión de pólizas de seguros en las cuales no exista un verdadero interés y que, por el contrario, puedan constituir un aliciente para que terceros inescrupulosos hagan lo posible para que el siniestro ocurra, en vez de tratar de evitarlo.

En esencia, el interés asegurable es un requisito aplicable a todo tipo de seguros, que se protege ya sea por la vía de estimar genéricamente que los seguros en que falte este interés son nulos o inejecutables, como es el caso de lo que expresan los Códigos de Chile y de Colombia y la posición de la ley anglosajona; como lo es también por la vía de exigir en los seguros de personas el consentimiento del asegurado para emitirlos y de prohibir derechamente la emisión de seguros sobre la vida de terceros que son menores o incapaces y que no pueden estar en situación de velar por su propia seguridad.

---

<sup>133</sup> Se echa de menos la sanción para el caso de ausencia del interés, sobre todo porque la ley mexicana si contempla una en las normas que dedica al seguro de vida. Una vez mas, habría que interpretar que la utilización del verbo “podrá”, implica que, en caso de ausencia del interés, el tomador *no podrá* contratar un seguro, que estaría prohibido hacerlo.

La doctrina internacional se ha encargado de enfatizar, en diversos textos, la circunstancia de que las diferencias entre los sistemas examinados precedentemente son mas aparentes que reales y que, en realidad, el elemento del interés subyace en todo tipo de seguros. Al efecto, por su claridad, nos permitimos reproducir lo que ha señalado al respecto el profesor Fernando Sánchez Calero en su obra "Ley de Contrato de Seguro"<sup>134</sup>:

"El interés no es un elemento exclusivo de estos seguros (seguros de daños), sino de todos ellos. También en los seguros de personas ha de existir un interés determinado, pues sin ese elemento el seguro se transformaría en una apuesta. La presencia del interés se manifiesta no sólo en los seguros de enfermedad, de asistencia sanitaria o de accidentes, sino también en el seguro de vida. Lo que sucede es que, en buena parte de estas modalidades del contrato de seguro, el interés asegurado influye en una forma diversa en el régimen de la relación jurídica, ya que la prestación monetaria del asegurador ha sido determinada en forma previa, en el momento de la conclusión del contrato. La suma asegurada en estos contratos no opera simplemente como límite de la indemnización, sino que ésta, en general, no se ve influida por la cuantía efectiva del daño, es decir, la lesión del interés cuando se produzca el evento previsto en el contrato, sino por la estimación del valor del interés que han efectuado las partes al concluir el contrato. En estos seguros de personas, en los que se pacta el abono de unas determinadas sumas cuando se produzca el evento asegurado, hace irrelevante en la disciplina de la relación la determinación del valor de la lesión del interés en el momento en que se produzca el siniestro. Pero no sucede lo mismo con la existencia de ese interés cuando el contrato debe iniciar la producción de sus efectos. La existencia del interés asegurado es, en ese momento, tan importante para los seguros de daños como los de personas. Lo que sucede es que aquí se presume que el asegurado tiene interés por su propia persona. Únicamente esto no sucede en el supuesto de un seguro sobre la vida de un tercero. En tal caso hace falta el consentimiento de éste, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro. Por todo ello, aún siendo el interés un elemento común a todo contrato de seguro, donde ciertamente adquiere una significación particular, es en el seguro contra daños".

Un criterio idéntico sostiene el Prof. Hans Möller en su ponencia titulada "Las modernas orientaciones sobre el concepto jurídico del seguro", presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, organizado por AIDA y realizado en Roma en 1962. Para él, con independencia de las diferencias que presente la aproximación legislativa en cada uno de los países y respecto de las diferentes ramas de los seguros, la exigencia del interés asegurable es "una concepción central del derecho de seguros"<sup>135</sup>. Conviene tener presente que esta idea la defiende un profesor de Derecho de Seguros que proviene de un

---

<sup>134</sup> Ob. cit., pág. 437

<sup>135</sup> Citado por Efrén Ossa, "Teoría General del Seguro: El contrato", Editorial Temis, Bogotá, Segunda Edición, Bogotá Colombia, pags 67 y 91.

país – Alemania- que al igual que España no establece el requisito del interés asegurable como condición general de validez del contrato<sup>136</sup>.

Por otra parte para justificar el diferente trato que al interés asegurable le asignan los países que siguen el sistema del derecho continental, en los seguros de daños respecto al que le asignan en los seguros de personas, es importante destacar la diferente naturaleza que presenta en los seguros de vida el interés. En efecto, en los seguros de personas no se trata de un interés puro y exclusivamente económico, sino que resulta suficiente que exista un interés de tipo moral, o sea, una relación de afecto que torne no deseable la muerte del asegurado y por supuesto evitar que, por su ausencia, el contrato de seguros se convierta en una mera apuesta.

Las leyes que rigen los seguros en los países que siguen el sistema de derecho continental, en general, prescinden del interés como principio o elemento general de validez del contrato y, como hemos dicho, lo sustituyen por la exigencia del consentimiento del asegurado en los seguros sobre la vida de un tercero. Pero, como señala Antígono Donati<sup>137</sup>, el consentimiento del asegurado no desplaza al sistema del interés, pues, en el fondo, lo presupone, permitiendo eludir los inconvenientes de la difícil demostración de su existencia.

En resumen, el interés asegurable en el seguro de personas, en los ordenamientos que lo imponen, si bien participa de la noción general del interés de evitar que un siniestro no ocurra, o de exigir al asegurado preocupación efectiva “en la conservación de la cosa asegurada”, como lo manifiesta el Art. 518 de nuestro Código de Comercio, difiere de la noción del interés que se contempla para los seguros de daños en que no reviste carácter exclusivamente económico sino también afectivo o moral, y, por ello, no sirve de medida de la prestación a pagar por el asegurador, ni constituye la traducción económica de la relación que vincula a dos personas. Cuando se exige, aparece como una pura relación que aleja la posibilidad de que se produzca el siniestro<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> La ratifica en su obra “Versicherungsvertragsrecht”, 3ª. Edición, Th. Gabler, Wiesbaden, Alemania., 1977

<sup>137</sup> Que también proviene de un país –Italia – que no contempla el interés asegurable como requisito general de validez del seguro.

<sup>138</sup> Con excepción de la ley colombiana, que sigue fiel a la doctrina tradicional, que siempre ve justificado el seguro de vida en un interés económico “aunque no sea susceptible de evaluación cierta”.

#### 4. NATURALEZA DEL INTERÉS ASEGURABLE EN GENERAL Y EN LOS DISTINTOS TIPOS DE SEGUROS

Sobre la base del estudio de las diferentes corrientes doctrinarias y su expresión en la legislación mundial, en los párrafos que siguen analizaremos las diferentes ideas o soluciones que se han propuesto en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación mundial, en los distintos aspectos relacionados con la noción del interés asegurable y sus respectivos fundamentos para terminar con una proposición concreta de las normas que nos parecen las más adecuadas. Partiremos por examinar, en este párrafo en particular, el tema de la naturaleza que tiene el interés asegurable, es decir, si constituye o no, por razones de principio, o por conveniencia práctica, el carácter de elemento esencial del contrato, cuya ausencia acarrea la nulidad del contrato de seguro, o si, por las mismas razones, es posible optar por una solución diferente.

Al enfrentar este tema, es preciso tener en cuenta que para un autor chileno, que además tiene muy claro, y acepta como un hecho, el peso universal que tiene la doctrina anglosajona en la institución del seguro, resulta muy difícil sostener una solución que va en contra de ella, y también, de lo que ha sido el principio del interés asegurable en Chile, desde 1867 hasta la fecha; peor aún, cuando la doctrina chilena ha tenido hasta ahora, una fuerte influencia en el resto de los países de la región. Sin embargo, un factor facilita, a nuestro juicio, la tarea de optar por una solución diferente, como es la que propugnaremos: como hemos afirmado precedentemente, con fuerte apoyo en la doctrina internacional, el interés asegurable no es sino un requisito ligado a otro elemento de mayor importancia aún para la eficacia del contrato de seguro: el riesgo, y con vínculos, en los seguros reales, muy estrechos también, con el principio de indemnización.

Por otra parte, dentro del terreno de la teoría general del contrato, fuera de los casos en que la ley establece otra cosa, por naturaleza son elementos esenciales de un contrato aquellos sin los cuales el contrato no existe o degenera en otro diferente<sup>139</sup>. Sin precio, la compraventa podrá ser una donación, pero no una compraventa. Pues bien. Si nos detenemos a pensar cuales son los elementos esenciales propios del contrato de seguro, llegaremos a la conclusión, siguiendo cualquier definición del mismo, que sus elementos esenciales son la existencia de un riesgo, la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado en caso de que dicho riesgo se realice y la prima o precio que el asegurado se obliga a pagar al asegurador por esta cobertura. De un modo muy revelador, el interés asegurable no existe ni siquiera en la definición legal del contrato<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> "Entre los elementos esenciales (de un contrato) hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los elementos esenciales comunes (la voluntad, el objeto). Hay otros que son solo indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros". Alessandri, Somarriva, Derecho Civil, Tomo I, Editorial Nascimento, Cuarta Edición, 1971, pag 322.

<sup>140</sup> Tampoco existe en la inmensa mayoría de otras definiciones legales y doctrinales.

En consecuencia proponemos que en las normas comunes a todos los seguros se excluya al interés asegurable de los requisitos de validez del contrato, por una norma que contemple, en este carácter, solamente, al riesgo, la prima y la obligación condicional de indemnizar, con una redacción como la que indicamos a continuación:

**Art ...** *Son requisitos esenciales del contrato de seguro el riesgo asegurado, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador de indemnizar. La falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato.*

Proponemos, asimismo, que el interés asegurable se regule separadamente para los seguros de daños y de personas, en atención a su particular naturaleza, y sugerimos una redacción de textos en el párrafo N° 10, luego de que, en los que siguen a continuación, procedamos a examinar los factores que hay que tener en consideración para llegar a dicha redacción.

## **5. PARTICULARIDADES DEL INTERÉS ASEGURABLE EN LOS SEGUROS DE DAÑOS Y EN LOS DE PERSONAS**

Existe absoluta unanimidad en la doctrina y en la legislación mundial, en considerar que el requisito del interés asegurable es indispensable y necesario para determinar la eficacia de los derechos del asegurado a la hora de los siniestros que afectan a los seguros de daños. También existe unanimidad en la idea de que ese interés debe ser de contenido económico. No existe unanimidad, sin embargo, respecto a si es indispensable su existencia al momento mismo de la contratación, ni tampoco sobre la forma que debe revestir la sanción por su ausencia.

En los seguros de daños, el interés en evitar los riesgos, que se exige a la persona del asegurado, adquiere una dimensión económica, actual o futura, pero concreta; su aplicación excluye la posibilidad de que el seguro se convierta en una mera apuesta y funciona ligado al principio de indemnización como medida de la compensación que el asegurado tiene derecho a reclamar del asegurador. La situación es diferente en los seguros de personas y muy particularmente en los de vida.

Se dice a menudo que toda persona tiene un interés asegurable en su propia vida. Sin embargo, ello no significa que uno tenga un interés pecuniario en su propia vida. Nadie espera sufrir una pérdida pecuniaria como resultado de su propia muerte, ya que la muerte significa, precisamente, el fin de todos los objetivos o aspiraciones terrenales.

El principio apunta a que la persona que toma un seguro sobre su propia vida, tiene interés cierto en cuidarla; tiene la preocupación de que el beneficiario reciba a su muerte una suma de dinero, y también tiene el poder de designar a

cualquier beneficiario, porque se presume que nadie va a designar un beneficiario que tenga la intención de matarle. Por ello, prácticamente en todas las legislaciones, no es necesario que el beneficiario designado por el propio asegurado que contrata un seguro sobre su propia vida, tenga ni deba demostrar tener interés asegurable.

Sin embargo, la regla de que toda persona tiene un interés asegurable en su propia vida y la facultad de designar sin limitación alguna al beneficiario, no se aplica en los países anglosajones de una manera rígida y sin excepción alguna. En efecto, si una tercera persona nombrada como beneficiario, ha entusiasmado al asegurado a tomar la póliza sobre su propia vida y paga la prima, algunas cortes, según las circunstancias de cada caso, pueden anular la póliza como juego o apuesta. Sin embargo, para que dichas cortes tomen esta decisión, el beneficiario debe carecer de interés, tanto económico como familiar, en la continuación de la vida del asegurado<sup>141</sup>. Pero esta es una excepción que no hace más que confirmar la regla general de que cuando es el asegurado quien contrata la póliza y designa al beneficiario, no se requiere probar el interés asegurable.

Distinta es la situación, cuando quien contrata el seguro es un tercero y aquí la doctrina y la legislación internacional se dividen en el tratamiento del tema, como lo hemos examinado en el N° 2 de este trabajo, pero no en el principio subyacente, sino en la solución a que arriban por caminos separados.

El principio consiste, sin duda, en que en los seguros de vida contratados por un tercero sobre la vida del asegurado se encuentra el germen de un peligro muy serio: que el seguro se contrate como una mera apuesta o, peor aún, con el propósito de obtener un lucro a costa de un siniestro intencional, que supone nada menos que la muerte del asegurado.

Hemos visto que en los países anglosajones y en los que siguen al Código de Comercio Chileno de 1867, el principio consiste en exigir, nuevamente, el interés “efectivo” del tercero, en la conservación de la vida que se asegura, interés que puede ser también económico<sup>142</sup>, como el que tiene el empleador en la conservación de la vida de un empleado valioso para su actividad empresarial, o meramente afectivo, como el que tienen los parientes cercanos entre sí. Es por ello que en esta corriente de pensamiento, la exigencia del interés asegurable se traduce en calificarlo como requisito general de validez para todo contrato de seguro, que se encuentra consagrado en las normas generables aplicables al contrato.

En los países que siguen el denominado sistema de derecho continental europeo, la aprensión que despiertan los seguros de vida contratados por terceros se ha traducido en reglas más concretas.

---

<sup>141</sup> Robert H. Jerry. Ob. Cit, pags 196 - 197.

<sup>142</sup> Aunque no tenga la dimensión concreta y cuantificable a que alcanza el interés en los seguros de daños.

En primer lugar, se exige, para la validez del contrato, el consentimiento del asegurado, con indicación de la suma asegurada. En una legislación, la española, está contemplada una excepción que estimamos acertada en esencia, aunque presente dificultades de aplicación: no es necesario el consentimiento del asegurado cuando el seguro es contratado por un tercero ligado de tal modo con el asegurado, que sea razonable suponer que efectivamente existe el interés en la conservación de su vida.

En segundo término, se prohíbe y se sanciona con la nulidad, la contratación de seguros sobre la vida de menores de edad y de incapaces. Para nosotros, que nos declaramos decididos partidarios de resguardar al interés asegurable –ligado al riesgo– como elemento de primera importancia en la contratación de los seguros, resulta más efectivo proteger tal objetivo, en lugar de principios generales, mediante las reglas concretas y precisas que acabamos de mencionar, que sin duda apuntan a dicha finalidad, como se han encargado de destacarlo Sánchez Calero, Antígono Donati y Hans Möller.

## **6. OPORTUNIDAD EN QUE DEBE EXISTIR EL INTERÉS ASEGURABLE**

Un aspecto de mucha relevancia es aquel que dice relación con la oportunidad en que debe existir el interés asegurable. Ya hemos visto que en el derecho chileno, en que el interés asegurable es un elemento esencial del seguro, cuya falta acarrea la nulidad del contrato, la norma general (Art. 518) exige que exista al tiempo de la contratación. En el párrafo destinado al seguro de vida, el Código no dice nada, de lo que se colige que cabe aplicar la norma general del Art 518; y en aquél que se refiere al seguro marítimo, la normativa concreta otra solución, ya que si bien expresa primeramente la exigencia genérica del interés (Art 1164), señala luego que el asegurado “solo debe justificar su interés asegurable en la época en que ocurra la pérdida o daño a la cosa asegurada” (Art. 1165).

En la legislación codificada, que hemos examinado en el párrafo 2 de este trabajo, hay distintas soluciones, aún cuando la mayoría requiere, al igual que la legislación chilena, la existencia del interés asegurable a la época de contratar, con excepción del seguro marítimo en que es preciso acreditarlo a la época del siniestro. Sin embargo, en una de las legislaciones que hemos analizado, la de Alemania, existe una regla que amplía las posibilidades, al contemplar que es posible postergar la exigencia a una época futura, si el seguro se ha contratado para cubrir un riesgo que ha de sobrevenir o correrse en el futuro.

Por otra parte, no está conforme la doctrina europea, al menos parte muy importante de ella, con la solución legal de que el requisito del interés en los seguros de daños, deba existir solamente a la época de la celebración del contrato de seguro, sino más bien se pronuncia sobre la necesidad de que tal

interés subsista hasta el mismo momento en que se reclame la indemnización de un siniestro.

El Profesor Fernando Sánchez Calero coincide con la posición de que el interés asegurable debe existir a la época del contrato o la fecha futura fijada en él, como también al momento del siniestro. Expresa: "Conviene advertir que la existencia del interés no puede limitarse al momento inicial de la vida de la relación jurídica, sino que ha de pervivir durante toda ella como se trasluce del propio artículo 25, cuando se refiere al interés del asegurado a la indemnización del daño. La desaparición del interés en un momento posterior produce también efectos en la eficacia sucesiva de la relación. Pero es un caso no contemplado en el artículo 25, si bien el artículo 34 alude al problema al contemplar el supuesto de transmisión del objeto asegurado. El artículo 25 se ocupa de la falta de interés inicial, aun cuando conviene hacer una referencia a lo que sucede con la falta de interés sucesiva"<sup>143</sup>.

Y añade: "Si el interés existe en este momento (la fecha de celebración del contrato), pero después desaparece, nos hallamos ante un supuesto de falta sucesiva del interés, que era contemplado en los Anteproyectos de 1969 y 1970, pero sobre el que tanto el Proyecto del Gobierno como la LCS han guardado silencio. En tal hipótesis ha de entenderse que el contrato, en principio es válido, más cuando se produce la falta de interés surge una causa de extinción de la relación aseguradora. Tal supuesto - a mi juicio- no puede equipararse a la nulidad a la que se refiere el artículo 25, sino a una causa de resolución del contrato, que ha de operar en el mismo momento en que el tomador del seguro o el asegurado notifique al asegurador la cesación del interés. Por otro lado, está claro que, si falta el interés, no puede producirse un siniestro, de forma que a partir de la cesación del interés, el asegurador queda liberado de la obligación de garantía con relación al asegurado.

Si cesa el interés, se produce, como digo, una causa de resolución del contrato, que operará desde el mismo momento en que falte el interés. La cobertura del riesgo termina en ese momento. Con relación al pago de la prima, ante el silencio de la LCS en este punto, habrá de entenderse que en este caso - por aplicación del principio de la indivisibilidad de la prima- el asegurador tiene derecho a la prima correspondiente al periodo en que el interés ha cesado. Lo que, por otro lado, implica que si se produce la desaparición del interés, aunque el tomador del seguro omita la comunicación de este hecho al asegurador, éste no podrá pretender el cobro de la prima que corresponda al periodo siguiente"<sup>144</sup>.

La doctrina europea discrepa respecto a los efectos de la falta del interés, pero no sobre el resultado que se persigue: careciendo de interés al momento de

---

<sup>143</sup> Fernando Sánchez Calero, "Ley de Contrato de Seguro", Editorial Aranzadi, Navarra, Segunda Edición, 2001, pág., 442.

<sup>144</sup> Vid. Fernando Sánchez Calero, ob. cit., pág., 444.



producirse el siniestro, el asegurado no puede cobrar una indemnización al amparo de la póliza, ya sea que se estime que el contrato es nulo, ineficaz o que opera su terminación.

Examinaremos a continuación el tratamiento del punto que analizamos, bajo el sistema del Common Law:

- a) En el seguro de vida se sostiene comúnmente que el interés asegurable debe existir al tiempo de la celebración del contrato y que la falta de interés a la época de la muerte del asegurado es irrelevante. Se da, algunas veces, aplicación a la doctrina que exige el interés asegurable a la época de la pérdida, en los casos donde el interés pecuniario desaparece después de la formación del contrato, pero esos casos son de rara ocurrencia y menor importancia, por regla general, atendida la circunstancia de que el propietario de la póliza, está en situación de cambiar al beneficiario.
- b) En los seguros reales, que cubren bienes, la mayoría de las cortes inglesas y americanas adhieren a la regla de que el interés asegurable debe existir o justificarse únicamente a la época de la pérdida. Pero hay muchos casos en que, basándose en un antiguo precedente inglés, algunas cortes americanas han exigido la existencia del interés asegurable tanto a la época de formación del contrato como a la época de la pérdida<sup>145</sup>. Por otra parte, el Uniform Commercial Code de USA, contiene normas específicas relativas al interés asegurable en las mercaderías objeto de una venta, las que por regla general, ligan la existencia de tal interés con la persona sobre la cual recae la obligación contractual o legal de responder por la pérdida de tales bienes, que, por lo tanto, es la que tiene que demostrar el interés asegurable a la época de la pérdida<sup>146</sup>. Dicho de otra forma, el interés y la obligación de demostrarlo pesan sobre la persona en quien recae el riesgo de la cosa vendida, que se regula de una manera distinta en el UCC de USA y en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que en nuestro derecho<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Se menciona frecuentemente a una frase escrita por Lord Chancellor Hardwicke en la sentencia del caso *Sadlers Co v. Beadcock* como aquella que estableció la regla de que en los seguros que cubren propiedades (seguros de daños, en nuestra nomenclatura), es necesario que el asegurado tenga el interés asegurable tanto a la época de contratar el seguro como también a la época de la pérdida. (Robert E. Keeton y Alan Widiss, "Insurance Law", Editorial West Publishing Co., Saint Paul, USA, 1988, pág. 153).

<sup>146</sup> Robert H. Jerry. Ob. cit., pag 192

<sup>147</sup> El Art. 1820 del Código Civil chileno pone de cargo del comprador el riesgo de la cosa "desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa". EL UCC de los EE.UU. y la Convención de Viena, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, regulan esta materia de una manera distinta, adjudicado el riesgo a aquella de las partes que está en posesión material de la cosa y/o encargada de su cuidado, su transporte y de asegurarla.

- c) En los seguros de responsabilidad, las cuestiones relativas al interés asegurable no son particularmente importantes. La mayoría de las cortes inglesas y americanas sostienen que el seguro de responsabilidad, como otras clases de seguro, deben fundarse en un interés asegurable. Sin embargo, la esencia de un seguro de responsabilidad es proveer de cobertura por la responsabilidad legal en que uno puede incurrir en relación a otros y el asegurado siempre tiene interés en protegerse contra esta responsabilidad, de modo que es evidente que no se justifica la contratación del seguro si el asegurado no está afecto a alguna responsabilidad, ni podrá haber siniestro (al menos uno cubierto por la póliza), si el asegurado ha dejado de estar expuesto a ella<sup>148</sup>.

## 7. EFECTOS QUE ACARREA LA FALTA DEL INTERÉS

El Código de Comercio de Chile contempla como sanción por la falta del interés asegurable, la nulidad absoluta del contrato de seguro. El mismo criterio siguen, en general, los países del sistema legal continental codificado, con varias excepciones que hablan en general de ineficacia o de la pérdida del derecho del asegurado a exigir la indemnización.

En el derecho anglosajón se presenta la misma dualidad de soluciones: faltando el interés asegurable la póliza o es nula o “unenforceable”, es decir, que no se puede hacer efectivo su cumplimiento. Declarada la nulidad de la póliza o ante la pérdida del derecho del asegurado a hacerla efectiva para cobrar un siniestro, la mayoría de las legislaciones establecen que corresponde al asegurador devolverle al asegurado la prima, con retención del importe de los gastos del contrato. En una de ellas, la colombiana, se hace una razonable diferencia entre lo que ocurre en los seguros de daños y los de personas.

En los países del Common Law, conforme a sus particularidades, por lo general tampoco hay a este respecto normas legales, sino reglas que emanan de las decisiones judiciales. En estos países, algunas veces los aseguradores ofrecen voluntariamente la devolución de las primas, cuando rechazan un reclamo sobre la base de la falta del interés asegurable. La oferta la hacen, probablemente, en la esperanza, ya sea, de evitar el reclamo del asegurado o los beneficiarios, o para mejorar su imagen como aseguradores, y por lo tanto aumentar las posibilidades de una defensa judicial exitosa frente al reclamo.

Hay relativamente pocos fallos judiciales relacionados con el tema de si el asegurador es obligado a devolver las primas que han sido pagadas por un asegurado al cual le falta el requisito del interés asegurable. No hay muchas instancias en las cuales las cortes hayan enfrentado la cuestión de si un asegurador que exitosamente evita pagar un reclamo sobre la base de la

---

<sup>148</sup> Vid. Robert H. Jerry. Ob. Cit, pag 193

ausencia del requisito del interés asegurable es obligado o no a devolver las primas que fueron pagadas por la póliza de seguro<sup>149</sup>.

Algunas cortes se han sentido molestas por la inequidad que significa permitir a un asegurador cobrar primas y posteriormente defenderse contra un reclamo sobre la base de la falta del interés asegurable, de modo que resuelven los incidentes que se plantean alegando un enriquecimiento injusto, ordenando la devolución de las primas cobradas con intereses cuando un contrato de seguro ha sido declarado inaplicable.

Otras decisiones judiciales han resuelto el asunto sosteniendo que el asegurado puede recobrar las primas pagadas, sólo cuando de buena fe creía que el contrato de seguro era válido. Unas pocas decisiones, sin embargo han ido al extremo opuesto, de denegar un recobro de primas, aún a pesar de que la adquisición del seguro fue hecha de buena fe en cuanto a la validez del contrato de seguro, incluso, en unos pocos casos en que la contratación fue inducida erróneamente por los agentes del asegurador<sup>150</sup>. Pero estos casos son los menos.

Resulta posible concluir, entonces, en que de una u otra forma, resulta corriente en todo el mundo, que cuando el contrato de seguro resulta nulo o ineficaz por falta de interés asegurable, se procede a la devolución de las primas pagadas por el asegurado.

## **8. TITULAR DEL DERECHO A ALEGAR LA FALTA DE INTERÉS ASEGUABLE**

Una cuestión importante radica en determinar si aparte del propio asegurador, hay alguien más que pueda alegar la falta del interés asegurable<sup>151</sup>. La mayoría de las cortes americanas adhieren a la posición de que solo el asegurador tiene derecho a oponer la falta de interés asegurable. Aún cuando la regla se enuncia con amplitud, tiene escasa aplicación fuera del ámbito del seguro de

---

<sup>149</sup> Keeton y Widdiss, Op. Cit. Págs. 160-161. En todo caso, la devolución de las primas pagadas, ofrecida por los propios aseguradores, hace más fácil aceptar la idea de aceptar la ineficacia del contrato por falta de interés asegurable. Como una cuestión propia de litigación estratégica, sin embargo, aparece que muchos abogados (de los asegurados), no incluyen en sus demandas, peticiones para la devolución de las primas, seguramente porque ellos no quieren suministrar a las cortes una oportunidad de llegar a un fallo basado en un compromiso semejante (declarar la ineficacia del contrato pero ordenar la devolución de las primas).

<sup>150</sup> Un fallo llegó al extremo de denegar la devolución de primas solicitada, a pesar de que los agentes de seguro obraron fraudulentamente al inducir al asegurado a contratar el seguro sin tener interés asegurable.

<sup>151</sup> No nos referiremos aquí, porque se trata de otro tema, al derecho del asegurado que ha perdido el interés asegurable para requerir la cancelación o terminación anticipada del contrato de seguro

vida. En los seguros sobre bienes o de responsabilidad (vale decir, en todos los ramos que nuestra doctrina identifica como seguros patrimoniales), un tercero no tiene motivo ni razón para alegar la falta del interés asegurable, desde que alguien que es una tercera parte no tiene nada que ganar invalidando la póliza que pertenece a otra persona. Por otra parte, la regla de que sólo el asegurador puede alegar la falta de interés asegurable se deriva de la noción de que sólo quien es una de las partes del contrato tendría derecho a alegar un hecho que vicia o afecta al contrato. Para un tercero el asunto es *res inter alias acta*<sup>152</sup>. Pero tratándose del seguro de vida, no tiene sentido impedir que un asegurado designado por un tercero trate de cancelar la póliza luego de descubrir que alguien, sin interés asegurable sobre su vida, ha tomado una póliza sin obtener su consentimiento, ya que es precisamente el asegurado la persona cuya vida puede estar en riesgo debido a tal acuerdo.

Un caso más difícil se presenta cuando el asegurado designado previamente consiente en la emisión de la póliza a una persona que posee interés asegurable en la vida del individuo, pero ese interés se ha extinguido y el asegurado desea ahora que la póliza se cancele. En estos casos, parece ser de toda justicia aceptar la tesis de que la persona sobre cuya vida se ha contratado un seguro de vida, siempre puede solicitar la cancelación de la póliza si se ha perdido el interés del tercero en su conservación. En este caso la justicia se concilia enteramente, además, con el orden público.

En algunas decisiones de las cortes inglesas y americanas se ha permitido, en ciertos y determinados casos, que terceras partes puedan alegar la pérdida del interés asegurable<sup>153</sup>.

La mayoría de las cortes americanas han sostenido que el asegurador no puede renunciar al requisito del interés asegurable y de ejercer el derecho a anular o cancelar una póliza por falta de tal interés, dejando incluso de lado a la férrea aplicación de la teoría del estoppel, conocida en la doctrina nacional como la teoría de los actos propios (“venire contra factum proprium”)<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Esto es algo paradójico, toda vez que la doctrina del interés asegurable evolucionó en el derecho anglosajón, para proteger al público de los contratos de juego o apuesta y eliminar los incentivos a la destrucción de la propiedad o las vidas, no para proteger los intereses de los aseguradores.

<sup>153</sup> Vid. Robert H. Jerry. Ob. Cit. Pág 201

<sup>154</sup> Vid. Robert H. Jerry. Ob. cit. Pág 194. La doctrina del estoppel consiste en que las partes están impedidas por sus propios actos de reclamar un derecho en detrimento de otra parte que está en el derecho de confiar en tal conducta y que ha actuado conforme a ella. (Graham v. Asbury, 112 Arizona. 184, 540 P.2d 656, 658). Un principio que establece que un individuo está impedido de denegar, o de alegar o afirmar cierto hecho, como consecuencia de su conducta previa, alegaciones o negativas. Una doctrina que sostiene que una posición, actitud o curso de acción inconsistente, no puede ser adoptada para causar daño o pérdida a otro. (Brand v. Farmers Mut. Protective Assurance of Texas, Texas. Cib, App, 95 S.W.DD 994, 997). Sentencias tomadas de Black’s Law Dictionary - Unabridged, Sexta Edición, Editorial West Publishing Co., Saint Paul, USA , 1990, Pág. 551.

La cuestión se presenta usualmente de la siguiente manera: el asegurado o el beneficiario reclama un siniestro, el asegurador rechaza el reclamo sobre la base de que el asegurado o el beneficiario carece de interés asegurable, y estos responden al rechazo alegando que el asegurador ha efectuado alguna declaración o hecho algo que implica una renuncia a alegar la excepción de falta de interés asegurable, que detiene (“estop”, de donde proviene la expresión “estoppel”) su derecho a alegar tal defensa<sup>155</sup>.

Constituye una materia sobre la cual existen substanciales desacuerdos en los precedentes judiciales del Common Law, el punto relativo a si las razones de orden público que sustentan la doctrina del interés asegurable, particularmente el hecho de que constituye un interés social el evitar las circunstancias que puedan inducir a la destrucción de la vida o la propiedad, tienen mayor valor y prevalecen, o no, por sobre las consideraciones y fundamentos en que se apoya la doctrina del estoppel. Hay muchas decisiones judiciales que sustentan la idea de que la aplicación del interés asegurable no puede ser dejada de lado ni aún invocando la teoría del estoppel, revelando la enorme fuerza que el principio del interés asegurable tiene en el derecho anglosajón. Hay también decisiones que adoptan la posición que la doctrina del estoppel es aplicable plenamente, y prevalece, en este contexto, como también muchas cortes han tomado una posición intermedia que sostiene que, aun cuando un asegurador no está privado del derecho a exigir un interés asegurable completo, una vez que se demuestra que el asegurado tiene algún tipo de interés asegurable, el asegurador está impedido de presentar una defensa basada en el razonamiento de que el interés asegurado vale menos que el monto del seguro establecido en la póliza. Aún cuando las opiniones judiciales frecuentemente no hacen una clara distinción entre estas tres aproximaciones, la posición intermedia parece reflejar el sentir más común<sup>156</sup>.

## **9. EMISIÓN DE PÓLIZAS DE SEGURO DE VIDA A PERSONAS QUE NO TIENEN INTERÉS EN LA VIDA DEL ASEGURADO Y EL ROL DEL CONSENTIMIENTO**

En algunos casos ventilados ante cortes americanas, se ha discutido, incluso, sobre la posibilidad de considerar responsable al asegurador, por haber vendido una póliza de seguro de vida a alguien que carece de interés asegurable en la vida del asegurado, en circunstancias en las que se alegó que la emisión de la póliza contribuyó a la muerte del asegurado. La importancia que tiene el requerimiento del consentimiento del asegurado, previo a la emisión de la póliza sobre su vida solicitada por un tercero, como una forma de prevenir tal funesto resultado, quedó de manifiesto en el caso Ramey v. Carolina Life Insurance Co., en el cual la cónyuge obtuvo una póliza de seguro

---

<sup>155</sup> Robert H. Jerry, Ob. cit., pag 194.

<sup>156</sup> Keeton Y Widiss, Op. Cit, Págs. 158 y 159.

sobre la vida de su marido sin el consentimiento de éste y luego trató de envenenarlo para cobrar el seguro. El marido, salvado de la muerte, demandó a la compañía aseguradora porque su negligencia en obtener su consentimiento facilitó las posibilidades de su cónyuge de atentar contra su vida. La Corte determinó que el asegurador tiene que “usar un grado razonable de diligencia para no generar una situación que pueda constituir un estímulo para el asesinato”<sup>157</sup>. Sin embargo, hay que tener presente que como todas las cosas que regula el derecho, el consentimiento previo del asegurado no resuelve todas las situaciones conflictivas que pueden presentarse.

En los EE.UU. se presentó un caso en que el propio asegurador fue quien alegó la falta de consentimiento del asegurado para obtener la ineficacia del seguro y la Corte denegó la alegación y sostuvo que la póliza era válida. Se trataba de un caso en el que los padres de un soldado en servicio en Vietnam habían asegurado la vida de su hijo sin su consentimiento y completaron la solicitud de seguro y la entregaron al asegurador junto con la primera prima el 14 de febrero. La Compañía notificó el 17 del mismo mes que la póliza estaba aprobada y en vigencia desde el 14 de febrero, fecha de la solicitud y resultó que a la 1 AM de ese mismo día 14 de febrero, sin que sus padres lo supiesen, el hijo asegurado había muerto en combate. El asegurador denegó responsabilidad por falta de consentimiento del asegurado e intentó devolver la prima, pero la Corte resolvió que el seguro era válido, debido a que la Compañía había aceptado esa forma de comercializar sus seguros<sup>158</sup>. Agregó, además, como lo señala expresamente la ley española, que en relaciones cercanas de familia, debe presumirse el consentimiento del asegurado para la adquisición de una póliza sobre su vida (Dixon v. Western Union Assurance co)<sup>159</sup>.

Queda sentado, sin embargo, que, como lo demuestra la doctrina y la mayoría de la legislación continental y el common law anglosajón, la obtención del consentimiento del asegurado, cuando los seguros que cubren la vida son contratados por un tercero, es una forma muchísimo más concreta y eficaz de proteger el interés asegurable, que la exigencia genérica y meramente formal de la existencia del interés como condición de validez del seguro.

## **10. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL INTERÉS ASEGURABLE EN LOS SEGUROS DE DAÑOS Y DE PERSONAS**

Sobre la base de los antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales que anteceden, y manifestada con anterioridad, en el párrafo N° 4, nuestra opción por excluir el interés asegurable de las normas que rigen la regulación general del contrato de seguro, como elemento esencial de validez, presentamos a

---

<sup>157</sup> Vid. Robert H. Jerry. Ob. Cit. Pag. 204.

<sup>158</sup> Este caso constituye, también, un ejemplo de aplicación concreta de la doctrina del estoppel.

<sup>159</sup> Vid. Robert H. Jerry. Ob. Cit. Pag 205

continuación nuestra propuesta de normas referentes a esta institución en los capítulos de la ley que regulen los seguros de daños y los seguros de personas.

**Art. \_\_\_\_** *(Para el seguro de daños): toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños.*

*Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización. Pero podrá pedir al asegurador la devolución de las primas pagadas, con deducción del importe de los gastos del contrato.*

#### - Comentarios

El inciso primero de la norma propuesta no define el interés, porque ello está hecho en el Art. 513 del Código de Comercio, pero contempla la necesidad de que el asegurado lo tenga, para que pueda contratar el seguro, como antecedente necesario para el resultado que acarrea la falta de tal interés, que regula el inciso segundo. Establece la norma las características que debe tener el interés en este tipo de seguros, a saber, patrimonial, lícito y estimable en dinero, y además, contempla que puede existir, tanto a la época de la celebración del contrato, como en el futuro.

En el inciso segundo se establece la consecuencia para el caso de que no exista el interés a la época del siniestro: el asegurado no podrá reclamar la indemnización, o, dicho en otros términos, el beneficio del seguro. Como se advierte, la norma propuesta no utiliza el concepto de la nulidad absoluta, reservado sólo para los casos en que se infrinja un requisito esencial del contrato, y en nuestra proposición el interés asegurable ha dejado de serlo, y lo hemos reemplazado por la consecuencia de privar al asegurado del beneficio de la indemnización, que es la sanción adecuada a un caso en el cual la falta de interés patrimonial en la cosa asegurada, hace imposible argumentar haber sufrido un perjuicio económico que deba ser indemnizado<sup>160</sup>. La falta de interés que lleve a este resultado, debe ser necesariamente total, de modo que los casos en que el asegurado tenga o conserve un interés incompleto, no pueden conducir a la ineficacia absoluta del seguro, sino simplemente a una reducción proporcional de la indemnización, materia que debe estar regulada por otras normas de la ley y a las cuales nos referimos en el N° 11 de este trabajo. Por último, en el caso en que haya lugar a la aplicación de la privación de la indemnización al asegurado, éste tiene derecho a reclamar al asegurador la devolución de la prima, con deducción de los gastos incurridos por éste en la emisión de la póliza.

---

<sup>160</sup> Como hemos dicho anteriormente, aún sin una solución legal de este tipo, el asegurado no podría exigir el pago de la indemnización porque en tal caso se vería afectado el principio de indemnización que alude a la naturaleza reparatoria de la institución, y que excluye la posibilidad de que alguien obtenga por su intermedio ganancias

**Art. \_\_\_\_** (Seguros de personas): *los seguros de personas pueden ser contratados por el propio asegurado o por cualquiera que tenga interés. El seguro de vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para el caso de muerte como para el de sobrevivencia o ambos conjuntamente.*

*En los seguros para el caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento escrito de este último, con indicación del monto asegurado y de la persona del beneficiario. No se podrá contratar un seguro para el caso de muerte, sobre la cabeza de menores de edad o de incapacitados. Los seguros contratados en contravención a éstas normas serán absolutamente nulos y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas, pudiendo retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.*

- *Comentarios:*

Proponemos establecer el requisito del interés con características amplias, abarcando a todos los seguros de personas y no sólo a los de vida, como hemos visto en algunas legislaciones. Sin embargo, mientras que en los seguros de personas en general, se exige el requisito amplio del interés en la contratación, que no teniendo límites, puede ser de cualquier tipo, en aquellos para el caso de muerte de la persona, requieren el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del monto asegurado y de la persona del beneficiario, en el evento que el seguro haya sido contratado por un tercero.

Este requisito objetivo es, a nuestro juicio, la mejor forma de resguardar el principio del interés en este tipo de seguros y la que de mejor manera previene el mal uso de la figura contractual, y muy en particular, la salvaguarda de la vida del asegurado. En este tipo de seguros el interés se requiere a la fecha de la contratación. Será el propio asegurado quien podrá prevenir los efectos de la desaparición del interés del tercero, revocando al beneficiario, derecho que otra disposición de la ley debe contemplar en términos amplios.

Siguiendo una norma que, como hemos visto, es muy común en otras legislaciones, se prohíbe la contratación de seguros sobre la vida de menores e incapaces, en términos genéricos y sin excepciones.

En nuestro país, en que la mayoría de edad se produce a los 18 años, no estimamos necesario un régimen especial para los 4 (o 6) años que corresponden a la etapa intermedia, como lo hacen algunas legislaciones, con las dificultades y confusiones que ello produciría inevitablemente, a la hora de su aplicación práctica. Por último, en cuanto a la devolución de la prima, siguiendo un ejemplo de la legislación extranjera consultada, se establece que el asegurador sólo podrá retener el importe de sus gastos si ha procedido de buena fe, norma orientada a enfatizar el cuidado con que debe actuar en la observancia de estas normas.



## 11. DECAIMIENTO, CONCURRENCIA Y TRASPASO DEL INTERÉS

De la misma manera como el asegurado puede no tener interés asegurable al momento del contrato, pero tiene contemplado llegar a tenerlo en el futuro, también puede desaparecer el interés que tenía, después del contrato y antes de presentarse un siniestro, como igualmente verse atenuado, entrar en concurrencia con otros intereses o traspasarse a terceros. Todas estas circunstancias tienen su efecto en el contrato de seguro.

Sánchez Calero expresa que la sanción de ineficacia total del seguro que contempla el Art. 25 de la ley española, “parte del presupuesto de la falta total del interés asegurado. El interés como relación económica entre el sujeto y el bien, no debe existir de forma absoluta, para que se produzcan los efectos previstos en este artículo. En otro caso estaremos ante una falta *parcial* del interés, lo que puede suceder, con relativa frecuencia, con referencia al objeto sobre el que recae el interés”.

Añade que la falta parcial del interés se confunde, en ocasiones, con la falta parcial de riesgo, aún cuando dentro del terreno de los principios se trata de asuntos diversos, “ya que una cuestión es el interés determinado al que se refiere el contrato y otra el riesgo, como posibilidad de un determinado evento que incide sobre ese interés, cuya lesión da lugar al siniestro”. Pero, agrega, a pesar de esta distinción, el caso de la falta parcial de interés da lugar a una solución similar a la prevista en el artículo 31 de la ley española, para la hipótesis de sobreseguro. Es decir, no cabe aplicar el artículo 25 al caso en que el interés falte parcialmente, ya que este artículo presupone la inexistencia absoluta del interés, como condición necesaria para considerar al contrato como nulo.

En resumen, si se produce el presupuesto de la ausencia total del interés asegurado en el momento en que el contrato de seguro debe comenzar a producir sus efectos, o en la época que se haya convenido, o no subsiste dicho interés a la época del siniestro, nos hallaremos ante un caso de ineficacia absoluta del contrato. Por el contrario, el decaimiento o la disminución del interés asegurable, o su concurrencia con otros distintos, no puede conducir, de ninguna manera, a la ineficacia del seguro ni a la devolución de la prima, sino únicamente a una modificación del contrato, con reducción de la suma asegurada y de la prima<sup>161</sup>, materia que debe estar reglamentada por la ley en otras disposiciones legales que aquellas que han motivado la redacción del presente trabajo.

Un caso especial es el de la transmisión del objeto asegurado, pues si bien es cierto que en tal caso desaparece el interés respecto al asegurado, se produce una continuación del interés con relación al adquirente. En este caso no hay cesación del interés, sino transferencia del mismo, materia que constituye una

---

<sup>161</sup> Fernando Sánchez Calero, ob. cit., pág., 443.

situación totalmente distinta, que debe tener, también, una regulación especial en la ley que gobierna el contrato de seguro.

## 12. CONCLUSIONES

Proponemos los siguientes textos para regular el interés asegurable, partiendo de la base que hay uno nuevo que define el concepto, todo en los términos que se indican a continuación:

**Art...** *Constituye interés asegurable aquel que tiene el asegurado, o el beneficiario si es distinto de aquél, en la no realización del riesgo.*

**Art. ....** *Son requisitos esenciales del contrato de seguro el riesgo asegurado, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador de indemnizar. (No se menciona al interés asegurable aquí)*

*La falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato.*

**Art. \_\_\_\_** *(Para el seguro de daños) Toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños.*

*Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización. Pero podrá pedir al asegurador la devolución de las primas pagadas, con deducción del importe de los gastos del contrato.*

**Art. \_\_\_\_** *(Seguros de personas) Los seguros de personas pueden ser contratados por el propio asegurado o por cualquiera que tenga interés. El seguro de vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para el caso de muerte como para el de sobrevivencia o ambos conjuntamente.*

*En los seguros para el caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento escrito de este último, con indicación del monto asegurado y de la persona del beneficiario. No se podrá contratar un seguro para el caso de muerte, sobre la cabeza de menores de edad o de incapacitados.*

*Los seguros contratados en contravención a éstas normas serán absolutamente nulos y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas, pudiendo retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.*

## Ponencia 5

# CONCEPTO DE INTERÉS EN EL SEGURO DE DAÑOS

**Humberto Ruiz Quiroz**<sup>162</sup>

Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianzas

### SUMARIO

Introducción. 1. El interés, presupuesto necesario específico del seguro contra los daños. 2. ¿Es el interés objeto del contrato?

### INTRODUCCIÓN

El término interés es empleado en la ciencia del Derecho tanto en el campo procesal como en el sustantivo y es la Filosofía del derecho la que se ocupa del estudio de ese principio jurídico general; pero en todas las ramas de esa ciencia se usa este concepto con diferentes matices. En la especialísima rama del Derecho mercantil denominada Derecho de seguros constituye un concepto básico que constantemente debemos tener en cuenta ante cualquier aplicación que tengamos que hacer para resolver algún problema jurídico relativo al contrato de seguro.

Dentro de este campo se ha planteado la necesidad de su existencia, de definirlo y de limitar el alcance de este concepto, en las relaciones jurídicas derivadas del acto denominado contrato de seguro. No pretendo adentrarme en la definición del concepto tan amplio y general propio de la Filosofía del derecho, sino limitarme a analizar qué función desempeña en la integración de la relación que nace del contrato de seguro.

Debemos procurar primero determinar los elementos de ese contrato, para después colocar en esa realidad todos los ingredientes que constituyen y los que rodean ese acto denominado contrato de seguro y, como es obvio, debemos primero analizar los elementos que constituyen el concepto general de derecho denominado contrato.

En el derecho positivo mexicano, el contrato es considerado una especie del género convenio, pues éste es definido por el artículo 1792 del Código Civil

---

<sup>162</sup> Abogado, Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Mexico. Post grado en la Universidad Central de Madrid. Ha sido abogado postulante en Derecho Civil y Mercantil, especialmente en materia de seguros y fianzas. Ha impartido diversos cursos de Derecho Civil y Mercantil en la Escuela Libre de Derecho, Universidad Anáhuac, Universidad La Salle y Universidad Ibero Americana, en la licenciatura y posgrado. Actualmente es maestro del curso de Seguros y Fianzas en la Escuela Libre de Derecho.

Federal como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y el contrato es un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos (artículo 1793 del mismo Código Civil Federal). Conforme a las mismas normas positivas del Código Civil Federal los elementos esenciales del contrato son el consentimiento y el objeto. Nuestro derecho positivo no sigue la doctrina causalista, por lo que no se incluye entre los elementos esenciales del contrato, la causa, como en otros sistemas de derecho.

Al lado de los elementos esenciales, el contrato requiere de determinados requisitos o presupuestos de validez, que aunque extrínsecos ejercen una función integradora respecto de ese acto jurídico. De acuerdo con nuestro derecho, estos presupuestos, cuya ausencia señala como causas de invalidez el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal son: la capacidad de obrar, el consentimiento no viciado, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma; los cuales se requieren en el contrato de seguro, con excepción de la forma porque de acuerdo artículo 21 de la ley que lo regula en México, este acto no sólo es consensual, sino imperativamente consensual.

Aplicados estos principios al contrato de seguro, tenemos que éste existirá cuando las partes, tomador y asegurador, manifiesten su consentimiento en que, el segundo, organizado como empresa conforme a la ley administrativa, consienta en pagar una indemnización o una suma asegurada al asegurado, mediante el pago de una prima, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato; de donde se concluye que los elementos esenciales del contrato de seguro son: consentimiento, como en todo contrato; el objeto que consiste en la asunción del riesgo que puede llegar al pago de la indemnización o de la suma asegurada por parte de la aseguradora y el pago de la prima por el tomador o el asegurado; la existencia del riesgo y la organización como empresa a la que debe sujetarse la aseguradora, conforme a las normas de derecho administrativo establecidas en la ley respectiva.

Salta a la vista que el riesgo no lo he incluido en el objeto del contrato, porque para nuestra ley civil y mercantil éste lo constituyen, en todos los contratos, las prestaciones, es decir, el dar, el hacer o una abstención, por lo que no se considera que el riesgo sea objeto del contrato, sino un elemento esencial específico del contrato de seguro, distinto del objeto. Expuestos estos conceptos fundamentales busquemos el lugar que ocupa en el contrato de seguro, el interés asegurable. A los presupuestos necesarios mencionados se les aplica en el contrato de seguro, los principios generales de los contratos, aunque respecto a los dos últimos se encuentran algunas normas específicas en las leyes que regulan el seguro. Así, respecto al error o dolo que sufra el asegurador al celebrar el contrato, se establece un régimen especial en las leyes atinentes a este contrato, como el contenido en la Ley sobre el Contrato de Seguro mexicana, cuyos artículos 8º, 9º, 10, 47, 48, 49, 50, 51 y 82 regulan las consecuencias de la omisión o inexacta declaración al describir riesgo, en la propuesta y oferta de contrato; régimen que es tratado ampliamente en las

obras generales sobre el contrato de seguro y en monografías específicas sobre este problema, que rebasa el tema del presente trabajo.<sup>163</sup>

En lo que respecta a la licitud en el objeto o fin o motivo del contrato, las leyes suelen hacer mención expresa de algunos casos de ilicitud, como es la prohibición de que la aseguradora cubra los siniestros causados por dolo o mala fe del asegurado, o la causa de nulidad que se establecía en las fracciones V y VI del artículo 856 del Código de Comercio, respecto a los seguros que recayeren sobre géneros de ilícito comercio o sobre buque dedicado habitualmente al contrabando, aunque la tendencia actual es en el sentido de no ejemplificar los casos de ilicitud que varían según los tiempos y lugares.<sup>164</sup>

En la práctica seguida en nuestro país, alguna póliza, como la que se usa en seguro de crédito, establece expresamente que para conceder la cobertura es necesario que los créditos correspondan a mercancía de lícito comercio y de exportación permitida.

## **1. EL INTERÉS, PRESUPUESTO NECESARIO ESPECÍFICO DEL SEGURO CONTRA LOS DAÑOS**

Se ha discutirlo y se sigue discutiendo en torno al interés en el seguro: primero, si éste debe existir en todos los contratos de este tipo o sólo en el seguro de daños; y segundo, si el interés constituye el objeto del contrato y, por lo tanto, es un elemento esencial o incluso, si tiene este último carácter, aun sin formar parte de su objeto.

Respecto a la primera cuestión cabe decir que es un problema complejo, que merece un estudio amplio y específico del que no me ocuparé, pues rebasa los límites de un artículo como el presente; pero manifiesto mi adhesión a quienes niegan el requisito de interés asegurado en el seguro de vida, aunque en el de gastos médicos es evidente que existe, por lo que nuestra ley, en el primer párrafo del artículo 152 dispone que: “El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.”

---

<sup>163</sup> Véase RUIZ RUEDA, Luis, *La carga de la descripción precontractual del riesgo en Revista Mexicana de Seguros*, núm. 157, dic. de 1956, pp. 4 a 14; y RUIZ GUTIÉRREZ, Luis Ricardo, *El consentimiento viciado del asegurador en el contrato de seguro*.

<sup>164</sup> Véase DONATI, Antigono, *L'inassicurabilità del rischio*, en *Revista del Diritto della Navigazione*, Milán, 1950, pp. 192 y sigs. Donde estudia la inasegurabilidad jurídica del evento causando dolosamente por el asegurado, ocasionado por actividad ilícita de éste y el evento sobre intereses ilícitos; también en *Trattato*, citada pp. 129 y sigs.

Al iniciar cualquier estudio sobre el interés en el seguro, nos encontramos que mientras el entender la necesidad del interés del asegurado en el contrato que cubre el riesgo del daño que pueda sufrir una persona en su patrimonio, es un problema sencillo, por el carácter indemnizatorio del seguro contra los daños y es igualmente sencillo entender cuándo una persona tiene interés en que no se produzca un siniestro, al estudiar las diversas definiciones que proporcionan los tratadistas de doctrina jurídica respecto al interés asegurado, vemos que su definición es problema que presenta dificultades.

Ferrarini, en interesante monografía nos dice que “una definición del interés falta en los textos legislativos”<sup>165</sup> a lo que comento que debemos congratularnos por la ausencia de esa definición, pues si es difícil definir un contrato, mucho más complicado es expresar esa noción abstracta de carácter económico, respecto de la que los autores distan de ponerse de acuerdo; aunque en lo que sí coinciden es en considerar que la acepción del interés que debemos utilizar en relación con el seguro, es un concepto económico: “Tal relación económica de la persona con la cosa llamase interés”.<sup>166</sup>

El mismo Ferrarini dice que: “El interés, como relación de una persona con una cosa, existe independientemente de un riesgo que lo amenace. El riesgo no constituye la premisa del interés: la relación y la suerte del interés son independientes”.<sup>167</sup>

Donati define el interés diciendo que “es una relación, susceptible de valoración económica, entre un sujeto y una cosa apta a satisfacer una necesidad, a prestar una utilidad, o más brevemente una relación económica (*quae inter est*) entre un sujeto y un bien; su sumisión al riesgo no es requisito del interés, sino de su asegurabilidad”.<sup>168</sup> Tanto Ferrarini como Donati consideran que el interés es un concepto independiente del riesgo, por eso este último considera que los elementos del interés son el sujeto, el objeto y la relación<sup>169</sup> y añade: “Sujeto del interés es aquella persona... que está en relación con un bien... Puede ser objeto del interés (cosa asegurada) cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad, es decir, que tenga una utilidad y, por tanto, susceptible de valor o, más brevemente, cualquier bien... La relación entre el sujeto y el objeto ha de ser de naturaleza económica, susceptible de valoración...”<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> FERRARINI, Sergio, “L’interesse nell’assicurazione” en *Saggi in scienze assicurative*, Pisa, 1935-XIV, vol. I, p. 95.

<sup>166</sup> FERRARINI, Sergio, ensayo citado, p. 97.

<sup>167</sup> *Idem.* P. 99.

<sup>168</sup> DONATI, Antigono, *Los seguros...* citado p. 223; y también en *Trattato...* citado vol. II, p. 144.

<sup>169</sup> DONATI, Antigono, *Los seguros...* citado p. 229; y *Trattato...* citado vol. II, p. 214.

<sup>170</sup> DONATI, Antigono, *Los seguros...* citado p. 229 y 230; y *Trattato...* citado vol. II, p. 214.

En el mismo sentido Buttarro sostiene que: “en la definición de interés no entran a formar parte el daño y el riesgo, porque existe un interés asegurable también cuando todavía no se ha verificado el siniestro e igualmente si no se verifica durante toda la vigencia del contrato, ya que cada uno tiene interés en la conservación y disponibilidad de los bienes independientemente de la verificación del siniestro, y la existencia del riesgo no está implícita en el concepto de interés, sino que constituye simplemente un requisito para su asegurabilidad.”<sup>171</sup>

Si los conceptos de interés y riesgo son independientes, aunque se relacionen al celebrarse el contrato de seguro, no tiene por qué plantearse el problema de si el interés es elemento del riesgo o si éste es el elemento de aquél, pues en mi opinión no es elemento el uno del otro, sino al coincidir en el contrato de seguro se relacionan y se limitan. Cuando Donati dice que la sumisión del interés al riesgo no es requisito de aquél, sino requisito de su asegurabilidad, lo único que asevera es que sin riesgo no puede haber contrato de seguro. En otras palabras, si yo soy titular de diversos intereses, pero éstos no están expuestos a riesgo alguno, no puedo asegurarlos. De ello no se concluye que el riesgo sea elemento del interés.

Así, como en la compraventa es necesario que el comprador esté legitimado para comprar, es decir, que no le afecte alguna de las prohibiciones que prevé el artículo 2276 del Código Civil del Distrito Federal;<sup>172</sup> y esa legitimación para adquirir no es elemento de la cosa vendida, sino una cualidad del comprador, igualmente el interés en el seguro contra los daños es una cualidad del asegurado y no un elemento del riesgo. Para que el comprador pueda adquirir por compraventa no debe estar comprendido en las prohibiciones del artículo citado y para que el asegurado tenga derecho a la indemnización, debe tener interés: las dos son cualidades de una de las partes de la relación obligatoria nacida del contrato.

No comparto por tanto, la opinión que hace del interés un elemento del riesgo, a pesar del respeto que me merecen autores como Sotgia<sup>173</sup> y el obvio y especial que tengo por Ruiz Rueda,<sup>174</sup> pues en mi opinión riesgo e interés, concurren en el contrato de seguro contra los daños, como factores distintos, intrínseco uno: el riesgo; y extrínseco el otro: el interés, como cualidad del

---

<sup>171</sup> BUTARRO, Luca, *L'interesse nell'assicurazione*, Millán, 1954, p. 14).

<sup>172</sup> El artículo 2276 del Código Civil del D.F. dice: “Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes.”

<sup>173</sup> SOTGIA, Sergio, *Diritto delle assicurazione*, Padua 1946, p. 120.

<sup>174</sup> RUIZ RUEDA, Luis, *op.cit.*, pp. 165 y 166).

asegurado que debe tenerlo, es decir, de estar interesado en que no se realice el siniestro.

El riesgo eventualidad dañosa, concepto *abstracto*, incluido en las diversas definiciones o descripciones del contrato de seguro, como la contenida en el artículo primero de nuestra ley, al preverse en un seguro determinado y, por lo tanto, determinarse en relación con su objeto, con el tiempo y lugar, con sus causas, etc.<sup>175</sup> al celebrarse el contrato, *se concreta*; por lo que su realización sólo puede tener efectos económicos *en uno o varios patrimonios determinados*, cuyo titular o titulares tienen, por esto, interés en la no realización del siniestro, es decir, tienen una cualidad que la ley exige para que puedan ser acreedores a la indemnización que constituye, junto con el pago de la prima, el objeto del contrato. Esa cualidad que debe tener el asegurado se relaciona con el riesgo; pero no es elemento de él, sino cualidad de una de las partes de la relación obligacional aseguradora, es un presupuesto para que esa persona pueda ser acreedora de la indemnización y pueda exigir su pago al asegurador; pero no tiene, en mi concepto, el carácter de elemento del riesgo como sostiene Ferri.<sup>176</sup>

## 2. ¿ES EL INTERÉS OBJETO DEL CONTRATO?

La relación económica en que consiste el interés, ha sido considerada como objeto del contrato de seguro contra los daños, como lo hace Ferrarini, después de combatir las teorías que hacen de la cosa asegurada y del riesgo el objeto del contrato, con estas palabras: “Más segura y más exacta que las precedentes aparece finalmente una tercera teoría, la que ve en el interés el objeto del seguro contra los daños. Según tal teoría; objeto de la protección aseguradora es la relación económica en la cual el asegurado se encuentra con la cosa asegurada, relación amenazada por el riesgo asegurado”.<sup>177</sup>

Picard y Besson sostienen también que el interés es el objeto del contrato de seguro<sup>178</sup> y Weens nos dice igualmente que: “Cualquiera que sea la definición que de él se dé, el interés se presenta como una noción independiente, un elemento del derecho de seguro enteramente distinto de la cosa asegurada. Esta diferenciación entre el interés y la cosa ha mostrado que *el verdadero*

---

<sup>175</sup> RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, p. 56, DONATI Antigono, *Trattato* citado, vol. II, pp. 144 y sigs.

<sup>176</sup> FERRI, Giuseppe, *L'interesse nell'assicurazione danni* en *Assicurazioni*, 1941, vol. O, p. 208. En el mismo sentido RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, 165 y 166.

<sup>177</sup> FERRARINI, Sergio, *op. cit.*, p. 106.

<sup>178</sup> PICARD, Maurice y André BESSON, *op. cit.*, tomo II, p. 9, 1940)



*objeto del seguro no es la cosa, como se creía anteriormente, sino el interés*".<sup>179</sup>

Buttaro, en su obra antes citada, más moderna que la de Weens, después de examinar diversas teorías relativas a cuál puede ser el objeto del contrato de seguro sostiene que: "No ha faltado finalmente quien ha considerado que en vez de la cosa o del riesgo, el objeto del contrato de seguro contra los daños pueda estar constituido por el interés del asegurado en la conservación de los bienes. Es ésta, como al principio aludíamos, la tercera posible solución de nuestro problema, que nos hemos reservado para examinar por último no sólo porque ha sido la última en ser expuesta por la doctrina y es la que goza de mayores adhesiones sobre todo en Francia y en Alemania, sino porque es la que en nuestra opinión hace evidente la particular estructura del contrato de seguro".<sup>180</sup>

A pesar de las anteriores opiniones de eminentes juristas y de los interesantes estudios que realizan para fundarlas, si el interés es una relación económica entre la persona y el peligro de daño, aquél no puede ser *objeto* del contrato de seguro contra los daños como lo afirman, puesto que como dije antes al negarle también al riesgo este carácter, el *objeto* del contrato es la cosa que el obligado debe dar o el hecho positivo o negativo que debe realizar, por lo que el interés no puede ser el *objeto* del contrato de seguro, aun teniendo a la vista el artículo 85 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro, que como dos de sus modelos: la ley francesa de 1930 y la ley suiza de 1908 que regulan ese contrato, dispone que: "Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro podrá ser objeto del contrato de seguro contra los daños".

Leyes más modernas, como el Código Civil italiano de 1942 y la Ley del Contrato de Seguro de España de 1980, no califican de objeto del contrato al interés; e igualmente la Ley de Seguros argentina de 1967 y el Código de Comercio de Colombia en su texto actualmente vigente, no califican al interés de objeto del contrato de seguro, aunque este último lo incluye entre sus elementos esenciales (art. 1045).

La calificación de objeto del contrato que se ha hecho por la doctrina y las leyes, respecto al interés asegurable, constituye "una reacción a la teoría menos reciente que reconocía el objeto del seguro en la cosa asegurada," nos hace notar Ferri,<sup>181</sup> ya que algunas leyes, actualmente consideradas anticuadas, así lo sostenían y la doctrina las seguía, sin una reflexión profunda. Así el Código de Comercio italiano de 1882, en varias de sus

---

<sup>179</sup> WEENS, Charles, *L'assurance des choss. Contrat d'indemnité*, París, 1927, p. 102).

<sup>180</sup> BUTTARO, Luca, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

<sup>181</sup> FERRI, Giuseppe, artículo citado, p. 210.

disposiciones acoge esta postura según referencia de Ferrarini,<sup>182</sup> pero especialmente en los artículos 606 y 607 relativos al seguro marítimo, en los que enumera *lo que puede ser objeto del seguro* (la nave, las máquinas, aparejos, armamento, etc.) y *lo que no puede formar parte de ese objeto* (salarios de la tripulación, cantidades tomadas a préstamo a la gruesa), Es la terminología de las antiguas Ordenanzas, dice Vivante,<sup>183</sup> que fue tomada por la legislación marítima del siglo XIX.

Por eso también el Código de Comercio español de 1829 establecía en su artículo 848, que: “Pueden ser *objeto* del seguro marítimo: el casco y quilla de la nave; las velas y aparejos; el armamento; la vituallas y víveres y todos los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación”. El Código de Comercio español de 1885, conservó la misma postura, pues menciona las cosas aseguradas con la expresión objeto del seguro en los artículos 383, 743 y 744, referentes al seguro marítimo, pues ese ordenamiento al igual que otros de carácter mercantil del siglo XIX, dedica pocas normas al seguro no marítimo. La doctrina española de épocas pasadas sigue la corriente de su ley positiva y designa como objeto del contrato de seguro a las cosas aseguradas, como lo hace Gamechogoiocoechea en su obra de *Derecho marítimo español*,<sup>184</sup> si bien declara que es norma fundamental la contenida en la legislación alemana que atribuye al interés el carácter de objeto del contrato de seguro.<sup>185</sup>

Gay de Montellá menciona indistintamente las cosas aseguradas y el interés como objeto del seguro, pues mientras en un párrafo se refiere a las cosas materiales e inmateriales como objeto de ese contrato, así como al beneficio esperado, en otro dice que “en el fondo es el interés de salvar tales objetos, de evitar a los mismos un daño, lo que forma el objeto esencial del seguro.”<sup>186</sup> Todavía en 1942 Félix Benítez de Lugo identifica la cosa asegurada con el objeto del contrato de seguro, al sostener que “...todas las cosas que se hallen en el comercio de los hombres pueden ser objeto del contrato de seguro, a condición de tener una existencia real y estar sujetas a un riesgo”.<sup>187</sup> También la antigua doctrina francesa consideraba, siguiendo el artículo 334 de su Código de Comercio que se refiere al seguro marítimo, que las cosas

---

<sup>182</sup> FERRARINI, Sergio, ensayo citado, p. 103

<sup>183</sup> VIVANTE, César, *op. cit.*, vol. I, p. 92.

<sup>184</sup> GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, Francisco de, *Tratado de Derecho Marítimo español*, tomo IV, *Seguros marítimos. Préstamo a la gruesa*, Bilbao, 1941, pp. 51 a 73.

<sup>185</sup> *Idem*, pp. 51 y 14 y nota uno, al pie de ésta.

<sup>186</sup> GAY DE MONTELLA, R., *Código de Comercio español comentado*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 336.

<sup>187</sup> BENÍTEZ DE LUGO, Y RODRÍGUEZ, FÉLIX, *Tratado de seguros*, tomo II, Madrid, 1942, p. 34.

aseguradas son el *objeto* del seguro y así Lyon Caen y Renault las califican como elemento esencial del contrato de seguro.<sup>188</sup>

En cambio Bonnecase dice que en el lenguaje corriente se designa a la cosa asegurada como objeto del contrato de seguro; pero si ese hace un análisis jurídico, el *objeto* no será la cosa asegurada, sino el pago de la prima y el pago eventual de la indemnización.<sup>189</sup> En Colombia, Efrén Ossa, con base en el Código de Comercio Terrestre de 1887 afirmaba que “el interés asegurable es el **objeto** del contrato de seguros y por lo mismo, uno de sus elementos esenciales”.<sup>190</sup>

Por lo que a México se refiere, los Códigos de Comercio de 1854 y 1884, al referirse al seguro marítimo siguen a su modelo: el Código de Comercio español de 1829, y designan a las cosas aseguradas con la expresión objeto del seguro;<sup>191</sup> mientras el Código de Comercio mexicano de 1889 tanto en la parte relativa al seguro marítimo, como en la relativa al seguro no marítimo, pues este código reglamenta detalladamente este último, atribuye el carácter de objeto del seguro indistintamente, a las cosas aseguradas, al interés y a la obligación de indemnizar.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> LYON-CAEN, Charles y León RENAULT, *Manuel de droit commercial*, París, 1924, p. 870.

<sup>189</sup> BONNECASE, Julien, *Traité de droit commercial maritime*, París, 1923, p. 602.

<sup>190</sup> OSSA, Efrén, *op. cit.*, de 1956, p. 151.

<sup>191</sup> Los artículos 395 en su fracción IV, 442 y 818 del Código de Comercio de 1889 dicen: Art. 395. La póliza de seguro deberá contener: IV. La suma en que se valúen los objetos del seguro, descomponiéndola en sumas parciales, si así lo estipulan los contratantes, según las diferentes clases de los objetos. Art. 442. Podrán ser *objeto* del contrato de seguro contra los riesgos de transporte, para todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre. Art. 818. Podrán ser *objeto* del seguro marítimo; I. El casco del buque en lastre ó cargado, en puerto ó en viaje; II. El aparejo; III. La máquina, siendo el buque de vapor; IV. Todos los pertrechos y objetos que constituyen el armamento; V. Víveres y combustibles; VI. Las cantidades dadas á la gruesa; VII. El importe de los fletes y el beneficio probable; VIII. Todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada”.

<sup>192</sup> El artículo 644 del Código de Comercio de 1854 dice lo siguiente: “Pueden ser objeto del seguro el casco y quilla de la nave, sus velas y aparejos, provisiones y armamento; víveres, y todos los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación cuyo valor pueda reducirse a cantidad determinada, las cantidades dadas a la gruesa, y la libertad de los pasajeros”.

El artículo 1267 del Código de Comercio de 1884 dice lo siguiente: “Pueden ser objeto de seguro marítimo; El casco y quilla de la nave, las velas y aparejos, El armamento, las vituallas ó víveres, la máquina de vapor, las cantidades dadas á la gruesa; la libertad y la vida de los navegantes ó pasajeros. Y todos los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación, cuyo valor pueda reducirse a una cantidad determinada”.

<sup>192</sup> Los artículos 395 en su fracción IV, 442 y 818 del Código de Comercio de 1889 dicen: Art. 395. La póliza de seguro deberá contener: IV. La suma en que se valúen los objetos del seguro, descomponiéndola en sumas parciales, si así lo estipulan los contratantes, según las diferentes

Los Códigos Civiles del Distrito Federal del siglo pasado reglamentaban el seguro realizado por cualquier persona o corporación capaz de obligarse y designaban a las cosas aseguradas como objeto o materia del seguro.<sup>193</sup>

Nuestra ley sobre el Contrato de Seguro de 1935, como sabemos, siguió la corriente que surgió como reacción a la vieja doctrina que veía en las cosas aseguradas el objeto del contrato de seguro y colocó al interés asegurable en el lugar del objeto (artículo 86) y así lo sostiene Cervantes Ahumada al aseverar que “el objeto del seguro no es, propiamente hablando, la cosa asegurada, sino un interés jurídico-económico sobre dicha cosa”<sup>194</sup> y Joaquín Rodríguez Rodríguez también se adhiere a esta corriente, al estudiar el derecho mexicano, siguiendo la línea de la doctrina de su patria a que me refiero más arriba<sup>195</sup>. Sin embargo, a pesar de que la opinión que ve en las cosas aseguradas el objeto del contrato, como lo hacían nuestros decimonónicos Códigos de Comercio y Civiles, fue desechada desde 1935 por la Ley sobre el Contrato de Seguro, todavía en 1946, alguna resolución administrativa se refiere a la cosa asegurada como objeto del seguro.<sup>196</sup>

Esa resolución de la Secretaría de Hacienda suscitó los siguientes comentarios de RUIZ RUEDA, que con el título de “El *objeto* del seguro no es el buque”, publicó la Revista Mexicana de Seguros, en el sentido de que en esa

---

clases de los objetos. Art. 442. Podrán ser *objeto* del contrato de seguro contra los riesgos de transporte, para todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre. Art. 818. Podrán ser *objeto* del seguro marítimo; I. El casco del buque en lastre ó cargado, en puerto ó en viaje; II. El aparejo; III. La máquina, siendo el buque de vapor; IV. Todos los pertrechos y objetos que constituyen el armamento; V. Víveros y combustibles; VI. Las cantidades dadas á la gruesa; VII. El importe de los fletes y el beneficio probable; VIII. Todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada”.

<sup>193</sup> Los artículos relativos del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 son los siguientes; 2844. Puede ser asegurador cualquier persona o compañía capaz de obligarse. 2884. Pueden ser *objeto* del seguro las acciones y derechos, aun cuando sean litigiosos, 2892. Cuando el aseguramiento tiene por *objeto* el transporte de cualquier cosa, y se designan la manera y medios de conducirla, así como el camino que debe seguirse, el asegurador queda libre de su obligación, se verifica el transporte con infracción del contrato. El Código Civil de las mismas entidades, de 1884, reprodujo las disposiciones anteriores en sus artículos 2716, 2756 y 2764..

<sup>194</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho marítimo*, México 1984, p. 904.

<sup>195</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Monterrey, 1947, p. 584.

<sup>196</sup> SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN DE CRÉDITO. DEPARTAMENTO DE SEGUROS Y FIANZAS, *Jurisprudencia Administrativa, Seguro marítimo*, Resolución de 8 de febrero de 1951 publicada en *Revista Mexicana de Seguros* núm. 36, México, marzo 1951, pp. 38 y 39.

resolución: ...se encuentran sin embargo algunas expresiones intrascendentes respecto de la decisión tomada, pero erróneas en sí mismas.

Entre ellas está la de llamar al buque y sus pertenencias, 'cosa objeto del seguro'. Seguramente se trata de un simple descuido de redacción o bien del empleo de la expresión solamente por la costumbre, sin el propósito de darle su significado jurídico, de la misma manera que se dice 'cosa asegurada', en el lenguaje corriente y aún por la misma ley, pero sólo en forma figurada, pues bien se sabe que la cosa no es la asegurada, sino el titular del interés en que el siniestro no se realice y que el seguro es contra las consecuencias de que este siniestro se produzca.

Es obvio que el buque no es el objeto del contrato de seguro en el sentido que nuestro Código Civil del Distrito Federal, supletorio en materia mercantil, lo entiende en su art. 1824, fr. I, porque no es la cosa que el obligado debe dar, ni tampoco el hecho que debe hacer o no hacer (fr. II). Se considera también que incluso esta forma usada por el C.C.D.F. es impropia, porque las obligaciones son más bien el efecto y no el objeto del contrato.

Tampoco podría llamarse al buque objeto del contrato de seguro marítimo de casco, dentro del sistema germánico que informa el artículo 85 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, supletoria del Código de Comercio, porque el buque no constituye el interés asegurable, al que dicho texto legal llama objeto del seguro contra daños.<sup>197</sup>

Otro mercantilista también de primera línea, Mantilla Molina, sumamente cuidadoso en el uso correcto del lenguaje jurídico y en el buen empleo de la lengua castellana, no podía identificar el objeto del contrato de seguro con el interés asegurado, y así en el *Anteproyecto del Libro Cuarto del Código de Comercio*, en su versión de 1950, al redactar el capítulo relativo a ese contrato, incluyó la siguiente norma:

Artículo 1093. Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser protegido mediante un contrato de seguro contra daños...<sup>198</sup>

El artículo transcrito exige el requisito de interés, pues de su interpretación a *contrario sensu* se desprende que si no hay interés no puede haber protección aseguradora; pero no considera que aquél sea el *objeto* del contrato.

No es extraño que Mantilla evitara usar el término objeto en un sentido jurídicamente impropio, pues desde la primera edición de su *Derecho Mercantil*,

---

<sup>197</sup> RUIZ RUEDA, Luis, *Comentarios a la resolución administrativa publicada en el número 36 de la Revista Mexicana de Seguros* a que se refiere la nota anterior, pp. 38 y 39.

<sup>198</sup> SECRETARÍA DE ECONOMÍA. COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y REVISIÓN DE LEYES. *Anteproyecto del Libro Cuarto del Código de Comercio*, México, 1950, p. 83.

criticó el empleo que de la palabra *objeto* hace el artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando en su fracción II menciona entre los elementos del contrato de sociedad, el *objeto* social y en la edición póstuma de su obra, lo hace con estas palabras;

La expresión 'objeto social' empleada por el legislador se aparta del significado que normalmente tiene en derecho la palabra *objeto* (véase, por ejemplo, los artículos 1794, frac. II, y 1795, frac. III del Código Civil en los que claramente se contraponen *objeto* y *fin*). El proyecto de 1947 evita sistemáticamente hablar de *objeto* social y emplea la expresión *fin o finalidad social...*<sup>199</sup>

La fracción III del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, justamente criticada por Mantilla, es un claro ejemplo de que el legislador emplea en ocasiones en forma incorrecta el lenguaje jurídico, por lo que no puede acatarse en doctrina la calificación que hace del interés asegurado, como objeto del contrato, porque este concepto en la teoría general del contrato es el expresado en el artículo 1824 del Código Civil<sup>200</sup> y en consecuencia me adhiero a la doctrina italiana, que se expresa con estas palabras al referirse al interés;

“¿Cuál es su exacta posición dogmática en el contrato? La teoría más reciente tiende a declararlo *objeto* del contrato, contraponiéndose así a las teorías tradicionales que veían el objeto del contrato de seguro contra los daños, en la cosa asegurada o en el riesgo. Pero esta teoría y lo mismo hay que decir de las tradicionales no merece ser acogida. Objeto de un contrato obligatorio son las obligaciones que de él derivan o más indirectamente, las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones: y es evidente que ni el interés, ni la cosa asegurada, ni el riesgo, son la obligación o la prestación del asegurador”.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, México, 1987, p. 236. En la primera edición de esta obra dice que la expresión *objeto social* es de sospechosa ortodoxia gramatical, comentario que suprimió en ediciones posteriores, probablemente porque entre las acepciones de la palabra *objeto* el *Diccionario de la Lengua Castellana* de la real Academia Española, incluye la de “fin o intento a que se dirige o encamina una cosa”, lo que hace que desde el punto de vista gramatical no sea incorrecto su uso como sinónimo de *fin*; pero jurídicamente se debe evitar en esta acepción por ser término equívoco, que se confunde con la acepción en que se usa en el artículo 1824 del Código Civil del Distrito Federal y hace llegar a conclusiones erróneas aún a juristas distinguidos.

El artículo 1824 del Código Civil del D.F. dice: “Art.1824. Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

<sup>200</sup> El artículo 1824 del Código Civil del D.F. dice: “Art.1824. Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”. DONATI, Antigono, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, Roma, 1943, p. 138, y también en *Dell'assicurazione* en el vol. II, parte II del *Commentario al Codice Civile* de Mariano D'AMELIO ed. Enrico FINZI, G. Florencia, 1949, p. 277.

Ahora bien, si el interés asegurado no es el *objeto* del contrato de seguro, ¿qué función ejerce en el seguro de daños? Ferri se plantea la cuestión de la siguiente manera: un problema queda todavía abierto, el de precisar en qué sentido el interés asume importancia en el contrato de seguro. ¿Se trata de un elemento constitutivo del contrato, y precisamente del *objeto* o se trata en cambio de un presupuesto necesario del seguro que depende del carácter indemnizatorio que es propio de éste?<sup>202</sup>.

El mismo Ferri nos dice que el problema tiene un carácter especialmente teórico; y que cualquiera que sea la respuesta a la pregunta planteada en el párrafo transcrito antes, “prácticamente las consecuencias no son notablemente diversas”,<sup>203</sup> pero en nota a pie de la misma página dice que “veremos, sin embargo, que alguna diferencia subsiste en el campo práctico: mientras en efecto, si se considera el interés como *objeto* del seguro, si falta aquél, falta desde luego el contrato, cuando el interés se considera un presupuesto, determinado por el carácter indemnizatorio, la única consecuencia necesaria es que el asegurado no tiene derecho al resarcimiento”.<sup>204</sup>

Más adelante Ferri, nos da la solución a los problemas que plantea al principio de su interesante estudio, con estas palabras: ...no puede hablarse del interés como del *objeto* del seguro de daños, sino solamente como de un presupuesto: y justamente en la diversidad de presupuestos y no en la diversidad del objeto consiste la distinción del seguro en dos grandes ramas de seguro de daños y de seguro de vida<sup>205</sup>. El mismo sentido que Ferri opina Gasperoni: “La existencia de un interés asegurable más que como elemento debe considerarse como presupuesto o condición de validez”.<sup>206</sup> Sin embargo, está muy lejos de ser una cuestión pacífica, pues nos encontramos muchas y muy valiosas opiniones que identifican al interés, con el objeto, y otras, con el elemento causa que en diversas legislaciones del mundo, es uno de los elementos esenciales del contrato. Entre los que sostienen la esencialidad del interés por ser un elemento causal, se encuentra Donati, quien combate que aquél sea el *objeto* del contrato, afirma que la falta de interés al inicio del

---

<sup>201</sup> DONATI, Antigono, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, Roma, 1943, p. 138, y también en *Dell'assicurazione* en el vol. II, parte II del *Commentario al Codice Civile* de Mariano D'AMELIO ed. Enrico FINZI, G. Florencia, 1949, p. 277.

<sup>202</sup> *Idem*

<sup>203</sup> FERRI, GIUSEPPE, artículo citado p. 205.

<sup>204</sup> *Idem*. pp. 205 y 206.

<sup>205</sup> *Idem*. p. 217.

<sup>206</sup> GASPERONI, Nicola *Assicurazione contro i danni*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín 1958, tomo I-II, p. 1140; y también en *Le Assicurazioni*, vol. V del *Trattato de diritto civile* por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO PASSARELLI, pp. 96 y 97.

contrato produce su nulidad y que el interés asegurado puede ser inexistente por defecto de alguno de sus tres elementos: el sujeto (por ejemplo persona jurídica no constituida) el objeto (por ejemplo, casa no construida) o la relación (cosa no adquirida).

Es evidente que en los tres casos que describe Donati falta el interés; pero en los dos primeros al no existir el sujeto asegurado o la cosa asegurada, no hay interés porque no hay siquiera riesgo, por lo que al ser el riesgo elemento, esencial del seguro no existe éste; pero en el tercero es evidente que lo que falta es sólo el interés y aunque conforme al artículo 1904 del Código Civil italiano la falta de interés al inicio del contrato produce su nulidad, es preciso analizar la solución doctrinal y legal, en otros sistemas jurídicos.

La Ley del Contrato de Seguro española de 1980 contiene una disposición semejante; en el sentido de que es nulo el seguro contra los daños si al concluirse no existe el interés. Sánchez Calero critica el texto de su ley, que cambió el *Proyecto* enviado al Congreso, pues éste era más preciso, al requerir el interés en el momento en que el contrato deba comenzar a producir efecto, como sucede en el seguro que cubre intereses futuros (cosa por construir o por adquirir) y en el seguro de abono. El autor español sostiene que el interés incide en la causa del contrato y su ausencia produce su nulidad<sup>207</sup>. Messineo, a quien he invocado varias veces en relación con los conceptos de elemento esencial y presupuesto necesario del contrato, al igual que Donati, considera que el interés es elemento causal del seguro y no sólo presupuesto.<sup>208</sup>

Si consideráramos al interés asegurado como objeto del contrato o como un elemento esencial, aunque no forme parte del objeto, tendríamos que concluir que el seguro celebrado por el asegurador con una persona que carezca de interés, es un acto que no reuniría los elementos esenciales del contrato de seguro y, por lo tanto, tendríamos que considerarlo inexistencia; pero antes de llegar a esta drástica conclusión es preciso hacer algunas reflexiones. La necesidad de que el asegurado en un contrato que cubra el riesgo consistente en la producción de un daño patrimonial, tenga un interés económico en que no se produzca el siniestro, deriva del carácter necesariamente indemnizatorio del contrato de seguro, que no debe procurar al asegurado una utilidad. Este no debe recibir una cantidad superior a los daños efectivamente sufridos en su patrimonio y es ésta la *ratio legis* de los artículos 85, 86, 91, 95 y 102 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro, que establecen la necesidad del interés y la prohibición de que el asegurado obtenga una cantidad superior al daño producido por el siniestro.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> DONATI, Antigono, *Los Seguros...*citada, p. 233.

<sup>208</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.*, pp. 348 a 351.

<sup>209</sup> MESSINEO, Francesco, *Manuel de Derecho Civil y comercial*, tomo VI, Relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, 1955, p. 161.



Todos los autores que han tratado el tema, al justificar el requisito de la existencia del interés en la persona del asegurado, han expresado como argumentos para ello la necesidad de observar la técnica de la mutualidad, la de evitar los siniestros voluntarios y el hecho de que de no exigirse el interés en el asegurado, el contrato de seguro se convertiría en un juego o apuesta.<sup>210</sup> Efectivamente, si la ley permitiera que el seguro de daños pudiera celebrarse a su propio favor por una persona que careciera de todo interés asegurable, la operación así celebrada sería un juego, en el que el mal llamado asegurador perdería si el siniestro se realizara y el ganador sería el supuestamente asegurado. Igualmente, si una aseguradora, en el estado actual del derecho, y en violación a las leyes vigentes, celebrara aparentes contratos de seguro de daños, en los que se obligara a pagar a personas que carecieran de interés, estaría realizando una actividad, distinta a la aseguradora y su profesión sería la del tahúr; pero no considero que sea tan evidente, el calificar de juego o apuesta a una operación de esta naturaleza, si algunos contratos determinados, sin conocimiento de una aseguradora autorizada por el estado para operara como tal, se celebraran con personas carentes de todo interés en que se realizara el siniestro; pues para que fuera juego o apuesta sería necesario que ambos contratantes tuvieran el ánimo del juego y en cambio en el ejemplo puesto, la aseguradora estaría actuando de buena fe, realizando la actividad para la que se constituyó y fue autorizada por el estado. Estaríamos en presencia de un verdadero contrato de seguro, respecto del cual la aseguradora podría oponer la excepción de invalidez por falta de interés asegurado y la consecuente violación de diversas disposiciones imperativas de la ley; pero no podríamos calificarlo de juego o apuesta, pues la aseguradora no está obligada, al celebrar un contrato, a exigir que le prueben la existencia del interés; sino es el asegurado quien tiene la carga de probar que es titular de éste.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Los artículos citados dicen: Art. 85. Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños. Art. 86. En el seguro contra los daños, la empresa aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados. La empresa responderá de la pérdida del provecho o interés que se obtenga de la cosa asegurada, si así conviene expresamente. Art. 91. Para fijar la indemnización del seguro se tendrá en cuenta el valor del interés asegurado en el momento de realización del siniestro. Art. 95. Cuando se celebre un contrato de seguro por una suma superior al valor real de la cosa asegurada y ha existido dolo o mala fe de una de las partes, la obra tendrá derecho para demandar u oponer la nulidad y exigir la indemnización que corresponda por daños y perjuicios.

Si no hubo dolo o mala fe, el contrato será válido; pero únicamente hasta la concurrencia del valor real de la cosa asegurada, teniendo ambas partes la facultad de pedir la reducción de la suma asegurada. La empresa aseguradora no tendrá derecho a las primas por el excedente; pero le pertenecerán las primas vencidas y la prima por el período en curso, en el momento del aviso del asegurado. Art. 102. Los contratos de seguro de que trata el artículo 100, celebrados de buena fe, en la misma o en diferentes fechas, por una suma total superior al valor del interés asegurado, serán válidos y obligarán a cada una de las empresas aseguradoras hasta el valor íntegro del daño sufrido, dentro de los límites de la suma que hubieren asegurado.

<sup>211</sup> PICARD, Maurice y André BESSON, *op. cit.*, tomo II, p. 20 SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.*, vol. I, pp. 357 y 358. WEENS, Charles, *op.cit.*

Por esto, al plantearse el problema relativo a si el interés es objeto del contrato de seguro contra los daños o simplemente presupuesto, Ferri sostiene que el dilema es práctico y si se opta por la segunda postura, es decir, si se considera presupuesto, la única consecuencia necesaria es que el asegurado no tiene derecho al resarcimiento.<sup>212</sup> La solución a que llega el jurista italiano es la que el derecho anglosajón aplica al seguro marítimo.

En el seguro marítimo inglés, como es obvio, se requiere el interés asegurable; según nos dicen Chorley y Giles: “un contrato de seguro es obligatorio solamente si está hecho para cubrir un interés que el Derecho declare que es capaz de ser asegurado”.<sup>213</sup> Después de exponer el principio del interés asegurable, que rige al seguro de daños y la naturaleza del interés, los autores ingleses citados tratan el problema específico relativo al momento en que el interés asegurable debe existir, y al respecto citan la disposición aplicable en la siguiente forma: La Sec. 6 de la Marine Insurance Act. 1906 ‘El asegurado debe estar interesado en el objeto asegurado en el momento de la pérdida, aunque no necesita estar interesado cuando el seguro es efectuado’. Por lo tanto, resulta que la fecha importante es el momento de la pérdida. “Esto no es injusto. La ley prohíbe apuestas y pólizas de apuestas, y lógicamente puede parecer necesario tener el interés en el momento en el que el seguro es efectuado, como es el caso en otros seguros. Pero si una persona tiene un interés asegurable cuando vence el capital de la póliza, se beneficia por la existencia del objeto asegurado y se perjudica por su pérdida. Por otra parte, puede ser muy conveniente asegurar algo en lo que como tal aún no existe ningún interés. Porque haciéndolo así, ningún intervalo de tiempo transcurre entre la adquisición del interés o la obtención de la póliza, y esto puede ser muy útil desde el punto de vista de los negocios. Dos ejemplos aclararán esto. Cuando los portadores desean asegurarse de sus responsabilidades como tales, a menudo obtienen pólizas -por ejemplo, por un año- a medida que el interés pueda aparecer. Los portadores pueden no transportar ninguna mercancía cuando efectúan el seguro, pero en el momento en que las mercancías son cargadas a bordo de su vehículo la póliza entra en juego, y son protegidos desde el primer momento.

Por otra parte, supóngase el comprador de un cargamento de trigo el cual, de acuerdo con las condiciones del contrato de venta, recibe el riesgo cuando el trigo es cargado a bordo. Evidentemente, la carga puede durar algunos días durante los cuales un fuego puede destruir lo llevado a bordo. Sería impracticable obtener pólizas separadas que se refiriesen a la carga de cada fanega. Por lo tanto la totalidad del cargamento estará asegurada antes de que cualquier interés asegurable haya sido adquirido. Pero en cada parcela de trigo está cubierta desde el momento en que es cargada. Sin embargo, es necesario

---

<sup>212</sup> DONATI, Antigono, *Los seguros...* citada, p. 234; y *Trattato* citada vol. II, p. 239.

<sup>213</sup> FERRI, Giuseppe, artículo citado, pp. 205 y 206, nota a pie de página.

que exista un verdadero interés en perspectiva al momento en el que el contrato se hace.<sup>214</sup>

La solución del derecho inglés, se aplica también en los Estados Unidos, donde Magee sostiene que: “No es necesario que el asegurado tenga un interés igual al valor completo del objeto del seguro, como no es tampoco necesario que ya exista el interés cuando se formaliza el seguro. Basta con que el interés surja durante el periodo de la póliza, aunque sí es absolutamente esencial que exista al tiempo de la pérdida<sup>215</sup>. Pero en el campo del seguro no marítimo, un distinguido jurista belga, para quien el interés en el seguro de cosas es esencial, “por el mismo título que el consentimiento, la causa y el objeto”,<sup>216</sup> se plantea la siguiente cuestión: “¿En qué momento el interés en el seguro debe existir para que el contrato sea válido?” Y razona así: “El interés puede existir en el momento del contrato y haber desaparecido en el momento del siniestro o inversamente. ¿El seguro concluido en estas condiciones será válido? El seguro no puede aplicarse a una cosa que no existe todavía. Pero no es necesario que desde la época del contrato la cosa asegurada pertenezca ya al asegurado; el seguro producirá sus efectos si se ha establecido (probado) que era su propiedad en el momento del siniestro.”<sup>217</sup>

La solución a que llega el Derecho Marítimo anglosajón y Laloux es perfectamente aplicable en nuestro derecho, a todo contrato de seguro contra los daños sea o no marítimo, pues aunque el artículo 85 de la Ley sobre el Contrato de Seguro califique al interés *objeto* del contrato, no puede considerarse que tenga ese carácter, pues el término *objeto* está usado en forma jurídicamente impropia y no existe disposición que impida que un contrato de seguro contra los daños produzca efectos, si al celebrarse, el contratante o el asegurado carecen de interés presente, siempre que el riesgo exista y quien sea titular de la relación aseguradora, es decir, del derecho a la eventual indemnización, pueda llegar a tener interés en que no se realice el siniestro. Por estas razones, en los diversos *Proyectos de Ley sobre el Contrato de Seguro* que se elaboraron en México, con intervención de autoridades, asociaciones de aseguradoras, abogados especializados y agentes de seguros, el *Grupo de Trabajo* designado por los respectivos organismos y asociaciones del sector asegurador, al redactar el primer párrafo

---

<sup>214</sup> CHORLEY LORD y O.C. GILES, *Derecho Marítimo*, Barcelona. 1962, p. 410.

<sup>215</sup> CHORLEY, Lord y O.C. GILES, *op. cit.*, pp. 415 y 416. Véase también DEL GIUDICE, Pietro, *Lineamenti generali della legislazione inglese sulle assicurazioni private*, Roma 1940, pp. 16 y 17 en relación con el seguro marítimo y las pp. 27, 40 y 41 para el no marítimo y en especial para el seguro de incendio urge en el que la exigencia del interés es más estricta, pues debe existir desde el principio del contrato, hasta la realización del siniestro, que lo hace de carácter eminentemente personal, según la doctrina dominante en 1940, con opiniones eminentes en contra.

<sup>216</sup> MAGEE, John, H., *Seguros generales*, México, 1947, p. 381.

<sup>217</sup> LALOUX, Paul, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruselas-Lieja, 1944, p. 57.

del artículo que previó la necesidad del interés asegurado, suprimió la calificación del interés como objeto del contrato y siguió en su primer párrafo casi textualmente la redacción del *Anteproyecto de Libro Cuarto del Código de Comercio*, cuyo capítulo relativo al contrato de seguro fuera redactado por Mantilla Molina en 1950. El artículo de los proyectos de 1993 y 1994 fue redactado en la siguiente forma:

Todo interés económico que una persona tenga en que no se realice un siniestro, podrá ser cubierto por el contrato de seguro de daños. “De producirse el siniestro, la empresa aseguradora se obliga cubrir la indemnización a quien acredite tener interés asegurado hasta el momento de su derecho”.<sup>218</sup>

Si llegara a ser derecho vigente el artículo transcrito, además de evitar el uso inadecuado de la palabra objeto, dará una clara solución a las consecuencias de la falta de interés en el momento de la iniciación de la vigencia del seguro, semejante a la del Derecho Marítimo anglosajón, referenciado antes; pero en mi opinión, aún en el estado actual de nuestra legislación vigente considero que es la solución correcta, pues el interés no es objeto del contrato de seguro, ni elemento esencial del mismo, sino algo extrínseco al contrato de seguro contra los daños que ejerce una función integradora en él, es decir, es un presupuesto necesario de aquel acto jurídico, cuya ausencia produce la invalidez de la relación obligacional asegurador-aparente asegurado, si al realizarse el siniestro este último no es titular del interés y no tiene, por lo tanto, el carácter de auténtico y verdadero asegurado.

---

<sup>218</sup> *Idem.* p. 70. COMITÉ TÉCNICO REVISOR, *Proyectos de Ley sobre el Contrato de Seguro*, I; II; III y IV, México, 1993 y 1994, p. 27; pp. 29 y 81; pp. 33 y 73; y pp. 29 y 39, respectivamente.

**Ponencia 6**  
**INTERESSE SEGURADO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**Ricardo Bechara Santos**  
**Renato Barcillos Santos**  
Sección Brasileña de AIDA

SUMARIO

1. Palelismo Entre o Objeto do Contrato de Seguro e o Jogo e Aposta. 2. Interesse Legítimo nas Diversas Espécies de Seguro. Seus Elementos e Momentos. Teorias da Causalidade Adequada e da Necessidade Eventual. 3. Relação com Outros Dispositivos do Código.

Em toda e qualquer relação humana se pressupõe um “interesse”, sem o qual a humanidade não caminha, daí se dizer que o “interesse” é a mola propulsora do mundo, seja este mundo capitalista, socialista, comunista ou realista, ou seja ele um mundo científico. Sem “interesse” não há emoção. Sem emoção não se pode transformar escuridão em luz nem apatia em movimento. Como já dizia J. F. VON SCHILLER, “uma única força move o mundo: o interesse”. Enfim não existe no mundo assunto desprovido de interesse. O que pode haver é pessoa que não se interesse (G.K. CHESTERTON).

Realmente, o interesse fala todas as línguas e representa todos os papéis, inclusive o do desinteresse. Mas decerto que não estamos falando de interesses escusos, nem da qualidade, pejorativa, daquele que é interesseiro, nem do sentimento egoísta que faz procurar exclusivamente o proveito pessoal, tampouco da cobiça no seu mau sentido. Estamos falando sim da relação de convivência recíproca entre o sujeito e o objeto, da relação decorrente do fato de o indivíduo encontrar satisfação às suas tendências e necessidades, em determinado objeto (no sentido geral do termo), daí porque, como tal, o interesse é a grande mola da vida mental, podendo-se dizer que toda conduta é ditada por um interesse. É nesse sentido que o art. 757 do novo Código Civil Brasileiro, carro-chefe de todos os demais do capítulo onde se insere o disciplinamento do contrato de seguro, a exemplo de como sucede nas legislações das nações civilizadas que disciplinam o contrato de seguro, estabeleceu como seu objeto o “interesse legítimo segurado”, atrelado à teoria da necessidade eventual, um conceito portanto unitário que tanto vale para os seguros de dano quanto para os seguros de pessoa, já que o traço comum entre todos os seguros é justamente a satisfação de uma necessidade eventual, concreta, referindo-se aos seguros de dano face sua natureza indenizatória, de reposição, ou abstrata, quanto aos seguros de pessoa alheios ao princípio indenitário, satisfação essa que obviamente não se cumpre em regra de forma primária (devolução da própria coisa roubada, destruída etc.), mas de forma secundária, com o pagamento de uma indenização, ou capital segurado previamente ajustado, em dinheiro. Daí porque o contrato de seguro

não encerra, a nosso juízo, obrigação de fazer, mas genuinamente obrigação de dar, de entregar quantia certa em dinheiro, como aliás se depreende do art. 766 do nosso Código Civil. Mesmo que a indenização se cumpra, como pode suceder no seguro de incêndio, sob a forma de reconstrução do imóvel sinistrado, se contratada a cláusula de *valor de novo*, que garante os bens por valor de reconstrução, reparação ou reposição, no estado de novo, sendo lícito o interesse segurado sobre o valor de novo do bem, pelo custo de sua reposição, sem depreciação.

Com isso, o nosso novel Código Civil, seguindo as pegadas da legislação de outros povos e que passou a vigor a partir de 11/01/2003, no Livro I, Título VI, de sua Parte Especial, inaugura o seu Capítulo XV, na seção I, Disposições Gerais, imprimindo um novo conceito unitário do contrato de seguro, endereçando-o tanto aos seguros de dano quanto aos seguros de pessoa, disciplinados nas duas seções seguintes que integram esse capítulo e, com isso, corrigindo erro inescusável cometido pelo Código revogado, de 1916, que cunhou, no século retrasado, um conceito calcado somente no princípio indenitário, como que se pudesse também prestar aos seguros de vida.

Não nos olvidemos, entretanto, de que os interesses variam com a idade e se desenvolvem com ela, cambiando de aspectos e até de objetivos, transmutando-se pois, com o correr do tempo, modo de vida, situação social etc. Daí porque o seguro, acompanhando essa tendência, há de estar sempre em ebulição, em evolução portanto. E esse é outro traço do seguro, o de ser dinâmico, e por conseguinte o de demandar normas dinâmicas. Assim como dinâmica é a relação de interesse das pessoas na proteção de seus bens, aqui considerados em seu sentido mais amplo, contra o risco temido.

Para nos mantermos vivos havemos de ter um “interesse” sobre a preservação de nossa vida, de nossa existência, tanto que quando o homem perde o interesse pela preservação de sua própria vida, ou perde o instinto de preservação, caminha depressivamente para o suicídio (note-se que até disso cuida o seguro), voluntário ou involuntário - se é que possível assim qualificá-lo - passando a desdenhar o risco. E quando se deixa de temer o risco perde-se, por conseguinte, o interesse pelo seguro. Salvo se o interesse pela sobrevivência de seus dependentes permanece, caso em que subsiste o interesse no seguro de vida em favor de terceiro. O pior é que nesse caso o segurado, perdendo o interesse sobre sua própria vida, se desperte para realizar um seguro visando a contemplar um ente querido que dele dependa, suicidando, decerto após o período de carência de dois anos a que alude o art. 798 do nosso Código, mas, por outro lado, enlutando e entristecendo aquele que mereceu o seu carinho, embora mórbido, de última vontade. O seguro de pessoa por morte, costumamos afirmar, é verdadeira “carta de amor”, escrita em vida pelo segurado para que o beneficiário, ente querido, possa abrir e ler após o passamento inevitável do instituidor, carta essa que se tinge e se macula de “sangue”, diante do desinteresse do segurado por sua própria vida, que não deveria sobrepular o provável interesse afetivo do beneficiário para que o instituidor se mantivesse com vida, máxime quando auto-perdida de

forma premeditada, na triste constatação de um suicídio. O suicida, talvez não despertasse seu interesse sobre um seguro de vida por sobrevivência, por um seguro dotal portanto. Justo porque o interesse legítimo segurável das pessoas contra os riscos da velhice, para minimizar os efeitos da sua sobrevivência no período de superação da sobrevida média que estimaram para a realização desse seguro, que no brasileiro já alcança os setenta anos, não estaria em princípio presente na mente dos suicidas.

Por isso e por ademais que o “interesse” é núcleo do contrato de seguro, mas óbvio que esse interesse, como de resto deva ser em qualquer outra relação, há de ser legítimo. Mas não basta seja legítimo, é preciso ainda que seja segurável, como também de valor econômico, neste caso com maior predominância nos seguros de dano. O interesse legítimo segurável, entendido como a relação lícita de valor econômico entre o segurado e o bem exposto a um risco futuro, em última análise, é como dissemos o objeto do contrato de seguro, sem o qual se impõe a sua nulidade, sua inexistência, conforme o desenho do art. 757 do nosso Código Civil, artigo este que afinal é o comando de todo o disciplinamento traçado no seu Capítulo XV, que, como também dissemos, trata, em três seções, das Disposições Gerais, dos Seguros de Dano e dos Seguros de Pessoa (vida e acidentes pessoais).

O interesse pelo seguro, pois, é despertado também por outro elemento nuclear, o risco, porque é sabido e consabido que o contrato de seguro, operado pela imprescindível organização das Sociedades Seguradoras, como gestora do mutualismo do qual faz parte cada segurado, tem por meta a superação do risco. Todavia, o fatídico 11 de setembro de 2001, alterando a noção de risco para a indústria do seguro, tornou remota a idéia de sua superação plena, porém cada vez mais indelével o seu significado social, timbrado pela minimização dos riscos através da sua socialização, que segundo MIGUEL REALE JUNIOR, seria a “única forma que cada um de nós tem para enfrentar uma vida cheia de perigo”. De fato, na ciência do seguro, cuja lógica é de uma racionalidade cristalina porque se move no cálculo das probabilidades e dos riscos previsíveis, há uma convergência dos interesses individuais com os interesses coletivos, importando a todos individualmente e à sociedade global que possíveis infortúnios não se transformem em prejuízos que individualmente seriam irreparáveis. Afinal, seguro é essencialmente a técnica da coletividade, a solidariedade inteligente, que, na sua visão moderna de contrato de massa, consiste na diluição dos riscos de uma comunidade onde cada qual assume uma pequena parcela dos prejuízos ou adversidades que o outro venha a sofrer por infortúnio, estando, assim, permanentemente a demandar instrumentos que objetivem uma repartição justa e proporcional dos custos, objetivando também a satisfação da eventual necessidade dos segurados, no seu interesse legítimo segurável. Mas esclareça-se que a função social do contrato de seguro não pode ser vista com paternalismo, daí se dizer que o interesse coletivo da comunidade de segurados deve prevalecer sobre o interesse daquele que se mostra vulnerável na sua individualidade, mandando a prudência que o equilíbrio da mutualidade seja preservado, mormente na aplicação do sistema de cláusulas abertas e gerais do novo Código Civil

Brasileiro, porquanto a generosidade para com aqueles que não têm direito contratual pode se transformar em perversidade para com a universalidade de segurados que integram o fundo gerido pelo segurador.

A propósito, vale mencionar a visão madura de uma das mais eloqüentes e influentes Ministras de nossa Corte Superior de Justiça, a eminente NANCY ANDRIGHI, extraída de um de seus brilhantes votos, sobre o que deva ser considerado como função social do contrato, dando um basta aos exagerados influxos de terceira dimensão que por vezes retiram do julgador a lógica e a razão que devem presidir os julgamentos serenos e justos, no campo da humanização das relações econômicas assim impregnadas de descabidas benemerências para com o consumidor, mesmo a despeito da debilidade de suas pretensões. Assim é que, para não se deixar subverter em apriorística e incondicional defesa de consumidores sem direitos, que mesmo assim acabam muita vez contemplados pelo exasperado e menos avisado fascínio da expressão “função social do contrato”, a ilustre Ministra, “chamando o feito à ordem”, ponderou que *“a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas”*.

Não sem lembrar de que há escolhas e arbítrios nos riscos a que estamos expostos. Realmente, a órbita do objeto do contrato de seguro, dentro da qual gravitam as variadas nuances do interesse legítimo segurável, há de estar livre, e desembaraçada, de todas essas exógenas ideologias, pois contrato de seguro, além de negócio jurídico de natureza econômica, embora com função social, é eminentemente técnico, até para poder, com segurança jurídica, suportar as complexidades de sua mais típica característica, a aleatoriedade, e assim poder cumprir a contento sua função, econômica e social, de superação do risco, que repele, naturalmente, algumas tentativas de qualificá-lo como contrato comutativo.

A propósito, o mais típico dos contratos aleatórios é exatamente o de seguro, pois, diferentemente dos contratos comutativos, como por exemplo o de compra e venda em que as partes de antemão conhecem o preço, o objeto e a data da prestação, no de seguro, por ser aleatório já que seu elemento solar é o risco, sempre futuro, as partes conquanto conheçam o preço (prêmio) e o objeto (interesse legítimo segurado), não sabem se e quando a prestação do segurador será dada, exatamente por depender a entrega da indenização (nos seguros de dano) ou do capital segurado (nos seguros de pessoa), de um acontecimento futuro e incerto, razão suficiente para se prosseguir entendendo que a álea ainda é uma das abas essenciais do contrato de seguro, por isso a



garantia fornecida desde a conclusão do contrato não retira essa natureza típica do contrato de seguro para transmudá-lo em comutativo.

A garantia dada pelo seguro representa a sensação de conforto para o segurado e consiste apenas no meio, para que o fim colimado, como se disse dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado. Entende-se que a aleatoriedade de um contrato deve ser medida pela expectativa de uma prestação, como implemento da satisfação do segurado, que é eventual até o momento do sinistro, se não abstrata, com o pagamento da indenização ou do capital segurado. Ora bem, o interesse segurado, em verdade, consiste muito mais na prestação indenizatória do segurador para se e quando o sinistro vier. Não é por outra razão que o art. 763 do nosso Código Civil estabelece a perda do direito à indenização se o segurado não purgar a mora antes do sinistro, que, dependendo do descaso com o seu compromisso de estar em dia como o prêmio, não deixa de ser uma forma de arrefecimento de seu interesse segurado na proteção do bem garantido.

A enorme maioria dos autores, eu diria a quase unanimidade, repudia argumento dos poucos que vêm o contrato de seguro como comutativo pelo fato de que a sociedade seguradora, por exercer sistematicamente a sua atividade na função de gestora do mutualismo e assim estabelecendo um sistema tal de provisionamento técnico que tornaria remota a sua insolvência e permitiria a ela conhecer o risco nas suas entranhas, liberaria o contrato de seguro de seu caráter aleatório.

Pondera STIGLITZ, que a álea, para o segurador, consiste precisamente em sua ignorância sobre se sua prestação, encarada como preço de uma eventual contraprestação, se verá, por império de uma ameaça, justificada. Daí que o segurado se envolve num contrato aleatório como remédio contra a álea, para se proteger contra o risco temido. E esse movimento se dá exatamente elo interesse legítimo do segurado em proteger seus bens contra os perigos de sua destruição. Seria mesmo o temor ao risco, a preocupação com a álea, que move o interesse legítimo segurado, objeto do contrato de seguro.

Em nosso novo livro "Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria", permitam-me vênia, recém lançado pela Editora Forense, Rio de Janeiro, Brasil, tecemos essas e outras considerações sobre o tema. Tais pitadas de considerações, ainda que soltas, já seriam suficientes para se ver que o seguro é das mais palpitantes e instigantes instituições, que logo na primeira largada dessa nossa jornada de cerca de trinta e dois anos de lida diária com o seguro, com muito interesse, nos levaram para com ela a uma paixão inesgotável, marcando indelevelmente toda essa confessada relação amorosa com tão nobilitante instituição, o seguro, esse ainda ilustre desconhecido. Mas para não parecer bissexta essa relação, e manter indissolúvel esse casamento científico que temos com o seguro, é que sempre nos animamos, pela riqueza de fatos jurídicos que com ele se entrelaçam, a continuar escrevendo e refletindo sobre os temas que costumam desafiar a instituição do seguro, que sem dúvida nenhuma envolve um extraordinário conjunto de fatos bastante

complexos em que se misturam tudo o que diz respeito à vida social, o que faz dele um “fato social total”, justo porque existe em tese o interesse legítimo segurável global.

Com a edição do NOVO CÓDIGO CIVIL brasileiro, que passou três décadas em gestação no ventre do Congresso Nacional, houve uma grande renovação de ânimos no interesse de continuarmos em permanente reflexão sobre os variados temas que são tangentes com o contrato de seguro, a recomeçar pelos estudos que podem ser lançados sobre seu próprio objeto, quer dizer, sobre o interesse legítimo segurado. E interesse legítimo nada mais é do que a relação lícita de valor econômico sobre um bem. Se essa relação encontra-se ameaçada por um risco, estaremos diante de um interesse legítimo segurável que, uma vez materializado, vem a ser o objeto de qualquer contrato de seguro, seja ele de dano ou de pessoa. O que não seria nenhuma novidade, mas que vale a pena sempre reiterar.

Nosso interesse sobre a literatura do seguro se alimenta e se alenta mais facilmente, por que de todos os contratos é o que tem o mais amplo e elástico objeto, porque amplo e elástico é o interesse legítimo segurável, até pela riqueza e fertilidade de seus mananciais jurídicos, pela profusão de temas que o envolvem infinitamente, sobretudo porque a instituição do seguro se relaciona praticamente com todos os ramos do direito, justo porque o seguro se mistura, se entrelaça, com o próprio cotidiano da vida, nas suas multifacetadas implicações, quando sabemos que cada uma delas está sujeita ao risco, por isso também o seguro se envolve com as diversas ciências, dentre elas a matemática financeira, a atuária, a estatística, a engenharia, a medicina, a economia, a história, enfim, o seguro faz parte do dia a dia de todos nós, sejamos pobres ou ricos, jovens ou velhos, pessoas naturais ou jurídicas, se confundindo com a própria sociedade e, nada obstante, continua um ilustre desconhecido e, talvez por isso, sofrendo ainda maus tratos por alguns de seus intérpretes menos avisados. Por essa razão, nunca é demasiado repetir seus conceitos e fundamentos. Por tudo isso é que nós, operadores do direito do seguro, acabamos nos envolvendo de tal maneira com essa ciência, orgulhando-nos de fazer parte de sua indústria, porque é ela sem dúvida de grande valia para indivíduos, famílias, organizações e países. Não fosse por ele, as pessoas não conseguiriam manter a qualidade de vida de que desfrutam hoje, como mostra LAWRENSE BRANDON, em “Deixa a Trombeta Soar”, acrescentando que “a soma total de contribuições de seguros para os indivíduos e as sociedades faz com que o setor seja uma força extremamente positiva e estabilizadora, pelo mundo todo... Com muita freqüência esse aspecto é desconsiderado ou esquecido pelas pessoas, sendo muito importante que as sociedades seguradoras continuem a realizar lucros, e deles não se envergonhem, muito ao contrário, para, no seu foco de interesse, poder continuar fornecendo benefícios para a sociedade. O seguro é, decididamente, uma atividade nobre e aqueles que participam dessa indústria, fizeram jus ao direito de manter a cabeça erguida.” Enfim, feitas essas considerações só nos resta augurar que as pessoas despertem, ou agucem, o seu interesse pelo seguro, mais ainda, diante de toda essa riqueza jurídica que a envolve, que as pessoas, assim

como nós, gamem mesmo por essa notável instituição chamada seguro, que temos certeza algum dia gozará do prestígio que merece. Infere-se que o objeto do contrato de seguro não é o bem material (automóvel, casa, navio, etc.) ou imaterial (a vida, integridade física, etc.), mas o interesse legítimo das pessoas sobre esses bens. Resta claro, portanto, que o objeto, por exemplo, de um contrato de seguro de auto (seguro de dano) não é o automóvel, assim como o objeto de um contrato de seguro de vida não é a pessoa, embora esteja ela no epicentro da relação, mas o interesse legítimo sobre esses bens (bens aqui considerados no seu sentido mais amplo). AMILCAR SANTOS, no seu livro "Seguro", publicado em 1959, já dizia que *"o verdadeiro objeto do seguro, observa KISCH, não é propriamente a coisa, porém o interesse, o interesse econômico de que não aconteça o sinistro, interesse na conservação da coisa, interesse em evitar o prejuízo. O que o seguro garante, continua, não é tanto o bem patrimonial, por ele próprio, porém principalmente o valor pecuniário que lhe está incorporado; não a coisa, não a hipoteca, não o lucro, não o montante da responsabilidade, porém a soma em dinheiro correspondente a esses diversos bens"*

Se seguro é contrato, o objeto de um deve ser o mesmo que o do outro. Portanto, "objeto do seguro" deve ser igual a "objeto do contrato de seguro". Sendo o objeto do seguro o interesse legítimo segurável, inexistindo tal interesse, o contrato de seguro deve ser considerado inexistente, já que faltaria uma das condições da validade do negócio jurídico, que é o objeto lícito. No caso, não haveria sequer se falar em nulidade do contrato, onde existe um objeto (ilícito, impossível ou indeterminado). Como visto, o princípio unitário do seguro, que erige um conceito que se presta tanto para o seguro de dano quanto para o de pessoa, há de sempre ser observado, considerando que o dano exprime a idéia de prejuízo indenizável (no seguro de dano a prestação do segurador é a indenização), o que em princípio não sucede nos seguros de pessoa (tanto que não cabe sub-rogação e é livre a estipulação do capital segurado), como por exemplo nos seguros de sobrevida, a não ser que este evento futuro, possível e incerto (sinistro), quer dizer, a sobrevivência do segurado, seja considerado um dano, o que técnica e juridicamente não pareceria correto.

Consoante o exposto, um seguro de automóvel renovado pelo seu antigo proprietário, o que não é incomum, deve ser considerado inexistente por falta de objeto, pois ao alienar o seu veículo o segurado perde o interesse sobre o bem, que é transferido para o adquirente, este que, para figurar como segurado da apólice dependerá de comunicação ao segurador e de sua aceitação, consoante dispõe o art. 785 do Código Civil brasileiro, que admite a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado, mas se o instrumento contratual é nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

Se a transferência se fizer sem a observância desses requisitos, estaremos diante da seguinte situação: a uma, o cedente não terá pretensão contra a seguradora por falta de objeto, de interesse legítimo segurado sobre o bem alienado, a duas, o cessionário também não terá pretensão contra o segurador, em que pese seu interesse legítimo segurável sobre o bem adquirido, porquanto não adquiriu a condição de segurado, de parte do contrato de seguro. Quer dizer, a **troca do** titular do interesse segurado dependerá, salvo disposição em contrário, do exame e aceitação pelo segurador, do novo risco, subjetivo ou objetivo.

Daí se vê que está nesse dispositivo de nosso Código Civil, o art. 757, que inaugura o Capítulo que disciplina o contrato de seguro, o comando, cogente, não só da definição do objeto do contrato de seguro, isto é, o interesse legítimo segurado, como também da delimitação do risco no contrato, de modo que tudo quanto extrapolar dessa fronteira tratar-se-á de um caso não coberto, como que a domar e limitar a elasticidade do interesse legítimo segurável nas mais variadas espécies de seguro. Preserva assim o legislador, felizmente, a premissa de que é essencial o estabelecimento das linhas divisórias do risco no contrato, que se marcam pelas cláusulas e condições nele plasmadas. E essa delimitação é necessária para que o segurador possa dimensionar sua responsabilidade e calcular a taxa do prêmio atuarialmente devido.

Bem compreendeu essa essencialidade do contrato de seguro o acórdão do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, da lavara do eminente MOURA RIBEIRO, no julgamento da Apelação Cível Nº. 596756-0/8, em 20/03/2001, ao negar razão a pleito de beneficiário que pretendia o recebimento do capital do seguro de pessoa, pela morte de segurado havida em acidente de motocicleta por ele conduzida sem habilitação legal, que era risco expressamente excluído na apólice, daí mantendo a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a demanda por duplo fundamento, (a) pelo próprio teor da cláusula excludente, e (b) pelo agravamento intencional do risco na medida em que o segurado, sabendo-se inabilitado para dirigir motos, se pôs assim mesmo no comando da máquina perigosa que lhe ceifou a vida, infringindo, de um só fôlego, cláusula expressa do contrato de seguro e a lei de trânsito que o impedia de assim fazê-lo. Eis a ementa do referido acórdão, *in verbis*:

*“O contrato de seguro não admite interpretação extensiva, pois a apólice pode particularizar os riscos. Donde, sinistro nela não previsto não enseja cobrança de indenização.”*

O risco, afinal, encontra sua moldura em face da lei ou do contrato, e é com base nessa delimitação que se pode considerar o risco agravado ou não, bastando que exceda o segurado os limites da cobertura contratada. O risco deve estar delimitado para se outorgar certeza jurídica à relação contratual e fazer tecnicamente possível a instituição do seguro, que não pode nem deve ser confundida ou tratada como mercadoria comum e corriqueira.

Fixado o objeto do contrato de seguro com base no interesse legítimo segurado, o novo Código Civil brasileiro entra na chamada concepção unitária, que aliás sempre dividiu a doutrina, de um lado situando-se os que consideram que todos os seguros estribam-se em uma base indenitória, sendo daí o princípio indenitário elemento comum inclusive para os seguros de vida, e, de outro lado, os que repelem o caráter indenizatório do seguro de vida. À parte existe a corrente pluralista proposta por SCALFI, diante da variedade de tipos de seguro, considerando que o interesse no seguro de vida seria bastante diferente do interesse nos seguros de dano, a começar pelo envolvimento da figura do beneficiário que certamente influi o pensamento e por conseguinte o interesse do segurado no momento da conclusão do contrato, e sem falar do interesse tipicamente econômico de algumas modalidades de seguro de vida com caráter de investimento, como por exemplo os seguros de vida prestamista, assim celebrados para garantia de alguma dívida ou obrigação. Por isso que para se ter uma maior perfeição da definição unitária do seguro há de se buscar um conceito de interesse segurável abrangente o suficiente que possa aglutinar todos os tipos dentro do universo cada vez mais amplo do seguro, do contrário acabaria com mais razão a teoria dualista adotada pelo nosso Código revogado de 1916.

Com efeito, a doutrina sempre encontrou dificuldade na definição do contrato de seguro, este que oferece um exemplo particularmente significativo da evolução geral manifestada no domínio contratual que, embora tardia no lhe chegar, foi contudo rápida no operar. A instabilidade ou a estabilidade da ordem econômica, como também o progresso industrial e comercial, que acaba influenciando no social, desafia os estudiosos a encontrar um conceito de seguro que pudesse permanecer cientificamente imutável, perene, pois do seguro podem ser objeto todos os riscos cuja variedade determina suas diferentes espécies e novas criações, por isso, carregado de dinamismo e de complexidade por não fugir às diretivas da economia dirigida, tornou-se um contrato dirigido ante a intervenção do Poder Público.

Daí chegando alguns doutrinadores a afirmar que a definição do contrato de seguro passou a ser considerada sempre de utilidade precária e provisória, segundo por exemplo HEMARD, limitando-se de preferência a indicar as pessoas constitutivas do mecanismo da operação, encarando as obrigações que acarreta a cada uma das partes, de modo que a doutrina se encarregasse de fazê-lo.

Todavia, a maioria dos códigos não se descurou da definição do seguro. No direito francês, por exemplo, o interesse segurado tem um conteúdo mais subjetivo que no direito brasileiro na medida em que é preciso justificar um interesse para assegurar-se, enquanto que no direito brasileiro em regra assegura-se um interesse e pronto, só excepcionalmente se exigindo a justificação do interesse, em casos de seguros sobre a vida ou bens de terceiros.

## 1. PARALELISMO ENTRE O OBJETO DO CONTRATO DE SEGURO E O JOGO E APOSTA

Ora bem, se é correto afirmar que a causa do contrato de seguro seja o interesse econômico lícito para que o sinistro não ocorra ou em caso de sua ocorrência esteja ele garantido pela reposição indenizatória ou pagamento do capital segurado, tal reflete não somente no sujeito como também no objeto de seu interesse, por isso esse interesse acaba consistindo numa relação entre o sujeito e o bem, resultando essa relação quantificável economicamente. Antes de tudo, o interesse segurado, além de legítimo, tem que ser real, já que não pode ser mera expectativa de futuro reembolso ou ajuda. E entendido o interesse segurável como a relação de caráter econômico entre o bem e a pessoa, de modo a que o titular tenha interesse que o evento futuro e incerto não ocorra posto que danoso, marca-se o ponto de distinção entre o contrato de seguro e o jogo ou aposta, mormente pelo cuidado que o titular do interesse segurado tem em preservar o estado do risco, não o agravando, não o provocando, mas ao contrário o evitando. Já o apostador deseja, isto é, tem interesse, que o fato futuro ocorra, pelo qual receberá o prêmio, por isso que prêmio no jogo difere diametralmente do prêmio no seguro.

A propósito, no estudo das funções econômicas e sociais do seguro é sempre prudente fazer uma referência preliminar ao paralelismo que, até hoje, os leigos costumam estabelecer entre o jogo e o seguro, tendo a idéia, evidentemente equivocada, de que o seguro constitui uma espécie de jogo, já que o seguro gravita em torno do azar, ou seja, de acontecimentos prováveis. Por ironia, tanto no Código Civil brasileiro revogado como no novo, o seguro e o jogo vêm dispostos num mesmo Título e em Capítulos contíguos. Isso por si só já bastaria para se verificar, apesar da proximidade, que o seguro e o jogo são institutos distintos, e que afinal se dissociam por completo. Entre ambos, a única coisa que concorre para estabelecer uma aparente analogia é o fato de tanto o seguro como o jogo - cada um entretanto a seu modo - tomarem por base o cálculo de probabilidades. Mas o tomam de maneira e com finalidades profundamente diversas. Do ponto de vista econômico, por exemplo, já nos dizia o mestre e falecido LUIZ MENDONÇA, o jogo é considerado como simples e estéril transferência de dinheiro, que não cria valor. Embora não criando valores, absorve tempo e recursos produtivos. Quando ultrapassa os limites da recreação, diminui a renda nacional. Dizem que fomenta o turismo, fonte de estímulos a diversas formas de atividade econômica. Essa é, porém, matéria não só muito discutível - que aliás chegou a abrir uma crise no atual Governo Federal da República brasileira - como, além do mais, estranha ao nosso tema. Não sendo apenas estéril transferência de dinheiro, é também mecanismo de promoção de desigualdade e instabilidade de rendas. Hoje, o jogador atinge o paroxismo da felicidade, mas amanhã a sorte volúvel e adversa pode fazê-lo até mesmo passar fome.

O seguro é o oposto do jogo pelo menos porque, o que é imprevisível e sujeito ao acaso em relação ao indivíduo, é altamente previsível e uniforme no conjunto de segurados. Garante essa previsibilidade no seguro, sem perder o

caráter aleatório, a lei dos grandes números, demonstrada pelo teorema de JACQUES BERNOULLI, consoante o qual a probabilidade tende para a certeza à medida que as tentativas ou experiências tendem para o infinito. Minimizando a contribuição de cada um, pode o seguro oferecer a todos adequada proteção, graças ao equilíbrio atingido na gestão de riscos através da reunião de grandes massas de segurados, por isso, em troca de pequena parcela da renda individual ou empresarial, facilmente suportável, sem que com isso se realize propriamente um sacrifício, é possível obter plena tranquilidade em relação aos efeitos econômicos e financeiros de prováveis eventos danosos. Pode-se, portanto, perceber, sem dificuldades, que quem aposta, isto é, quem está jogando, não é aquele que faz seguro, mas inversamente, aquele que deixa de fazê-lo. Quem por exemplo tem uma casa e resolve não realizar o seguro desse imóvel contra fogo, está na verdade apostando. Se o incêndio não acontecer, o ganho obtido (o preço do seguro) é insignificante, pouco acrescentando à renda do jogador imprevidente; se acontecer, a perda então é realmente de grande vulto. O jogo em si não tem função social, já a do seguro é inegável, sem falar na sua formação de poupança já que as seguradoras são investidores institucionais de suas reservas e fomento da economia, já que muitos só investem mediante a garantia de um seguro. Valeria aqui aquela velha frase de MARK TWAIN sobre a duas vezes em que o pobre ou remediado não deve jogar, quando não tem e quando tem dinheiro.

## 2. O INTERESSE LEGÍTIMO NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE SEGURO. SEUS ELEMENTOS E MOMENTOS. TEORIAS DA CAUSALIDADE ADEQUADA E DA NECESSIDADE EVENTUAL

Fechado esse parêntesis, pode-se assim dizer que o interesse estará presente, com diferentes matizes, nos seguros de dano, nos seguros de responsabilidade civil e nos seguros de pessoa. Para o seguro de dano basta qualquer interesse lícito, digamos sobre a conservação da coisa, direto ou indireto, por isso o titular do interesse há de ter um vínculo com o bem segurado, não necessariamente o proprietário, como todos aqueles que a conservação da coisa interessa, seja com *animus* de locatário ou arrendatário, de usufrutuário, de credor hipotecário ou pignoratício, comodatário, fiduciário ou outra relação lícita que seja, cujo titular do **interesse econômico**, enfim, sofrerá prejuízo pela produção de um sinistro, daí derivando o princípio indenitário do seguro de dano.

No que pertine ao seguro de responsabilidade civil, o interesse do titular de um patrimônio, no seu conjunto, reside igualmente que ele seja mantido indene na mediada em que ameaçado para responder a uma dívida decorrente de um dano que venha causar a um terceiro. Ao contrário do que alguns pensam, o interesse do segurado no seguro de Responsabilidade Civil não é a preservação do patrimônio do terceiro em si, mas sim a do próprio patrimônio do segurado. Já no seguro de pessoa, ainda que exista toda uma discussão acadêmica sobre o valor econômico de uma vida humana, em última instância esse valor acaba existindo, eis que, do contrário, seria ela insuscetível de indenização no campo da responsabilidade civil, seja na reparação de um dano moral ou material para

aqueles que dependiam afetiva e ou economicamente do segurado em caso de sua morte. Afinal, resta inegável que a vida humana é o bem mais valioso e por isso juridicamente protegido, como por igual a integridade física e psicofísica da pessoa, razão pela qual se mostram suscetíveis se serem objeto de um interesse econômico lícito segurável. E no seguro de vida o titular do interesse tanto pode ser o estipulante como o próprio segurado, mesmo a despeito da existência de um beneficiário como algures mencionado.

Daí já se poderia identificar pelo menos três elementos do interesse segurável: (1) a pessoa titular do interesse; (2) o bem em que reside o interesse; e (3) a relação entre o sujeito titular do interesse e o bem, que pode ser um apenas ou mais de um, em coexistência ou sucessivamente, como no caso da transferência de interesse a que alude o art. 785 do nosso Código Civil. Esses interesses também podem se diversificar ou diluir entre o segurado, o estipulante, o beneficiário quando o seguro tiver como causa declarada a garantia de uma dívida (art. 791 de nosso Código Civil), ou ainda o seguro à conta de outrem (art. 767 também de nosso Código).

O interesse segurável tanto pode existir antes da conclusão do contrato, no momento da sua celebração, ou em momento posterior, até por ser o seguro contrato de trato sucessivo e de execução continuada. De qualquer forma, insta assinalar que o contrato de seguro será inexistente se o interesse segurado inexistir no momento da conclusão do contrato, sendo este ineficaz se o interesse inexistir no momento do sinistro. Da mesma forma se destaca do já mencionado art. 757 de nosso Código Civil, segundo o qual não existe seguro sem interesse legítimo, que nulo será o contrato, ainda que já aperfeiçoado ou formalizado, se se verificar a ilicitude do interesse, como aliás estabelece o art. 166, III do mesmo Código, caso não bastasse o seu art. 762. Assim como, pela teoria geral do contrato, a nulidade se impõe se faltar causa ao contrato, e isto se dará, no contrato de seguro, sempre quando não existir ou desaparecer o interesse segurável. Casos há em que o interesse legítimo segurável existe no momento da conclusão do contrato sem que o estipulante sequer conheça o beneficiário.

Realmente, nos seguros que se caracterizam como estipulação em favor de terceiros, como por exemplo aquele que no Brasil é denominado seguro obrigatório de DPVAT (Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres ou por sua Carga a Pessoas Transportadas ou não), o interesse legítimo segurado do estipulante, ou seja do proprietário do veículo, consiste em uma compensação indenizatória que deva ser paga pela morte ou invalidez de vítimas em potencial do trânsito, beneficiários que não são conhecidos no momento da conclusão do contrato, mas somente por ocasião do sinistro e que, nada obstante, têm ação direta contra a seguradora, por serem titulares da pretensão e do direito ao benefício. Enfim, o Código Civil brasileiro abraça a teoria da causalidade adequada do contrato de seguro, impondo a sua nulidade, ou inexistência mesmo, quando baldo de interesse segurável ou quando este seja ilícito.



### 3. RELAÇÃO COM OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO

O art. 757 em comento atrai discussões que envolvem outros dispositivos do mesmo Código, por isso a sua leitura há de ser feita em sintonia fina com os demais, eis que, afinal, o Código é como que um sistema de vasos comunicantes. Tanto que já tivemos a oportunidade de presenciar manifestação, equivocada é bem verdade, no sentido de que o novo Código Civil brasileiro, justamente em face do seu art. 757, estaria permitindo que “uma coisa seja segura no seu todo mais de uma vez para a preservação do mesmo risco...”. Isso só seria possível diante de interesses diferentes... Discussão, aliás, assaz interessante.

Pondere-se, de pronto, no sentido de esclarecer que a possibilidade de mais de um seguro sobre o mesmo bem não é novidade, pois no recém finado Código Civil brasileiro tal já era permitido, desde que, certamente, a soma dos seguros não ultrapasse o valor real do bem, a *fortiori* quando sob a égide do novo Código, que realça o caráter indenitário dos seguros de dano ou de coisas, com o qual não se coaduna qualquer possibilidade de alguém poder especular com o seguro, de *dano vittando* e não de *lucro capiendo*, muito menos, e por conseguinte, especular com a possibilidade de se indenizar um bem sinistrado por valor maior do que o prejuízo experimentado e, em qualquer hipótese, por valor superior ao limite ajustado na apólice, consoante os arts. 778 e 781, que assim estabelecem, *verbis*:

ART. 778 – Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

ART. 781 – A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador.

Note-se que a “garantia prometida”, a que alude o art. 778, supra transcrito, é a “importância segurada” antes fixada nas apólices, ou em mais adequada terminologia, o “limite máximo de garantia”, e o “interesse segurado” é o objeto da cobertura, que como se viu não se confunde com o bem, com a coisa segura. Tão rigoroso foi o legislador que ameaça com ação penal qualquer tentativa de se ultrapassar esses limites desde o momento da contratação. O caráter indenitário dos seguros de dano, e daí esses rigorosos limites estabelecidos pelo legislador como intransponíveis, tem o efeito didático e moralizador de não permitir que o sinistro possa interessar, como no jogo e na aposta, ao segurado. Ora bem, no jogo e na aposta, como já acentuamos, o evento futuro e incerto é ardentemente desejado pelo apostador, por isso o prêmio aí tem sentido inverso do prêmio empregado no contexto do seguro; naquele, o prêmio é futuro e pago pela banca do jogo, neste o prêmio é a rigor antecipado e pago pelo segurado, que não é nem pode ser apostador. Enfim, no seguro, ao contrário do jogo, o evento futuro não é, não deve e nem pode ser desejado pelo segurado, posto que ninguém, em condições normais, iria desejar um dano, um prejuízo, uma morte, um acidente etc.

Casos existem excepcionais no seguro, em que o evento futuro passa a ser desejado pelo segurado, como por exemplo no já também citado seguro de vida de sobrevivência, pelo qual o segurado, previdente, ajusta com o segurador um capital para lhe ser pago se acaso sobreviver a uma determinada data de sobrevida média, que no brasileiro gira em torno de 70 anos de idade. E quem, salvante o suicida, não haverá de desejar sobreviver ao tempo médio de vida? Como também seria o caso, excepcional, do chamado seguro *rolle-in-one*, que consiste no desejo do jogador de golfe, a uma, de acertar o buraco numa primeira tacada, mas que resulta por outro lado num prejuízo para o jogador segundo as regras e as tradições desse esporte, pois em tal sucedendo terá ele que pagar todas as despesas do bar do clube, onde entra o seguro para garantir o ressarcimento ao segurado, no caso o jogador (aí dublê de segurado e competidor, porém com comportamentos e atitudes distintas), desse prejuízo futuro e incerto. Assim é que, desses dois eventos, um é desejado - o *rolle-in-one* - e outro não - o prejuízo das despesas que daí decorrem.

Fechado o parêntesis acima, e para completar a idéia, o art. 781 de nosso Código cria dois limites: o do valor do interesse segurado no momento do sinistro (valor do próprio prejuízo), que não pode ser superior, em hipótese alguma, ao valor do interesse segurado fixado na contratação, conforme o art. 778, salvo em caso de mora do segurador, hipótese esta última em que, se ocorrente, aplicar-se-á o art. 772 do mesmo Código, segundo o qual, “a mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios”.

Por isso não seria demasiado repetir que a leitura ao citado art. 757 há de ser feita de acordo com os demais dispositivos do Código, assim inovado para corrigir defeito redacional do Código de 1916, repita-se, pois nos seguros de dano, de caráter inafastavelmente indenitário, a indenização a ser paga pelo segurador não pode ultrapassar aqueles dois limites mencionados (valor do prejuízo e limite máximo de garantia), enquanto que no seguro de pessoa é livre a estipulação de um capital segurado e possível a realização, em regra sem limites, de vários seguros sobre a vida ou integridade física de uma mesma pessoa, justamente porque, nesta última modalidade de seguro inexistente a natureza indenizatória. Assim, enquanto o interesse legítimo segurado encontra expressos limites no seguro de dano, apresenta-se mais elástico nos seguros de pessoa, tendo em vista a relativa liberdade para a instituição do capital segurado.

Se bem que o limite máximo de garantia em certa modalidade de seguro de dano, como por exemplo no seguro de responsabilidade civil, apresenta-se também elástico, na medida em que elásticas são a capacidade para causação de danos a terceiros e os vultos das possíveis indenizações e das eventuais condenações, até em face do princípio da *restitutio in integro* e das várias vertentes do dano (dano emergente, dano moral, dano estético, perda de uma chance, lucros cessantes etc.), o que amplia, por conseguinte, o espectro do

interesse legítimo segurável no seguro de responsabilidade civil em relação à proteção do patrimônio do segurado, diante da possibilidade de vir ele a ser diminuído ou afetado para a reparação dos danos que possam ser causados a terceiros. Afinal, o interesse legítimo segurável no seguro de responsabilidade civil seria o risco de desembolso patrimonial pelo segurado para indenizar terceiros, daí poder-se afirmar que a garantia prometida, nessa modalidade de seguro, em tese, dificilmente ultrapassará o valor do interesse segurado, por maior que seja o limite estabelecido na apólice, dada sua elasticidade, cuja fixação desse limite, nada obstante, deve se pautar no critério da razoabilidade e proporcionalidade, pois seria írrito e sem qualquer coeficiente lógico, a indicação como limite de um valor exagerado e incompatível com a realidade brasileira, e particularmente do segurado e de suas possíveis vítimas de danos patrimoniais, fato que só iria fazê-lo despende um prêmio desnecessariamente ocioso.

Conforme já acenado, o Código Civil Brasileiro, além dos seguros por conta alheia, tratados genericamente em seu art. 767, abre também previsão específica para os seguros sobre a vida de terceiros, estabelecida no seu art. 790. Em geral, como de sabença, o seguro pode ser contratado pelo próprio titular do interesse segurado ou do risco (quando coincidem as figuras do tomador ou contratante do seguro e o segurado), ou contratado por um terceiro (tomador) visando o interesse segurável de outrem (determinado ou indeterminável), que é o segurado, com mandato ou sem mandato, por isso quando o terceiro contrata o seguro por representação do titular do interesse tratar-se-á de seguro unicamente celebrado entre duas partes, segurado e segurador. Daí não seria demasiado de pronto distinguir, como faz a doutrina (confira-se com ISAAC HALPERIN, *in* Lecciones de Seguros, Depalma, Buenos Aires, pág.44, edição 1997), “seguro por conta alheia” (no qual o terceiro está *determinado* no contrato) do “seguro por conta de quem corresponda” (no qual o terceiro está *indeterminado* no momento da contratação, porém determinável). Este último pode ser contratado por conta própria ou de quem corresponda (em previsão, por exemplo, de uma eventual transmissão do interesse segurável). O artigo 790 do Código Civil brasileiro parece cuidar da primeira hipótese. Já o art. 767, parece abranger as duas hipóteses.

Percebe-se que na trilogia que caracteriza o seguro de vida, três são as pessoas a que ele interessa, o segurador e o segurado como partes, e o beneficiário que, embora não sendo parte do contrato é quem recebe o capital a ser pago pelo segurador em caso de morte do instituidor que pagou o prêmio, não sendo daí equívoco afirmar que o seguro de vida com cobertura de morte é daqueles em que se caracteriza como uma espécie de estipulação em favor de terceiro.

O art. 790 citado não trata, portanto, do seguro convencional sobre a própria vida do proponente, mas sobre a de outrem, que será considerado o segurado, nada impedindo que o próprio proponente se auto nomeie beneficiário, daí a razão pela qual o legislador limitou a livre contratação exigindo a justificação do interesse do proponente sobre a vida do segurado, dispensando a prova desse

interesse apenas para o cônjuge, ascendente ou descendente. Aqui, o interesse segurado recai sobre a preservação da vida de outrem, daí a razão pela qual a lei exige a sua justificação, até para se evitar a formação de contratos para fins ilícitos e, mesmo criminosos, pois desde logo surgiria a ambição, pondo em risco a própria existência do segurado, travestindo o seguro em verdadeiro jogo e aposta, ainda mais condenável quando o objeto da aposta recai sobre a vida alheia. Assim não fosse, todos iriam realizar seguro sobre a vida de pessoas que se expõem a risco permanente, como por exemplo os corredores de Fórmula 1, fato que transformaria as seguradoras em verdadeiros balcões de aposta toda vez que houvesse uma corrida. A esse propósito, vale mencionar que a legislação de muitos povos persevera exigindo o consentimento do terceiro para a validade desse tipo de seguro, como por exemplo a Lei Francesa que estabelece a nulidade do seguro contratado por um terceiro sobre a vida do segurado sem que este último tenha dado o seu expresso consentimento com a indicação do capital segurado (confira-se com JUSTIN GODART e PERRAUD - CHARMANTIER, in Code des Assurances, pág. 491). O nosso Código, entretanto, mais exigente por um lado e menos por outro, não impõe o consentimento do segurado, mas que o proponente, sob pena de falsidade e invalidade, justifique o interesse quando o segurado não for seu cônjuge, descendente ou ascendente. Também a guisa de exemplo vale mencionar a Lei Argentina, como nos dá conta o jurista GUSTAVO RAÚL MEILIJ, em seu Manual de Seguros (Depalma, Buenos Aires, 3ª edição, pág.189), ao afirmar que, *“quando o seguro se contrata sobre a própria vida a lei não exige um interesse específico ao terceiro beneficiário (art. 143 da Lei de Seguros). Mas se o seguro for sobre a vida de um terceiro, o art. 128 da L.S. exige o consentimento deste”*.

A justificação, portanto, do interesse, há de ser clara e formal, mediante declaração escrita do proponente e que deve ser examinado com acuidade pela seguradora no momento da proposição do seguro, como também no momento da liquidação do sinistro, em que pese parte da doutrina entender que esse interesse deve existir ao tempo da conclusão do contrato, por isso seu desaparecimento posterior, em regra, seria indiferente, como por exemplo o fato de no momento do sinistro não mais existir o vínculo conjugal existente entre o proponente e o segurado no momento da contratação, ou, também a guisa de exemplo, não mais existir a relação da empresa (proponente) com o segurado (homem chave ou sócio) que existia no momento da contratação. A não ser que o proponente expresse perante a seguradora a cessação do interesse que motivou a celebração do contrato de seguro. Aliás é isso que parece decorrer de interpretação literal da redação do *caput* do art. 790 de nosso Código, que focaliza a pena de falsidade da declaração do proponente, ou seja, no momento da conclusão do contrato. Porém, recomenda a cautela que a verificação do estado de interesse também se dê no momento do sinistro visando a evitar, em casos excepcionais, os efeitos do pagamento indevido. Aliás trata-se de cuidados necessários em face da incidência de fraudes com esse tipo de operação, muitas das vezes com requintes de crueldade por envolver assassinatos de segurados. Tanto o Código revogado quanto o atual, como já se viu, não exigem, ao contrário de legislações de outros países, o

consentimento da pessoa cuja vida se pretende segurar (segurado), mas não dispensa o interesse do proponente, beneficiário ou tomador do seguro sobre a vida de um terceiro, considerando a doutrina que o interesse é sempre maior, superior, que o consentimento. Casos há, entretanto, na prática, em que esse consentimento acaba sendo tácito quando se tiver que proceder a exame médico do segurado, em regra dispensado porque, com base nos arts. 765 e 766 de nosso Código, o segurador exigirá do proponente informações e declarações sobre o estado de saúde do segurado. Também porque, ante a peculiaridade do contrato de seguro, as seguradoras costumam se fiar nas declarações do proponente, sem estarem obrigadas, de regra, a examinar com profundidade essas declarações, por isso a lei as protege contra as declarações inexatas ou reticentes.

Parece óbvio que se exclui do alcance do citado art. 790 o chamado seguro unicamente de sobrevivência ou dotal, ou dotal puro, considerando lógico o fato de que nestes seguros a sobrevivência do segurado presume-se sempre - a contrário senso e do que sucede com a morte - interessar ao estipulante ou beneficiário, mesmo que o segurado dê seu assentimento ao estipulante para a realização do seguro. Por isso entendermos em regra ser esse seguro apenas passível de ser realizado pelo próprio segurado, titular do risco, posto que personalíssimo o interesse segurável no caso.

Como o Código Civil é um sistema integrado por todos os seus artigos, seria equivoco, por conseguinte, nesse contexto, também fazer a leitura do seu art. 757, dito como comando dos demais posto que matriz do interesse legítimo segurável, sem atentar para o que estabelece o art. 782 do mesmo Código e capítulo, que admite um novo seguro sobre o mesmo risco, mas desde que a soma não ultrapasse o limite da garantia estabelecido no art. 778:

ART. 782 – O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778.

*O Código Civil brasileiro revogado foi categórico ao determinar a anulabilidade do segundo seguro sobre o mesmo bem e pelo seu todo. O novo Código foi silente nesse particular. Mas pela conjugação de seus diversos dispositivos que consagram a natureza indenizatória do seguro de dano e impedem rigorosamente o transbordamento do limite do próprio prejuízo, condicionando a indenização a esse limite, já estando o interesse garantido o segundo seguro será inexistente por falta de objeto, por falta de interesse legítimo portanto. E sob pena de ação criminal competente, conforme brandido pelo art. 778, ante a ilicitude em que consiste a tentativa ou a consumação do recebimento de uma indenização além do prejuízo efetivo à custa do seguro, quer dizer, além dos limites do interesse legítimo segurável, sem falar na possibilidade de se configurar indício de crime de “LAVAGEM DE DINHEIRO” conforme a Lei 9.613/99.*

Seria possível existir interesses subjetivamente diferentes sobre um mesmo bem, mas com enfoque de risco diferente, como por exemplo, (a) o de um comerciante que sofrerá prejuízo com a destruição do imóvel que ocupar como inquilino e onde tem o ponto de seu comércio, e (b) o do proprietário que prejuízo também terá com a perda de seu imóvel. Ambos em tese poderão, na medida do interesse e do risco que têm sobre aquele mesmo bem, realizar os respectivos seguros, um para garantir indenização do prejuízo no fundo de comércio gerado pela destruição do prédio, e outro para indenização do próprio prédio em si. Se o seguro do prédio for realizado pelo locatário, o beneficiário será o proprietário. Quem afinal tem interesse legítimo para o seguro de incêndio de prédio: o que tem a propriedade (domínio), ou o que tem a posse? O Seguro, na sua expressão mais simples, continua baseado na transferência dos efeitos econômicos do risco. Todo aquele que detiver o risco, daí o conceito de interesse legítimo, poderá ser segurado, transferindo os efeitos econômicos desse risco ao segurador. Portanto, além do proprietário, quem tem uma posse mansa e pacífica, por exemplo, vestida para gerar a aquisição por usucapião, decerto também poderá ter interesse legítimo segurável sobre os riscos do imóvel. O que não é possível é fazer mais de um seguro sobre o mesmo risco, sobre um mesmo interesse, obtendo enriquecimento sem causa de um sinistro. Por exemplo, proprietário de imóvel e inquilino realizarem, cada qual, um seguro para cobrir risco de incêndio sobre o mesmo imóvel e pelo valor que ele realmente tem.

*É mesmo impossível por que o risco da destruição do prédio é do proprietário - ou de quem tem uma posse que equivalha à propriedade. O inquilino ao receber igual quantia devida ao proprietário pelo dano ao imóvel que não lhe pertence, estaria recebendo indenização de prejuízo que não teve, enriquecendo-se ilícitamente.*

Por tudo que representa o seguro, para contratá-lo, não basta que a pessoa, natural ou jurídica, seja capaz, é preciso tenha ela interesse manifesto na operação, um interesse legítimo segurável portanto, que se presume conforme a relação da pessoa com o bem, este aqui considerado no seu sentido mais amplo, como por exemplo ocorre entre o proprietário e a coisa que se quer garantir contra o risco a que estiver sujeita, interesse esse nem sempre presumível quando o bem pertence a terceiro, que no entanto aflora quando se tem a posse ou detenção, ou nas situações em que, embora sem o domínio ou propriedade, por exemplo no contrato de comodato, seja responsável por sua guarda, preservação e conservação, exigindo-se, não raro, a justificação do interesse de modo a servir de objeto do contrato de seguro, o que excepcionalmente não sucede com o inquilino de imóvel, já que a lei do inquilinato brasileira lhe atribui expressa legitimidade para contratar o seguro contra incêndio e outros riscos do imóvel, bastando declarar a relação locatícia, assim como o proprietário, de boa-fé, declara a propriedade quando ele mesmo contrata o seguro, sendo prudente, no entanto, que se exiba o contrato de locação, até para evitar fraude ou duplicidade de seguro sobre um mesmo bem. Nesses casos, o beneficiário do seguro será sempre o proprietário, porque o interesse legítimo segurado do inquilino, por exemplo, é para

contratar o seguro, jamais para receber a indenização em caso de sinistro, do contrário o sinistro passaria a ele interessar, enriquecendo-se ilicitamente e sem causa em detrimento do proprietário, o que produziria nefando efeito inverso do princípio indenitário que rege os seguros de dano, na medida em que o sinistro, sinistramente, aumentaria o patrimônio do inquilino e diminuiria na mesma proporção o patrimônio do locador proprietário. Muitos exemplos poderiam ser citados, tais como, o interesse do transportador da carga para contratar o seguro de transporte, o interesse do depositário para contratar o seguro do bem depositado, dentre outras situações pertinentes. Vale também lembrar, como algures já mencionado, o seguro do pai sobre a vida do filho e vice-versa, o do cônjuge sobre a vida do outro, tudo independentemente de justificação já que o interesse nesses casos se presume, o que não ocorre, segundo a lei brasileira, entre irmãos, hipótese em que dever-se-á justificar o interesse para legitimar o seguro sobre a vida um do outro, como que tivesse encarnado no legislador pátrio o espírito bíblico de *Caim e Abel*.

Fora dessas situações de interesse parental próximo, é imperiosa mesmo a sua justificação expressa, do contrário as sociedades seguradoras se transformariam em balcões de aposta, realizando seguro dos fiéis sobre a vida de sua santidade o Papa, dos aficionados por automobilismo sobre a vida dos corredores de *fórmula 1*, dos torcedores enfim sobre a vida de outros terceiros praticantes de outros esportes e competições perigosas, e aí sucessivamente, que seriam exemplos de seguros cujos interesses são injustificáveis, abrindo-se assim a seguinte classificação dos seguros segundo o interesse: (1) *seguros de interesse presumido*; (2) *seguros de interesse justificável* e; (3) *seguros nulos, ou inexistentes, de interesse injustificável*.

Afinal, não há seguro sem interesse legítimo. O interesse, todavia, em regra deve ser econômico, porque o seguro é um fato econômico, de compensação financeira, de proteção patrimonial, podendo em certo grau ser afetivo nos seguros de pessoa, conforme variam as legislações dos povos, mas nunca para se degenerar em jogo ou aposta, ou mesmo em roleta russa quando se trata de seguro sobre a vida alheia, salvo haja interesse sobre a existência do segurado. Lembra, com maestria, o jurista brasileiro PEDRO ALVIM, em sua mais recente obra, de publicação *post mortem*, “O Seguro e o Novo Código Civil” (Forense Rio, ano 2007, 1ª edição), que “no seguro de dano existe efetivamente a necessidade de o segurado amparar-se contra o risco, no momento de celebrar o contrato, e depois de ocorrido o sinistro, para refazer o equilíbrio desfeito. Mas no seguro de vida, nenhuma necessidade experimenta o beneficiário que aumenta seu patrimônio com o valor do seguro”.

Lembrando VIVANTE, acrescenta que “não se pode incorporar ao conceito essencial do seguro a noção de previdência que inspira a necessidade do segurado ou seu interesse legítimo. Ela não penetra a estrutura do contrato, a ponto de constituir um elemento essencial cuja ausência seja capaz de justificar a sua nulidade”. Pertence aos motivos íntimos, por isso prescindível de justificativa, vale aqui repisar, o interesse do pai sobre a vida do filho, e vice-versa, do cônjuge sobre a vida do outro. Quem realiza um seguro de vida pode

fazê-lo com o propósito de beneficiar um filho ilegítimo, de assegurar uma renda para seus últimos dias, ou gratificar os méritos de uma companheira ou companheiro fiel. São situações em que nenhuma lei permitiria ao juiz aquilatar a legitimidade desses motivos, a seriedade dessas possíveis necessidades, razão pela qual nenhum segurador de boa-fé desejará que sua obrigação dependa de investigação semelhante, pois a liberdade de consciência restaria fundamentalmente obnubilada, obliterada e distante dos objetivos do contrato de seguro.

Afinal, interesse pode também se traduzir numa relação íntima entre o indivíduo e o objeto de seu desejo, no elemento intrínseco do direito subjetivo, que a lei protege, e será sempre legítimo o interesse quando se acha subordinado ao próprio direito ou à utilidade ou necessidade pecuniária, patrimonial ou econômica, da pessoa natural ou moral, física ou jurídica. Portanto, bem amplo pode ser o objeto do contrato de seguro, como bem amplo é o interesse legítimo segurável, cujos limites estarão contidos no interesse legítimo segurado, dependendo apenas de uma boa regulamentação, da sua delimitação no contrato e da precificação da garantia do risco que o segurador estiver disposto a assumir diante do princípio constitucional da livre iniciativa e da economia de mercado.

Mas gostaríamos de encerrar lembrando que, em suma, o interesse legítimo segurado se associa ao princípio indenitário nos seguros de dano, porque a satisfação na necessidade eventual do interesse do segurado ou do tomador que realiza esses seguros é o de ver, concretamente, o patrimônio, se desfalcado pelo sinistro, recuperado por uma indenização que cubra o prejuízo efetivamente experimentado, nos limites da apólice contratada. Nos seguros de pessoa, o interesse segurado se associa à necessidade eventual, de caráter não indenizatório, para que, em caso de sinistro, se veja satisfeita com o recebimento do capital livremente ajustado, decerto também nos limites da apólice.



**Ponencia 7**  
**O INTERESSE SEGURÁVEL E A BOA-FÉ OBJETIVA**  
**NOS CONTRATOS DE SEGURO**

**Keila Christian Zanatta Manangão Rodrigues**<sup>219</sup>  
Sección Brasileira de AIDA

SUMARIO

1. O interesse segurável enquanto elemento do contrato de seguro; 2. O princípio da confiança e a boa-fé objetiva; 3. A cláusula geral de boa-fé objetiva contida no artigo 765 do Código Civil e sua dupla funcionalidade; 3.1. Eficácia imediata ou direta da cláusula geral; 3.2. Eficácia mediata ou indireta da cláusula geral: o efeito de irradiação difusa.

**1. O INTERESSE SEGURÁVEL EM QUANTO ELEMENTO DO CONTRATO DE SEGURO**

A imponderável possibilidade de ocorrência de eventos danosos está presente no mundo desde a forma mais primitiva da existência humana. A expectativa do acontecimento de determinados riscos tornou praticamente imperativa uma atitude de constante prevenção que veio a ser conhecida como *previdência*.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> Advogada. Sócia do Escritório Pellon & Associados Advocacia Empresarial. Advogada graduada em 1994 pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada, lato sensu, em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, em 1997. Pós-graduada, lato sensu, em Direito Civil Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2004. Professora da Disciplina de Direito Aplicado ao Seguro do Curso de Administração com Ênfase em Seguros e Previdência da Escola Nacional de Seguros - FUNENSEG. keila@pellon-associados.com.br

<sup>220</sup> Indispensável, a respeito a lição de Amílcar SANTOS: “De fato, o desconhecimento que temos da duração da vida humana, a incerteza daquilo que o futuro nos reserva, a possibilidade de destruição dos bens que possuímos, tudo isso foi que conduziu o homem à idéia do seguro. O seguro nasceu, assim, de uma necessidade econômica, provocada pela instabilidade das coisas humanas. Surge, daí, o objetivo primordial do seguro, sua feição mais característica: a previdência. É devido à previdência, isto é, um olhar ao futuro, que o homem procura, por meio do seguro, garantias contra os prejuízos econômicos que possam afetar seu patrimônio, em virtude de perda ou diminuição de seus bens, ou ainda, pelo seu desaparecimento ocasionado pela morte. Sem previdência não haveria seguro, nem mesmo a idéia de seguro. A previdência torna-se, assim, a pedra angular do seguro, qualquer que seja a forma que este venha a tomar. Constituinte-se um elemento principal, joga a previdência, no desenvolvimento do seguro, o papel mas preponderante. [...] Da união desses dois elementos, nasce a fórmula mais completa de segurança e tranqüilidade que o homem pode almejar no preparo do futuro. Irmanados, seguro e previdência formam a estrutura econômica mais objetiva na garantia coletiva e

Segundo Pedro Alvim, ela nada mais é do que a “fonte de inspiração de todos os processos imaginados para prevenir ou suavizar os efeitos negativos do risco para o patrimônio, a saúde ou a própria vida<sup>221</sup>”. O progresso intelectual e técnico implicou que os processos de defesa humanos contra o risco de eventos danosos, inicialmente rústicos e primários, e os meios primitivos criados pelo homem para aperfeiçoá-los, fossem aprimorados de tal modo ao longo do tempo face às necessidades do desenvolvimento econômico e social do ser humano, até atingirem o modelo de seguro contemporâneo<sup>222</sup>. O risco, o interesse segurável, o prêmio, a garantia e a empresarialidade constituem elementos do contrato de seguro comumente enumerados pela doutrina. Cada um deles consta do artigo 757 do Código Civil Brasileiro em vigor<sup>223</sup>, que traduz o conceito legal do contrato. O segundo, decerto, é um dos mais importantes, pois é indispensável que aquele que propõe a contratação do seguro tenha interesse concreto e legítimo em prevenir os danos ou perdas que possam afetar o bem sobre o qual incide o risco.<sup>224</sup>

---

individual”. **Seguro. Doutrina, legislação, jurisprudência.** Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1959. p. 7.

<sup>221</sup> ALVIM, Pedro (**O Contrato de Seguro.** Op. cit., p. 1). Todavia, o advento do seguro com bases efetivamente científicas tardou muito a ocorrer. Para se ter uma idéia, somente no século XVII foi criada a primeira tábua de seguro de vida, a qual, curiosamente, foi desenvolvida por um astrônomo, que estudou por anos a fio os registros de mortes ocorridos em diversas cidades da Inglaterra. BRAGA, Francisco de Assis (**Contrato de seguro: a técnica do risco ao sinistro.** IBDS e EMIS. p. 15)..

<sup>222</sup> Conforme expõe Guilherme Calmon Nogueira da GAMA “no curso da história da civilização, várias técnicas de proteção social da pessoa humana contra eventuais contingências foram concebidas (a própria pessoa, a família, a assistência pública aos serviços de saúde, a assistência religiosa), sendo que o seguro privado e o mutualismo foram técnicas baseadas em cálculos atuariais, objetivando também proporcionar a cobertura de determinados riscos. A civilização humana sempre apresentou instinto de previdência material diante do temor quanto aos acontecimentos deletérios previsíveis e futuros. É uníssona na doutrina a afirmação de que o contrato de seguro adveio das necessidades sociais e teve como antecedente histórico o período das grandes navegações durante a Idade Média, daí sua vocação original para a cobertura de riscos relacionados ao patrimônio da pessoa. Verifica-se, com efeito, que o centro das preocupações relacionadas ao seguro tradicionalmente foi a previdência do segurado no campo patrimonial, ainda que também indiretamente houvesse referência aos bens jurídicos não-patrimoniais, como no exemplo mais emblemático do seguro de vida. Atualmente, a noção de seguro privado se vincula, inelutavelmente, ao anseio da pessoa humana de controle dos riscos e de socialização dos riscos atuais e futuros entre todos na sociedade, afastando-se, assim, da idéia inicial que envolvia apenas o “indenizar” (uma espécie de responsabilidade meramente monetária). O seguro de pessoa o novo código civil. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 826, p. 11-25, agosto 2004. p. 15..

<sup>223</sup> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada..

<sup>224</sup> STRAUCH, Osvaldo Contreras. **El contrato de seguro.** Santiago: La Ley Editorial Jurídica, 2002. Op. cit., p. 57.

Não por outro motivo o interesse segurável constitui o objeto do contrato de seguro<sup>225</sup>, já que é sobre ele que recai a garantia<sup>226</sup>. O interesse deve, forçosamente, ser legítimo<sup>227</sup>, conforme prevê o artigo 757 do Código Civil, que prestigia o conceito unitário de seguro e a chamada “teoria da necessidade”. Segundo Isaac Halperin por interesse se entende a relação lícita de valor econômico sobre um bem<sup>228</sup>. Quando essa relação se veja ameaçada por um risco surge o interesse segurável.<sup>229</sup>

Embora não coincida com a própria coisa a ser segurada o interesse deve corresponder a um bem que esteja exposto a risco, ou seja, que possa desaparecer ou deteriorar-se (como é o caso, por exemplo, de mercadorias transportadas), perder-se, extinguir-se ou sofrer limitações (a exemplo do que ocorre com a vida e as faculdades humanas), ou, até mesmo, a um fato que pode não realizar-se (como ocorre, por exemplo, nos seguros de crédito ou de garantia de obrigações contratuais).

---

<sup>225</sup> Há quem entenda, porém, que o objeto do contrato de seguro é o risco. Essa é a opinião de Manuel Inácio Carvalho de MENDONÇA: “O objeto do seguro não é a coisa sobre a qual ele recaia e sim o risco que ela sofre” (MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. DIAS, José de Aguiar (Atual.). **Contratos no direito civil brasileiro**. 4 ed., t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 294). Também nesse sentido leciona Caio Mário da Silva PEREIRA: “O objeto do contrato de seguro é o risco, que pode incidir em todo bem jurídico” (**Instituições de Direito Civil. v. III. Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 455). Observe-se que, de um modo geral os autores que enxergam no risco o objeto do contrato atribuem ao interesse a qualidade de causa do contrato. Cite-se, a título de exemplo, José VASQUES (**Contrato de seguro. Notas para uma teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 139)..

<sup>226</sup> Para Fábio Konder COMPARATO o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é pois uma coisa, mas uma relação, como o indica a própria etimologia (*inter esse*); mais precisamente, ele é a relação existente entre o segurado e a coisa ou pessoa sujeita ao risco De acordo com o mesmo autor é essa distinção entre o interesse segurável e a coisa ou objeto a que este interesse se refere que explica o fato de que possa existir, em alguns casos, uma multiplicidade de seguros referentes à mesma coisa, com titulares diferentes (**O seguro de crédito. Estudo jurídico**. Op. cit., p. 25-26)..

<sup>227</sup> Ou seja, o interesse não pode ser contrário à lei, à moral e aos bons costumes. Pode ocorrer que sobre um mesmo bem concorram, simultaneamente, dois ou mais interesses legítimos. Osvaldo Contreras STRAUCH cita como exemplo o imóvel que tem mais de um proprietário ou que tenha sido dado em hipoteca, caso em que subsiste o interesse tanto do dono, quanto do credor hipotecário (Op. cit., p. 85). Segundo Amílcar SANTOS “qualquer interesse estimável em dinheiro, ou qualquer espécie de risco, pode, desde que a lei não proíba, ser objeto de contrato de seguro” (Op. cit., p. 34)..

<sup>228</sup> De acordo com o autor “el concepto de interes asegurable adquiere en el contrato una importancia extraordinária, porque constituye el objeto del contrato; su existencia es esencial para legitimar el contrato e impedir que degeneren en una apuesta, y porque en el seguro de daños, el la medida de la indemnización”. Op. cit., p. 536-537.

<sup>229</sup> Ibid., p. 46.

Nos seguros de vida o interesse assume especial relevância.<sup>230</sup> Quando o seguro for instituído sobre a vida de outrem o proponente deverá declarar ao segurador o seu interesse na preservação da vida do segurado, que deve ser atual, efetivo e, sobretudo, legítimo, presumindo-se nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 790<sup>231</sup> do Código Civil vigente, de redação semelhante ao artigo 1.472 do Código Civil de 1916.<sup>232</sup> Quando necessária, a justificativa deve ser por escrito e fundamentada, competindo ao segurador aferir a sua pertinência.

## 2. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E A BOA-FÉ OBJETIVA

A sociedade de consumo moderna tornou imperativa a criação de mecanismos voltados à promoção do reequilíbrio das relações contratuais. Para que a missão de alcançar esse objetivo se tornasse possível foi necessário atribuir-se à lei um novo papel, qual seja, o de proteger determinados interesses sociais.

A passagem do Estado Liberal para o Social desencadeou uma intensa intervenção nas relações contratuais, reduzindo o espaço que antes era reservado à autonomia da vontade. Valores como a equidade e a segurança nas relações jurídicas assumiram seu lugar na nova teoria contratual, que busca a proteção da boa-fé das partes contratantes.<sup>233</sup> Nasceu, aí, uma nova concepção de contrato. Conforme Gustavo Tepedino a atenção do legislador voltou-se, finalmente, para a função social que os institutos privados devem cumprir, em busca da proteção e do atingimento de objetivos sociais definidos pela Constituição Federal, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.<sup>234</sup>

---

<sup>230</sup> Conforme anota Osvaldo Contreras STRAUCH a determinação do interesse assegurável no seguro de pessoas “no está supeditada al valor de la cosa que se asegura, como ocurre en los seguros de daños, porque es imposible tasar o valorar la vida o la integridad corporal o la salud de una persona”. Op. cit. p. 86.

<sup>231</sup> Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

<sup>232</sup> Art. 1.472. Pode uma pessoa fazer o seguro sobre a própria vida, ou sobre a de outrem, justificando, porém, neste último caso, o seu interesse pela preservação daquela que segura, sob pena de não valer o seguro, em se provando ser falso o motivo alegado. Parágrafo único. Será dispensada a justificação, se o terceiro, cuja vida se quiser segurar, for descendente, ascendente, irmão ou cônjuge do proponente.

<sup>233</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

<sup>234</sup> TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 201.

Foi a partir dessa nova realidade que a concepção clássica de Friedrich Karl von Savigny e Bernhard Windscheid, favorável à prevalência da vontade interna<sup>235</sup>, cedeu lugar à teoria da declaração, defendida por Von Büllow e Salleilles, em prestígio à vontade declarada e à aparência de vontade<sup>236</sup>, escopos da teoria da confiança<sup>237</sup>, que veio conferir maior certeza e segurança às relações contratuais. Assim sendo, a confiança<sup>238</sup> deixou de ser um elemento social para assumir maior destaque e significado, tornando-se um verdadeiro valor contratual e destinando-se à proteção da crença depositada

---

<sup>235</sup> Para aqueles autores a declaração não passaria da simples revelação da vontade interna.

<sup>236</sup> De acordo com Cláudia Lima MARQUES “a teoria da vontade concentrava-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente sua vontade, concentrava-se no momento da criação do contrato; a teoria de confiança concentra-se também em um indivíduo, qual seja o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os efeitos do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações”. Op. cit., p. 233.

<sup>237</sup> No dizer de Orlando GOMES “constitui a teoria da confiança abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede prelácia da declaração sobre a vontade sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contratantes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade. Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, ao destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie*”. E complementa: “Encontram-se as origens da teoria da confiança no pensamento de Grotius, para que a vontade que se exteriorizou suficientemente mediante palavras constitui declaração que se tem como verdade frente ao declarante. Funda-se, assim, a teoria do negócio jurídico sobre as condições de compreensão e confiança (*treu und Glauben*) que intervêm entre os homens. Observa Wieacker que se baseia na ética social aplicada em vez de se fundar numa dogmática ou em casualidades psicológicas. O elemento social, representado pela confiança, cobra significação cada vez mais extensa, a ponto de se admitir a responsabilidade de quem, por seu comportamento, suscitou em outra pessoa a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações. [...] Desloca-se, em suma, o eixo da teoria do negócio jurídico, reduzindo-se o papel da vontade. O que decide, em suma, para os partidários dessa teoria, é a confiança determinada pela declaração. Ela é, segundo Santoro Passarelli, a aplicação conseqüente da predominância do momento social na admissão da autonomia privada”. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2 ed. aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Op.cit., p. 14-16.

<sup>238</sup> António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO afirma que a confiança é um “elemento imprescindível na manutenção do grupo social”. E complementa: “Na sua falta, qualquer sociedade humana se esboroa”. **Tratado de direito civil português. Tratado v. I. Parte geral**. t. I. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000. Op. cit., p. 237.

pelos sujeitos no tráfego negocial para efeito de assegurar a fé na palavra dada.<sup>239</sup>

Todavia, embora a confiança, ou *fides*<sup>240</sup>, seja um fato onipresente na vida social<sup>241</sup>, seu papel não se esgota nisso. No mesmo passo em que progrediu a sociedade e em que se tornaram mais complexas as relações contratuais e o tráfego jurídico, ampliaram-se a impessoalidade e a descrença nas relações entre os contratantes. Assim, a confiança passou a constituir a janela por meio da qual o elemento ético ingressa no mundo jurídico.<sup>242</sup> Daí porque a confiança

---

<sup>239</sup> Conforme Jorge Cesa Ferreira da SILVA “sociologicamente, a confiança pode ser compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social. A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá”. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49.

<sup>240</sup> O termo *fides*, de origem latina, significa fé, crença, fidelidade, confiança, consciência, responsabilidade e compromisso à palavra dada. Segundo Vera Maria Jacob de FRADERA a *fides*, originalmente, tinha uma acepção de cunho religioso, identificando-se com a deusa da palavra dada, representante da fé jurada e protetora dos segredos. Governava, ainda, a confiança entre os homens, protegendo os fracos dos poderosos (A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês do contrato. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 24, p. 127-158, jan./jun. 2003.p. 139). De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO no campo do Direito a *fides* apresentava-se sob três formas: havia “uma *fides*-poder, própria das relações entre o *patronus* e o *cliens*, que evolui para a virtude do mais forte; uma *fides*-promessa, característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada primeiro num ritual exterior, progride depois para a idéia de respeito pela palavra dada; uma *fides*-externa, que sujeitava os povos vencidos ao poder de Roma” (**Tratado de direito civil português**. Op. cit., p. 223)..

<sup>241</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da (**Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 77). O autor adverte, porém, que essa ubiqüidade da confiança impõe, desde logo, que se distinga entre as situações suscetíveis de gerar responsabilidade e aquelas que não a desencadeiam..

<sup>242</sup> Segundo António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO “em termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abranda as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje, para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violenta na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um código ético imediato. (**Tratado de direito civil português**. Op. cit., p. 237)..

constitui verdadeiro valor jurídico ao qual são reconhecidos dois perfis: um objetivo<sup>243</sup> e outro subjetivo.<sup>244</sup>

A observação da realidade demonstra que a interação humana requer um mínimo de confiança, pois, sem ela, não se empreende<sup>245</sup>. Compete ao Direito a missão de garantir aos sujeitos uma ambiência que não apenas valorize a confiança presente nos vínculos, como também tutele as expectativas legítimas nascidas das relações contratuais. Com efeito, é impossível conceber-se uma ordem jurídica que não tenha a confiança ao mesmo tempo como fundamento, como fim e como imperativo ético-jurídico.<sup>246</sup> Assim, a confiança é pressuposto fundamental da paz jurídica por ser indispensável à garantia da coexistência e da cooperação pacíficas entre os sujeitos.

O ato de confiar revela-se por meio de comportamentos variados e de gradação diversa: “tanto se pode dizer que confia aquele que crê firmemente numa certa realidade, como quem espera com uma convicção mais moderada,

---

<sup>243</sup> Acerca do perfil objetivo da confiança é imprescindível a lição de Emílio BETTI: Segundo seu famoso significado original, a palavra latina *fides* exprime uma qualidade objetiva que se atribui a tudo aquilo em que se possa basear um comportamento seguro. *Fides* é a credibilidade que uma coisa merece e que lhe deve ser reconhecida quando é digna de fé. [...] Também nesse sentido objetivo, *fides* exprime o fato de uma pessoa ser confiável, de modo que podemos pôr fé em suas afirmações e promessas, Sempre sob esse aspecto, a palavra *fides* é usada para designar o vínculo assumido, apto a gerar e a justificar em outrem uma legítima expectativa, seja com respeito à sua assunção, a seu fiel cumprimento ou à sua infração (*fidem fallere*). BETTI, Emílio. **Teoria geral das obrigações**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 95.

<sup>244</sup> Sobre o perfil subjetivo da confiança colha-se o ensinamento de Emílio BETTI: “Ora, deste significado de caráter objetivo deriva, por um processo psicológico bastante óbvio um significado subjetivo, em que *fides* exprime um modo de se comportar tal a engendrar fundadamente uma garantia segura: um modo de se comportar em que se manifesta um hábito moral da pessoa, um traço de caráter em que os outros podem depositar confiança. Nesse significado subjetivo, a expressão *fides* se nos apresenta de duas formas: em primeiro lugar, em relação a um vínculo assumido, *fides* poderia ser definida com a breve fórmula de Cícero, *dictorium conventorumque constantia et veritas*, o hábito da firmeza e da coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos mediante declarações ou acordos. Em segundo lugar, numa acepção que, sob certo aspecto, parece mais vasta, mas na realidade tem aplicação mais restrita, *fides*, assim como *bona fides*, indica uma fidelidade na satisfação das expectativas alheias, mesmo independentemente de um compromisso assumido, de um acordo concluído. Nesse sentido, usa-se a expressão *fides*, p.ex., em certas relações de confiança pessoal, em que as partes confiam mutuamente na fidelidade da contraparte, a que se sentem ligadas por uma íntima solidariedade. *Fides*, sob esse aspecto, exprime a conduta leal, fiel, que, segundo a concepção da sociedade romana, é costume conservar e lícito esperar nas relações entre homens de honra (mesmo independentemente de uma palavra empenhada), porque propensos a um fecundo adimplemento de recíprocas expectativas de confiança. *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>245</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>246</sup> Segundo Manuel António de Castro Portugal Carneiro da FRADA o princípio da confiança é “princípio ético-jurídico fundamental, vinculado às condições essenciais de uma justa composição dos interesses e posições dos sujeitos”. *Ibid.*, p. 61-62.

como ainda o que chega a adoptar um determinado comportamento apesar de uma contingência que não domina, decidido assumir o correspondente risco na expectativa de que ele não se concretize. Confiança e desconfiança são susceptíveis de combinar segundo intensidades diferentes de caso para caso”.<sup>247</sup>

A confiança mitiga a postura diligente que o homem médio ordinariamente adotaria no trato com terceiros.<sup>248</sup> A crença<sup>249</sup> incondicional na contraparte toma o lugar que, em outra situação, caberia à conduta cautelosa. Por meio desse agir o confiante torna suscetíveis de serem mais facilmente defraudadas as expectativas que depositou no parceiro contratual. Afinal, no âmbito das relações contratuais, confiar significa acreditar na postura ética e nas obrigações assumidas pela outra parte quando da formação do vínculo nascido a partir da declaração exarada por essa última.<sup>250</sup>

Confiança e boa-fé, entretanto, não se confundem.<sup>251</sup> Etimologicamente, o termo “confiança” provém do latim *cum fides*, que quer dizer “com fé”. A boa-fé, ou *bona fides*<sup>252</sup>, por sua vez, é uma confiança qualificada como “boa”, o que

---

<sup>247</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Ibid.*, p. 18.

<sup>248</sup> De fato, “na medida em que confiam, os sujeitos abdicam de alguma forma daquela prudência e diligência com que, noutras circunstâncias, actuando sozinhos, averiguariam, acautelariam ou prosseguiriam os seus interesses. Ao despirem-se nesse sentido de certas precauções que de outro modo tomariam tornam-se particularmente expostos aos perigos decorrentes da frustração das suas expectativas em virtude de uma conduta de outrem.” FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Ibid.*, p. 476.

<sup>249</sup> De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela”. **Da boa fé no direito civil. Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.234.

<sup>250</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>251</sup> Segundo Judith MARTINS-COSTA a boa-fé apresenta-se como a mais imediata tradução da confiança no domínio das relações intersubjetivas. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 231.

<sup>252</sup> Do termo que exprime a confiança (*fides*) nasceu a expressão *fides bona*, que denotava um sentido de correção e lealdade que deveria imperar no mundo das relações comerciais. A *bona fides* por sua vez, surgiu como um conceito jurídico, quando a *fides* ultrapassou sua origem de preceito moral e religioso para exprimir a idéia de promessa, vinculando o sujeito ao cumprimento da palavra dada. Com efeito, evolução da *fides* para a *bona fides*, corresponde ao momento em que, no Direito Romano, o sistema legal foi renovado pela influência da equidade. De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO o significado dessa transição “agita a doutrina histórico-jurídica, sem que se possa falar em soluções definitivas” (**Da boa fé no Direito Civil.** *Op. cit.*, p. 71). Segundo Teresa NEGREIROS as origens romanas da boa-fé a associam à equidade, entendida esta última como “uma espécie de juízo em que as



quer significar uma confiança justa, correta ou virtuosa.<sup>253</sup> Daí poder-se afirmar que, dada a sua generalidade, a confiança é mais ampla que a boa-fé e, por conseguinte, abrange essa última. É nesse sentido a opinião de Judith Martins-Costa, para quem a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva constituem emanações do princípio da confiança.<sup>254</sup>

Porém, embora a boa-fé subjetiva (*guter Glauben* ou “boa crença”, conhecida igualmente por “boa-fé crença”) e a boa-fé objetiva (*treu und Glauben* ou “lealdade e crença”, também denominada “boa-fé regra de conduta”) encontrem unidade no princípio geral da confiança, cada uma delas desempenha, do ponto de vista dogmático, diferentes funções.

No âmbito das relações contratuais avulta a importância da boa-fé objetiva, ou “boa-fé regra de conduta”, que consiste, a bem dizer, numa confiança qualificada.<sup>255</sup> O dever de agir com lisura que ela impõe aos contratantes

---

circunstâncias concretas do caso *sub judice* assumem predominância dentre os múltiplos fatores a ponderar” (**Teoria do contrato. Novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133). Vera Maria Jacob de FRADERA afirma que o conteúdo jurídico da *bona fides* foi traçado por Cícero: “a *fides bonus vir romano* era a atitude social do romano que auxilia os demais na medida do possível e não prejudica a ninguém. A *bona fides* era a fidelidade à palavra dada e a regra de conduta do homem honesto”. A autora complementa afirmando que a regra de boa-fé nos contratos teve origem nas ações denominadas *bona fidei iudicia*. (A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês do contrato. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 24, p. 127-158, jan./jun. 2003. p. 139). Convém acrescentar que em Roma a *bona fides* estava relacionada especialmente com três campos de atuação do Direito: as relações entre o negociante e sua clientela, os contratos e a posse.

<sup>253</sup> De acordo com Judith MARTINS-COSTA “A confiança é mais ampla do que a boa-fé. Esta é uma fé qualificada (“boa”) que aparece no Direito sob dupla modalidade (boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva) e suscita determinados efeitos, operando, funcionalmente, como pressuposto ou condição do mecanismo de proteção da confiança. Porém não tem a generalidade da confiança que é, ao mesmo tempo, princípio, fundamento e pressuposto da ordem jurídica, globalmente considerada, abrangendo casos que não são reconduzidos ao âmbito de incidência (e operatividade) da boa-fé (**Comentários ao novo código civil. Comentários ao novo código civil**. v. 5. t. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38-39)..

<sup>254</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito da confiança. **Revista CEJ, Brasília**, n. 27, p. 120, out./dez. 2004. *passim*..

<sup>255</sup> Segundo Maurício Jorge Pereira da MOTA “a boa fé objetiva ou boa fé lealdade é um dever - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte. Três são as notas características da boa fé objetiva. A primeira pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos de uma delas em relação à outra. Esses deveres, a segunda nota característica, são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familias*. Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa

projeta nas obrigações a necessidade de respeitar vetores fundamentais do sistema jurídico, com ênfase para a tutela da confiança e para a materialidade de situações subjacentes<sup>256</sup>, valorizando, de forma especial, o equilíbrio das relações contratuais, onde desempenha o papel de orientar a cooperação intersubjetiva entre as partes.

A confiança que compõe o núcleo da boa-fé objetiva<sup>257</sup> nasce ainda no momento em que se verifica entre as partes o primeiro contato dirigido à celebração do vínculo e provém da legítima expectativa de que as tratativas destinadas à consecução do negócio jurídico serão conduzidas pelos contraentes com honestidade e lealdade. Ela acompanhará as partes após a formação do contrato, estendendo-se para além da sua execução.<sup>258</sup>

Há contratos que pressupõem uma relação de especial confiança entre as partes. São eles comumente designados de contratos de *uberrimae fidei*. De fato, determinados contratos exigem das partes uma confiança mais intensa do que aquela que se deposita ordinariamente no plano geral e indiferenciado do tráfego negocial e, por isso mesmo, demandam um tratamento distinto pelo ordenamento jurídico<sup>259</sup>. Neles, a *fides* constitui um elemento inerente ao tipo contratual, reclamando uma proteção mais enérgica do que nos demais, pois o

---

expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebrava impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa fé objetiva. Na concepção objetiva a boa fé contrapõe-se à ausência de boa fé e não à má fé. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis caracteriza violação do dever de agir de boa fé (objetiva), mesmo sem má fé (ou dolo) e sem culpa. Portanto nem sempre a atuação não conforme a boa fé (objetiva) será ilícita, mas, mesmo quando não ilícita em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade". A boa fé nos contratos de licença de uso de software. **Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UERJ**, n. set., p. 95-120, 1996. p. 101.

<sup>256</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Op. cit., p. 1.170.

<sup>257</sup> Essa confiança qualificada se avizinha à fidelidade: "O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que procedam tal como deve esperar-se que o faça qualquer pessoa que participe correta e honestamente ao tráfico jurídico, no quadro de uma vinculação jurídica especial". GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Curso de direito civil. Contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49.

<sup>258</sup> Pontes de MIRANDA expõe com acuidade esse fenômeno: "o que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato". **Tratado de direito privado**. Parte Especial. t. XLV e XLVI. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1964. p. 321.

<sup>259</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. Op. cit., p. 544..

mandamento de consideração que impõe às partes o dever de ter apreço pelos interesses uma da outra íntegra o próprio conteúdo da relação obrigacional<sup>260</sup>. É esse o caso, justamente, do contrato de seguro:

Repetidamente se tiene expresado que la exigência de la buena fe se manifiesta en el seguro de una manera extrema y se acude a dicho principio rector, podría decirse, hasta de una manera más enfática y repetida que en los demás contratos y requiriéndola, por igual, a ambas as partes. De ello se deduce, por ejemplo, que en caso de siniestro el asegurado debe prestar un total apoyo y colaboración para el esclarecimiento del hecho, de sus causas y de sus consecuencias, acorde con el estándar de buena fe e probidad.<sup>261</sup>

A aplicação mais freqüente e rigorosa da boa-fé ao contrato de seguro, segundo Isaac Halperin, se deve à própria natureza do contrato e à posição especial das partes:

Respecto al asegurador, el tomador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo cuanto se refiere a la descripción del riesgo y al mantenimiento del estado del riesgo. Respecto al tomador, el asegurador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la póliza, por el carácter del contrato, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador y por su naturaleza de contrato de masa, de condiciones generales uniformes (en principio) e impuestas al asegurado.<sup>262</sup>

Para apreciar adequadamente a possibilidade de garantir o interesse legítimo do proponente, seja ele o segurado ou um terceiro, o segurador necessita, no momento da conclusão do contrato, conhecer com exatidão tudo o quanto esse saiba sobre o objeto do interesse e, em dadas circunstâncias, sobre o próprio risco. Como não possui meios de descobrir por si mesmo todas as circunstâncias que podem influir na sua apreciação sobre o risco, o segurador não tem outra alternativa a não ser fiar-se nas informações que lhe dá o proponente. Conforme observa Isaac Halperin:

El asegurador tiene derecho a confiar en las declaraciones del tomador sobre circunstancias que debe conocer normalmente sobre su persona o sus cosas propias, sin que éste se halle obligado a realizar investigaciones técnicas. Esta información no se limitará a las circunstancias que afectan materialmente a la cosa o a la persona, sino sobre todas las circunstancias, aun las accesorias,

---

<sup>260</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 25, p. 229-281, jul./dez. 2003. p. 245..

<sup>261</sup> STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de Seguros**. t. I. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 604.

<sup>262</sup> HALPERIN, Isaac. **Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418**. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1970. p. 39. p. 39.

que influyan en la justa apreciación del riesgo, aun cuando no se reflejen sobre la prima aplicable; [...].<sup>263</sup>

De posse dessas informações, que devem ser necessariamente precisas e completas, é que o segurador poderá aceitar ou não a proposta e calcular o respectivo prêmio. Nesse contexto, as declarações do segurado ao segurador assumem singular importância.<sup>264</sup> Aí reside, ao menos nesse momento, a *fides* do segurador na contraparte:

O segurador põe sobre si a álea que o contraente teme, ou pode temer. Precisa saber qual a extensão dessa álea. Por isso, tem de contar com as declarações exatas do contraente. Só assim pode ele saber se lhe convém, ou não, o contrato. Tem de fazer indagações que confirmem, neguem ou completem essas declarações. De qualquer modo, tem de admitir a boa fé e contar com a boa fé com que o interessado se manifesta. Daí dizer-se que o contrato de seguro é *uberrimae fidei*.<sup>265</sup>

Pode-se afirmar, então, que no contrato de seguro, o peso da confiança depositada pelo segurador no proponente, no segurado, no beneficiário, no estipulante ou no representante de quaisquer deles, é substancialmente mais significativo que o da confiança creditada pelos últimos ao segurador. A propósito disso, Silvio Rodrigues, em comentário ao artigo 765 do Código Civil afirma que o dever de veracidade<sup>266</sup> previsto naquele dispositivo se impõe, ainda com mais intensidade, em relação ao segurado. Como o seguro é um ajuste em que o segurador assume os riscos do negócio, em troca de um prêmio que arbitra, mister se faz que ele conte com todos os dados necessários para avaliar tais riscos. A declaração falsa pode induzir o segurador a fixar taxa diversa da que fixaria se soubesse a verdade,

---

<sup>263</sup> Ibid., p. 167.

<sup>264</sup> Rubén S. STIGLITZ afirma que “si la relación está basada en la confianza, el deber de información se acentua aún más”. Op. cit., p. 292.

<sup>265</sup> MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 323. Ainda a propósito a lição de Osvaldo Contreras STRAUCH: “Es verdad que el principio de la buena fe preside la celebración y ejecución de todos los contratos y no solo del seguro [...]. Pero en el seguro la aplicación de este principio reviste la mayor importancia, por el hecho de que el asegurador protege el interés del asegurado sobre la base de creer en lo que este le ha expresado sobre la naturaleza y características de la cosa asegurada y la magnitud del riesgo que le afecta; y a su vez, el asegurado contrata el seguro en el entendido de que el asegurador honrará la palabra empenada de cubrir los riesgos especificados en el contrato”. Op. cit., p. 37.

<sup>266</sup> De acordo com Ricardo Bechara dos SANTOS “a segurança e a tranquilidade, buscadas no seguro, enfim, repousam na veracidade das informações de que formalmente o segurador solicita e necessita do segurado no momento da contratação, sob pena de restar contaminada toda a massa de segurados, toda a coletividade mutualista da qual cada segurado faz parte”. **Direito de seguro no cotidiano - coletânea de ensaios jurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 515.

enfrentando, assim, um risco maior do que aquele que se dispunha a enfrentar.<sup>267</sup>

Destarte, no contrato de seguro o valor da confiança se exprime duplamente, sendo certo, no entanto, que a boa-fé objetiva desempenha um papel de destaque, especialmente em razão da existência de uma cláusula geral de boa-fé objetiva no Código Civil Brasileiro, precisamente no artigo 765, que será objeto de análise no próximo tópico deste trabalho.

### **3. A CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ OBJETIVA CONTIDA NO ARTIGO 765 DO CÓDIGO CIVIL E SUA DUPLA FUNCIONALIDADE**

#### **3.1. Eficácia imediata ou direta da cláusula geral**

O Código Civil Brasileiro contém uma cláusula geral de boa-fé objetiva específica para o contrato de seguro que se acha expressa no artigo 765. Uma análise apressada do texto do dispositivo poderia induzir o leitor a crer, num primeiro momento, que há grande semelhança entre a redação daquele dispositivo e a do artigo 422 do mesmo Código. Eventualmente se poderia cogitar, até mesmo, que a inclusão do artigo 765 no texto daquele diploma consistiria numa redundância ou numa inutilidade. Afinal, em ambos os dispositivos o legislador refere à “boa-fé” tanto na “conclusão”, quanto na “execução” do contrato, de modo que o artigo 422 bastaria à aplicação da boa-fé objetiva a todos os contratos.

Essa impressão inicial, entretanto, se reduz a uma falsa aparência. A redação do artigo 765, a par da especialidade de dirigir-se precisamente ao contrato de seguro, é substancialmente mais rica do que a do artigo 422. Algumas peculiaridades são capazes de apontar tal fato.

No artigo 765 o legislador refere à “mais estrita boa-fé e veracidade”. Há, para o uso dessas expressões, a devida explicação. A circunstância do artigo 765 atribuir à boa-fé objetiva ali prevista o predicado de “mais estrita”, bem como o fato dela vir adjetivada por um dever de “veracidade”, permite inferir que a boa-fé objetiva reclamada pelo contrato de seguro é ainda mais qualificada do que aquela demandada pelos demais contratos. Trata-se da boa-fé contratual levada ao extremo, às últimas conseqüências, o que faz dela um elemento integrante do próprio contrato de seguro.

Segundo Teresa Negreiros a boa-fé objetiva, “muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se

---

<sup>267</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 341.

numa autêntica norma de conduta”.<sup>268</sup> Com efeito, o artigo 765 do Código Civil tem como foco principal o dever anexo ou instrumental de informação ou esclarecimento<sup>269</sup> do segurado e do segurador, um para com o outro.

Ocorre que, no seguro, essa exigência de boa-fé objetiva quanto ao dever de informar vem acrescida do dever de ser veraz.<sup>270</sup> A expressão “veracidade”, de acordo com José Augusto Delgado, significa “qualidade que é conforme a verdade” e quer expressar fidelidade, exatidão, a autenticidade com que as vontades dos contratantes são manifestadas. O autor enfatiza que essa veracidade, “juntamente com a boa-fé, eleva o contrato de seguro a situação de plena validade e eficácia”:

A função do princípio da veracidade é não conduzir a parte contrária ao engano. Ele decorre da boa-fé e evita práticas abusivas, simuladas e enganosas no trato dos negócios jurídicos.

As partes obrigam-se a atuar de modo que as suas declarações expressem a mais absoluta verdade. Devem declarar os fatos com exatidão e realidade, a fim de que os efeitos do contrato de seguro não gerem vantagens indevidas e contrárias ao direito.<sup>271</sup>

Ademais disso, o dever das partes de proceder com “a mais estrita boa-fé e veracidade” previsto no artigo 765 do Código Civil tem destino certo: recai tanto sobre o objeto do contrato, quanto sobre as “circunstâncias e declarações” a ele relacionadas.

Por tais motivos se pode afirmar que o mais importante dever de informação<sup>272</sup> que incide sobre as partes no contrato de seguro é aquele relacionado ao

---

<sup>268</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato. Novos paradigmas.** Op. cit., p. 120.

<sup>269</sup> Segundo Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA “o dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante”. **A obrigação como processo.** São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 115.

<sup>270</sup> De acordo com Ricardo Bechara dos SANTOS “a segurança e a tranquilidade, buscadas no seguro, enfim, repousam na veracidade das informações de que formalmente o segurador solicita e necessita do segurado no momento da contratação, sob pena de restar contaminada toda a massa de segurados, toda a coletividade mutualista da qual cada segurado faz parte”. **Direito de seguro no cotidiano - coletânea de ensaios jurídicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 515.

<sup>271</sup> DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo código civil.** Das várias espécies de contrato. Do seguro. Arts. 757 a 802. v. XI. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 202.

<sup>272</sup> Por força dos deveres de informação ou esclarecimento “as partes ficam adstritas a informarem-se mutuamente de tudo que for pertinente ao vínculo: deste em si, das ocorrências

interesse segurável e tudo o que a ele diga respeito, sendo certo que a relevância desse dever se realça ainda mais no momento do preenchimento, assinatura e apresentação da proposta, já que no contrato de seguro a fase pré-contratual assume destacada importância.

Com efeito, o dever de boa-fé objetiva imposto pela *fattispecie* contida no artigo 765 do Código Civil deve estar presente de modo especial – porém, não exclusivo, que fique claro – na fase pré-contratual porque no seguro ela é, inclusive, condicionadora da conclusão do contrato.<sup>273</sup> Daí a importância das informações intercambiadas pelas partes no momento que antecede e prepara a formação do vínculo obrigacional. Afinal, há no seguro uma peculiaridade acerca do dever de informar: as informações dadas ao segurador podem exercer poderosa influência sobre a sua manifestação de vontade (como ocorre, por exemplo, com a apresentação e aceitação da proposta) ou sobre o cálculo das prestações relacionadas às obrigações principais (o que acontece, a título exemplificativo, com a tarifação do prêmio a ser cobrado para a concessão da cobertura, bem como com a determinação do valor a ser indenizado nos seguros de dano). Por tais razões o proponente deve fornecer ao segurador informações precisas e completas sobre a pessoa do segurado, quando se tratar de seguro de pessoas, ou sobre o objeto do seguro, quando se tratar de seguro de dano.<sup>274</sup>

O segurador, por sua vez, necessita dar conhecimento preciso à contraparte sobre o objeto do contrato, as suas limitações, os riscos cobertos e excluídos, as circunstâncias que ensejarão a cobertura do sinistro. E, enfatize-se, embora esse dever de informação seja especialmente importante na fase pré-contratual para efeito da conclusão do contrato, vai perdurar nas demais fases do vínculo.

Eis aí, portanto a primeira funcionalidade da cláusula geral do artigo 765 do Código Civil: a eficácia imediata e direta de seu próprio texto relaciona-se ao dever de informação imposto a ambas as partes, dever esse que recai, mais especialmente, sobre o interesse segurável. Todavia, o dever de informação no contrato de seguro, dada a sua irrefutável importância, não exerce essa sua funcionalidade tendo em perspectiva apenas a obrigação de cada contratante de bem informar o outro: atua, também, sob a perspectiva do dever que cada contratante tem, para consigo próprio, de bem informar-se. Assim, conforme observa Rúben Stiglitz, “si bien el asegurado debe, como prestación secundaria, informarse de la configuración interna de la futura relación comercial

---

que se relacionem com o mesmo, e de todos os efeitos que possam resultar da execução do contrato”. OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado. A autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 41-78, jul./dez. 1997. p. 44.

<sup>273</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o seguro no novo código civil brasileiro (virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral). *In: III Fórum de Direito do Seguro José Solero Filho – Estudos de Direito do Seguro*. São Paulo: IBDS, 2003. p. 74.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 74.

para desenvolver, correlativamente subsiste análogo dever de informação por parte del segurador”.<sup>275</sup>

Isso quer significar, por exemplo, que ao proponente compete, minimamente, exigir do segurador que lhe forneça, no ato de apresentação da proposta, o texto das condições gerais, especiais e particulares da apólice a ser emitida. De outro lado, cabe ao segurador, na fase pré-contratual, instruir a proposta com um elenco de questionamentos suficientemente detalhado, apto a obter do proponente informações minuciosas sobre o interesse e o risco, e que lhe são indispensáveis para a aceitação da proposta e o cálculo do prêmio.

A funcionalidade da cláusula geral de boa-fé objetiva inserta no artigo 765 do Código Civil, entretanto, não se restringe a isso. Ela é bem mais complexa.

### **3.2 Eficácia mediata ou indireta da cláusula geral: o efeito de irradiação difusa**

Se é verdade que a cláusula geral de boa-fé contida no artigo 765 do Código Civil atua de forma a impor ao segurado e ao segurador um dever de informação qualificado sobre o interesse segurável, bem como sobre todas as circunstâncias e demais declarações que a ele estejam relacionadas, também parece evidente que a força normativa dessa boa-fé não se contém exclusivamente nos limites daquele dispositivo.

A boa-fé objetiva que compõe o núcleo do artigo 765 do Código Civil irradia seus efeitos sobre os demais artigos do Código Civil que disciplinam o contrato de seguro e, ainda, sobre o próprio conteúdo contratual, seja para determinar o conteúdo de outros deveres anexos já previstos naquele diploma ou no pelo regramento contratual, seja para criar outros deveres anexos não contemplados na lei ou no contrato. Tal ocorre porque a eficácia daquela cláusula geral de boa-fé objetiva não se restringe à exigência da indispensável fidedignidade das informações prestadas por um contratante ao outro e ao dever de informação que cada um deles tem para consigo mesmo. Vai muito além disso.

A boa-fé contratual estampada naquele dispositivo destina-se, também, a assegurar que a justiça do contrato seja preservada por meio da manutenção do equilíbrio das prestações, o que pode ser alcançado, basicamente, de dois modos: conservando-se, tanto quanto possível, as circunstâncias originais que induziram o segurado a interessar-se pelo contrato e que permitiram a aceitação da proposta pelo segurador, ou, ainda, realinhando-se, sempre que viável, as bases do negócio jurídico quando a superveniência da alteração de uma ou de algumas das circunstâncias originais puder vir a influir naquele equilíbrio.

---

<sup>275</sup> Op. cit., p. 605.



Num caso, como no outro, os deveres acessórios, instrumentais ou anexos detêm papel fundamental, competindo à boa-fé objetiva a missão de determinar o conteúdo daqueles já existentes ou criar outros quando isso se fizer necessário ao atingimento do equilíbrio contratual. Dito de outro modo, em um primeiro momento, a norma procura garantir que os comportamentos de comunicação e cooperação material, visando à contratação, possuam os atributos da sinceridade, da colaboração prática atentando para o interesse do outro contratante, de forma que o contrato seja individual e socialmente útil, e seja emanado de forma correta e completa (veracidade).

Em um segundo momento, formada a relação contratual, o dispositivo procura garantir que as variações que possam ser relevantes e afetar o equilíbrio entre as prestações devidas sejam reveladas reciprocamente e recebam a atuação prática necessária para o melhor atendimento aos interesses de ambas as partes.<sup>276</sup>

Daí porque se pode afirmar que o princípio da boa-fé objetiva presente no artigo 765 do Código Civil transcende o dever de informação contido no texto daquele dispositivo:<sup>277</sup> sua força normativa eticizante também exerce efeitos sobre a lei e sobre o contrato, seja para fixar o conteúdo de outros múltiplos deveres anexos por eles previstos (tanto de informação, quanto de proteção, como também de lealdade, todos eles destinados a promover o adimplemento das prestações principais pelo segurado e pelo segurador), seja para criar outros deveres anexos não contemplados quer pelo legislador, que pelas partes. Essa, pois, a segunda funcionalidade da cláusula geral em estudo.

Isso se deve ao efeito de “irradiação difusa” do princípio da boa-fé objetiva de que trata Teresa Negreiros:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual [...]<sup>278</sup>

Não por outra razão Judith Martins-Costa refere-se à boa-fé objetiva como um “*topos* subversivo do direito obrigacional”<sup>279</sup>. A mesma autora reconhece que a funcionalidade da boa-fé objetiva no contrato de seguro não se limita ao dever

---

<sup>276</sup> TZIRULNIK, Ernesto (et al.). **O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 74..

<sup>277</sup> Esse, porém, enfatize-se, tem preeminência em relação aos outros deveres anexos ou instrumentais incidentes sobre o contrato conforme já dito, aspecto que será melhor detalhado em outro tópico deste trabalho.

<sup>278</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato. Novos paradigmas**. Op. cit., p. 116.

<sup>279</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Op. Cit., 409..

de informação previsto no artigo 765 do Código Civil, tendo em vista, ainda, a promoção de outros tantos deveres acessórios, instrumentais ou anexos:

No novo Código, as regras pontuais do Capítulo XV do Livro V cingem a operatividade da boa-fé no contrato de seguro a, basicamente, três funções: as que levam à imposição de deveres de lealdade e de informação e, embora de forma tímida, a que conduz aos deveres de proteção e consideração aos legítimos interesses do *alter*.<sup>280</sup>

De fato, dada a própria complexidade do contrato de seguro, a sua execução jamais poderia reduzir-se ao singelo cumprimento das obrigações principais, pois la relación aseguradora no se agota con la observancia de los deberes primarios o principales. Estos últimos deberán ser cumplidos con fidelidad a compromiso asumido, preservándose aí la confianza depositada recíprocamente por las partes, según la buena fe que debe presidir el negocio. El vínculo asegurativo, bilateral por esencia, exhibe dos partes y cada una de ellas porta la legítima expectativa consistente en que la contraparte la considere.

Y al contenido obligacional principal que tipifica al contrato de seguro, se le añaden los deberes secundarios de conducta o reglas accesorias o agregadas, cuya fuente son los mandatos legales, lo “acordado” por las partes en sus preceptos de “autonomía” (condiciones generales, particulares y especiales) y, en el dilatado marco de la interpretación del negocio, por lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Como se advierte, las reglas secundarias de conducta, ya sean de fuente legal, estipuladas por las partes, o implícitamente acordadas, exorbitan los deberes estructurales del contrato, pero aun como accesorias o conexas a estos últimos, constituyen contenido contractual y, como tales, deben ser observadas por el sujeto pasivo, de buena fe.<sup>281</sup>

É oportuno acrescentar que a observância aos deveres acessórios, instrumentais ou anexos é cominada pelo Código Civil não apenas ao segurado e ao segurador, protagonistas do contrato. Ela recai, também, sobre outros personagens envolvidos em todas as fases da relação obrigacional.

Assim sendo, no contrato de seguro os deveres anexos impostos pela boa-fé contratual atuam duplamente: de forma positiva, exigindo dos próprios contratantes e de outras pessoas que a eles se vinculam uma conduta de colaboração intersubjetiva<sup>282</sup>, voltada à promoção do adimplemento; e de forma

---

<sup>280</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o seguro no novo código civil brasileiro (virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral). Op. cit., p. 73.

<sup>281</sup> STIGLITZ, Rubén S. Op cit., p. 633.

negativa, impondo a esses mesmos personagens uma postura de consideração que atue em favor da preservação das expectativas reciprocamente depositadas pelos contratantes um no outro:

Las reglas secundarias de conducta se fundan en deberes de convivencia y de solidaridad social. Dentro de la conducta debida debemos distinguir entre el obrar negativo, que conduce a exigir un comportamiento de respeto y conservación de la esfera de interes ajeno, y un obrar positivo, que impone una activa colaboración con el cocontratante, encaminada a la satisfacción de su interes.

Como queda expresado, las reglas secundarias de conducta importan, en ocasiones, el cumplimiento de prestaciones positivas y que pueden consistir en cooperar. Mas allá de que en ocasiones, la cooperación o la colaboración se traduce en una abstención, o sea, en una conducta omisiva (dejar hacer o no hacer). En otras oportunidades, los deberes accesorios se manifiestan en prestaciones en punto a la protección de los intereses de que es acreedora la otra parte, evitándole la producción de daños o de mayores daños que los contractualmente previsibles.<sup>283</sup>

Em suma, a funcionalidade da cláusula geral de boa-fé objetiva inscrita no artigo 765 do Código Civil assume duas vertentes.

A primeira tem sua eficácia imediata ou direta a partir do próprio texto daquele artigo e diz respeito ao mais importante dever anexo decorrente da boa-fé objetiva para efeito do contrato de seguro, qual seja, o dever de informação do segurado para com o segurador, e vice-versa, sobre o objeto do seguro, que é o interesse segurável.

A segunda vertente é fruto da eficácia mediata ou indireta daquele dispositivo, ou seja, do efeito de irradiação difusa da boa-fé objetiva, que ultrapassa os limites do texto do artigo 765 do Código Civil, permitindo que o intérprete possa determinar o conteúdo de outros deveres anexos previstos tanto nos demais dispositivos do mesmo diploma, quanto no contrato, bem como criar deveres anexos não imaginados pelo legislador ou pelas partes.

---

<sup>282</sup> A propósito dessa colaboração Antunes VARELA afirma que, “mais do que o respeito *farisaico* da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração *leal* na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita”, razão pela qual as partes devem se ater “não só à *letra*, mas principalmente ao *espírito* da relação obrigacional”. **Das obrigações em geral**. v. 2. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 12..

<sup>283</sup> STIGLITZ, Rubén S. Op. cit., p. 634-635.



## **TEMA IV LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **Ponencia 1 LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

**Juan Manuel Diaz Granados<sup>284</sup>**

Asociación Colombiana de Derecho de Seguros

#### SUMARIO

1. Introducción. 2. Visión panorámica del seguro de responsabilidad, su noción y elementos básicos. 2.1. Panorámica General. Mapa legal actual en Colombia. Mapa legal en el derecho comparado. Legislaciones que prevén el seguro de responsabilidad. Legislaciones que no prevén el seguro de responsabilidad; Legislaciones con regulación alterna para el seguro de responsabilidad. 2. 2. Noción; Elementos Básicos: noción de interés asegurable; valoración del interés; la suma asegurada; el riesgo asegurable; La obligación condicional del asegurador. 3. Rasgos y tendencias de la responsabilidad. 3.1. Noción y generalidades. 3.2. Tendencias en relación con los elementos de la responsabilidad. El hecho generador. El daño. 4. Prueba del siniestro y acciones para hacer efectivo el seguro. 4.1. Cuestiones generales de la prueba del siniestro. Reclamación. Acción ejecutiva. Otras acciones. 4.2. Las acciones de la víctima contra el asegurado. Acción ordinaria contra los particulares en la jurisdicción civil. Acción de reparación directa contra la administración pública.

---

<sup>284</sup> Abogado colombiano, egresado de la Universidad del Rosario de Bogotá, con especialización en derecho privado de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París, PARIS II. Profesor de varias universidades en Colombia en materia de responsabilidad civil, seguros y seguridad social. Ha escrito múltiples artículos y conferencias sobre dichos tópicos y los libros "Los seguros en el nuevo régimen de contratación administrativa" (1995) y "El seguro de responsabilidad" (2006). Ha sido consultor del Banco Interamericano de desarrollo, BID para seguros y pensiones. Es miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE. Ha sido Vicepresidente Jurídico de la Federación de Aseguradores Colombianos, FASECOLDA, Vicepresidente Ejecutivo de Liberty Seguros, S.A. y Presidente de Seguros Colmena S.A. Actualmente se desempeña como Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, ACEMI. Mail: jdiazgranados@acemi.org.co

Acción popular. Acción de grupo. Definición de la responsabilidad en el proceso penal. Acción de tutela. Proceso de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000). 5. Acción del asegurado contra la aseguradora. 5.1. Relación asegurado con el asegurador. 5.2 El llamamiento en garantía. Naturaleza del llamamiento. Efectos del llamamiento frente al asegurado y la víctima. La prescripción y el llamamiento en garantía. Casos en los que procede el llamamiento. 5.3. Acción del asegurado en contra del asegurador. 6. La acción directa de la víctima contra el asegurador. 6.1. Fundamentos y naturaleza. La acción directa nace del contrato. La acción directa es un derecho de stirpe legal, no autónomo delimitado por el contrato. La acción directa constituye un derecho legal autónomo. 6.2. Personas legitimadas para ejercer la acción directa. 6.3. Necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado. 6.4. Responsabilidad previamente establecida. 6.5. Responsabilidad no establecida previamente. Situación en el derecho comparado. Situación en el derecho colombiano. 6.4. Necesidad de que la responsabilidad se encuentre cubierta por el contrato. 6.5. Necesidad de que la obligación de resarcimiento a cargo del responsable no se encuentre extinguida. 6.6. Conductas del asegurador ante una reclamación de la víctima. 6.7. Información a la víctima sobre la existencia de la póliza. 6.8. Oponibilidad de excepciones. 6.9. Pluralidad de víctimas. 6.10. Aspectos procesales. 6.11. Prescripción.

## 1. INTRODUCCIÓN

Agradezco inmensamente en nombre de la delegación de Colombia la invitación a participar en el X Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, CILA.

Nos ha correspondido desarrollar el tema de las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad, tema del más profundo interés, dada la evolución permanente de la responsabilidad, así como del seguro que la cubre. Pocas instituciones jurídicas han sido sometidas a tan intensa presión jurisprudencial y legislativa en los distintos ordenamientos.

El principio rector de la aludida evolución es la protección de los derechos de la víctima, tanto en lo que se refiere a la institución de la responsabilidad en sí misma, como en lo que atañe al seguro de responsabilidad.<sup>285</sup> En cuanto a la responsabilidad es común registrar corrientes jurisprudenciales y legales orientadas a beneficiar a los perjudicados facilitando los mecanismos de prueba, trasladando sus fundamentos de la culpa al riesgo, y, en fin, extendiendo el espectro y la cuantía de los daños materia de indemnización.

---

<sup>285</sup> Acerca de la evolución del riesgo de la responsabilidad civil desde el punto de vista técnico, jurídico y social y de su impacto en el seguro de responsabilidad civil véase *Fédération Française des Sociétés d'Assurances, Le livre blanc de l'assurance Responsabilité Civile*, Paris, 2000.

Dentro de esta misma corriente el seguro de responsabilidad también se transforma: surgen los seguros obligatorios, se impone en la mayoría de los sistemas jurídicos la figura de la acción directa contra la aseguradora y aparecen novedosas formas para la delimitación temporal de la cobertura del seguro.

Registramos también el enfoque contemporáneo del derecho orientado hacia su constitucionalización lo que supone interpretar las relaciones jurídicas privadas bajo los principios constitucionales o incluso prescindir de la aplicación de disposiciones legales o estipulaciones contractuales para dar prevalencia a los principios constitucionales.<sup>286</sup>

Igualmente, es pertinente destacar la preocupación de las sociedades modernas por superar las inequidades y proteger efectivamente a los ciudadanos. Dentro de este contexto podríamos decir que la responsabilidad y el seguro de responsabilidad comienzan a fundirse, nutriéndose mutuamente, para dar lugar a una nueva forma de protección de la comunidad

Algo similar acontece con la seguridad social, la cual, con la participación del sector privado, extiende su cobertura en la búsqueda de la universalidad. Así mismo, dentro de este movimiento el seguro privado en general, antes elemento de consumo de las elites económicas, se profundiza y masifica llegando, a través del microseguro por ejemplo, a los sectores populares de nuestros países.

El objetivo de este trabajo, como su título lo indica, consiste en hacer una presentación de las acciones relacionadas con el seguro de responsabilidad, y, por tanto, examinar la manera como se hacen efectivos los derechos correspondientes a víctimas y asegurados. Esta perspectiva, si bien requiere repasar los aspectos básicos sustanciales de estas instituciones, permite también centrar la atención en los caminos procesales con que se cuenta en el terreno práctico.

El presente trabajo esta dividido en tres partes. La primera presenta una visión panorámica del seguro de responsabilidad, su noción y elementos básicos (Capítulo I). La segunda parte recoge las tendencias en materia de responsabilidad civil, entre las cuales se encuentran las acciones que los perjudicados pueden ejercer contra los responsables (Capítulo II). Por último, la tercera parte abordará las acciones que se relacionan con el seguro de responsabilidad y que revisten una alta complejidad por su diversidad y mezcla. Existen acciones de la víctima contra el responsable. La víctima también cuenta con acción contra el asegurador si la ley introdujo la acción directa y, finalmente, el asegurado también es titular de acciones en contra del asegurador (Capítulo III).

---

<sup>286</sup> En cuanto a la constitucionalización del Derecho, en particular del Derecho de Seguros, es muy ilustrativo el trabajo del Dr. Alejandro Venegas Franco *Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2004.

## 2. VISION PANORÁMICA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD, SU NOCIÓN Y ELEMENTOS BÁSICOS

Para aludir al tema asignado conviene, en primer lugar, presentar una panorámica general del seguro en los países de la región (1), luego recordar sin noción (2) y los elementos básicos de este seguro (3).

### 2.1 Panorámica general

El seguro de responsabilidad en un principio no contaba con una clara identificación en las legislaciones de Iberoamérica, ni mucho menos con normas particulares.

Adicionalmente, las leyes de seguros preveían una definición de riesgo asegurable que adolecía de una estrechez tal que impedía su aceptación jurídica.

Tal es el caso de Colombia, cuyo Código de Comercio Terrestre de 1887 disponía en el artículo 636: “Se entiende por riesgo asegurado la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados”. Como se aprecia, esta noción contradice la esencia misma del seguro de responsabilidad, pues excluye cualquier posibilidad de amparar actos culposos, los cuales por regla general son los generadores de responsabilidad civil. Admitía el aseguramiento de los hechos fortuitos, que precisamente constituyen causales de exoneración de la responsabilidad civil, lo cual arrojaba como conclusión la ausencia de un marco normativo propicio para aceptar, en rigor jurídico, al citado seguro.

Sin embargo, el desarrollo de la responsabilidad civil hizo plausible la imperiosa necesidad de prever coberturas de seguros, las cuales se difundieron en el mercado bajo la tolerancia de las autoridades de supervisión de la industria aseguradora.

En algunos países los códigos antiguos continúan vigentes. Otros, por el contrario, reformaron sus leyes de seguros, en las que el seguro de responsabilidad adquiere un reconocimiento legal y una identidad propia.

Para ilustrar el tema nos referiremos al mapa legal en Colombia (1.1.) y al mapa legal en el derecho comparado (1.2.)

- *Mapa legal actual en Colombia*

En 1971 se expidió el Código de Comercio en Colombia con una nueva regulación en lo que concierne a los seguros terrestre, marítimo y aéreo. Entre las principales innovaciones debemos resaltar la introducción de una nueva noción del riesgo asegurable, la cual supera las coberturas limitadas del pasado y permite el aseguramiento de todo suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (artículo



1054), al paso que considera como no asegurables el dolo y la culpa grave (artículo 1055).

Así mismo, en el título atinente a los seguros terrestres –en el capítulo de los seguros de daños- se introduce una sección destinada a regular en forma específica el seguro de responsabilidad civil (artículos 1127-1133). Estas normas resultan igualmente aplicables al seguro marítimo en lo que toca al aseguramiento de las responsabilidades que se generan con ocasión de la navegación acuática, por cuanto las normas del seguro marítimo aluden solo tangencialmente al citado seguro de responsabilidad civil, lo cual indica que habrá que remitirse a las normas sobre los seguros terrestres (artículo 1765). La misma situación se presenta con relación al seguro aéreo (artículo 1903).

En 1990 se promulgó el Decreto Ley 01 que reformó el contrato de transporte y el contrato de seguro de transporte. Esta reforma introdujo un nuevo texto del artículo 1124 del Código, conforme al cual podrán contratar el seguro de transporte no solo el propietario de las mercancías, sino también aquellos que tengan responsabilidad en su conservación indicando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por su transporte. Así, el seguro de transporte puede cubrir bien el interés sobre la mercancía, con la forma de un seguro real respecto de cosas determinadas, o bien el interés propio del transportador al proteger su integridad patrimonial, con la forma de un seguro de responsabilidad civil, tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia<sup>287</sup>.

Posteriormente, fue expedida la Ley 45 de 1990, mediante la cual, por una parte, se modernizó el régimen de la empresa de seguros y, por otra, se modificaron algunos aspectos del contrato de seguro. Respecto al seguro de responsabilidad se admitió el aseguramiento de la culpa grave, no extensivo a los actos dolosos del asegurado; fue establecida la acción directa de la víctima en contra del asegurador para hacer efectivo el seguro y se precisaron las normas de prescripción de la acción para reclamar la indemnización al asegurador.

Finalmente, la Ley 389 de 1997 introdujo dos nuevas modalidades de cobertura para el seguro de responsabilidad civil, a saber: la modalidad de reclamación (artículo 4, inciso 1) y la modalidad especial (artículo 4, inciso 2). Esta ley mantuvo vigente la tradicional cobertura de ocurrencia como otra modalidad en el derecho colombiano. Al margen de este conjunto de normas existen otras disposiciones que crearon distintos seguros obligatorios.

#### ▪ *Mapa legal en el derecho comparado*

Las distintas legislaciones pueden clasificarse en tres grupos, dependiendo de la existencia y alcance de las normas específicas para el seguro de

---

<sup>287</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 4799, 30 de septiembre de 2002.

responsabilidad: legislaciones que prevén el seguro de responsabilidad (1.2.1), las que no lo prevén (1.2.2) y las que tienen una regulación alterna (1.2.3).

*a) Legislaciones que prevén el seguro de responsabilidad*

Inicialmente, las leyes de seguros no contemplaban específicamente el seguro de responsabilidad y fue necesario introducir reformas o incorporar la figura en las nuevas leyes. Hoy en día, la mayoría de ordenamientos jurídicos prevén el seguro de responsabilidad, a saber: Argentina (1967); Bolivia (1978); Brasil (2002); Colombia (1971); España (1980); Francia (1930); Guatemala (1970); Honduras (1950); Italia (1942); México (2001) y Paraguay (1987).

El alcance de las disposiciones varía en cada legislación. Todas ellas se refieren al objeto del seguro, algunas delimitan la cobertura a cierto tipo de actos o de personas, la mayoría extienden la protección a los gastos legales y, en fin, establecen reglas relativas a la conducta del asegurado en caso de reclamación por parte del damnificado.

*b) Legislaciones que no prevén el seguro de responsabilidad*

Corresponden a países en los cuales continúan vigentes códigos antiguos, como Chile, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay. El seguro de responsabilidad, es una necesidad para la comunidad, ha tenido que desarrollarse sin contar con una expresa base legal, que en ocasiones puede generar problemas cuando este tipo de seguro se examina a la luz de las normas generales del contrato de seguro que por lo general incorporan nociones de riesgo asegurable susceptibles de chocar con la esencia del seguro de responsabilidad.

*c) Legislaciones con regulación alterna para el seguro de responsabilidad*

En esta categoría encontramos dos casos atípicos en nuestro continente. El primero es el de Perú, cuya norma de seguros (Código de Comercio de 1902) no contempla ninguna disposición sobre el seguro de responsabilidad, pero el Código Civil, al regular la responsabilidad civil extracontractual, incluye una norma propia de la ley de seguro (artículo 1987) para establecer la acción directa de la víctima contra el asegurador. Es, pues, paradójico que una ley ajena al contrato de seguro hubiese establecido la acción directa para un seguro que no está expresamente consagrado. Al respecto, Walter Villa Zapata estima que: "Un tema íntimamente relacionado con la mecánica de los seguros como la acción directa del tercero agraviado contra el asegurador y su asegurado por Responsabilidad Civil, debió corresponder al campo de la legislación comercial, pero no por cuestiones de civilismo o mercantilismo, sino por cuanto una acción como la concedida en el art. 1987 compromete todo un sistema que lamentablemente no se previó, colocando adecuadamente la acción directa por lo menos en el Código

de Comercio o ley especial con reglas precisas”.<sup>288</sup> El segundo caso es el de Venezuela, donde el Código de Comercio de 1955, que no contemplaba el seguro de responsabilidad, fue sustituido por la Ley de Seguro de 2001, la cual lamentablemente tampoco lo incorporó. Sin embargo, la Ley de Tránsito Terrestre de 1986 estableció un seguro obligatorio de responsabilidad civil, disponiendo que la víctima tiene acción directa contra el asegurador.

## 2.2 Noción

Usualmente los seguros de daños se clasifican en reales y patrimoniales. Los primeros son aquellos que otorgan una protección con relación a una cosa determinada; los segundos, amparan la integridad patrimonial del asegurado y no bienes específicos de su patrimonio. Uno de los principales seguros patrimoniales es el seguro de responsabilidad al lado del seguro de cumplimiento o de caución, figura de la cual amerita diferenciarse.

En un primer momento el seguro de responsabilidad fue concebido como un instrumento que exclusivamente se orientaba a proteger el patrimonio del asegurado (potencial responsable) al margen de cualquier consideración respecto de la víctima del daño.

En muchos países, luego de aparecer en el mundo mercantil, el seguro de responsabilidad se desarrolló con rígidas restricciones explicadas por el temor de que la existencia del seguro se constituyera en un incentivo a la litigiosidad y al incremento de las condenas. Tal es el caso señalado por Donati de las cláusulas tendientes a conservar el seguro clandestino; es decir, “prohibición de revelar su existencia y de llamar al asegurador en garantía”.<sup>289</sup>

Pero luego esta concepción restringida fue superada en algunos sistemas vía construcciones de la jurisprudencia o reformas legales inspiradas en la tendencia de velar por la protección de las víctimas de los daños. Así el seguro de responsabilidad, en adición a su primigenia función de amparar el patrimonio del asegurado responsable, añadió un segundo objeto al dirigirse también a la protección de la víctima.

Según Picard y Besson, “se debe constatar que, como consecuencia de una evolución de la jurisprudencia y de la regulación el seguro de responsabilidad, si bien cubre en principio el daño sufrido por el asegurado, es cada vez más un instrumento de protección dentro de las víctimas, que toman así, en esta

---

<sup>288</sup> Villa Zapata, Walter, “La acción directa y solidaria derivada del seguro de responsabilidad civil en el Perú”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 5, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1994.

<sup>289</sup> Donati, Antígono, *Los seguros privados*, Librería Bosh, Barcelona, 1960, p. 396.

institución, un rol mayor, especialmente gracias a la acción directa y al régimen de excepciones inoponibles”<sup>290</sup>.

Esta función dual, de protección simultánea al asegurado causante del daño y a la víctima, se ha hecho explícita en virtud de reformas legales que dispusieron la creación de la acción directa del afectado en contra del asegurador, tal y como se presenta en Argentina (bajo la figura de la citación en garantía), Colombia, España, Francia, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

En el caso de Colombia, el artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, define al seguro de responsabilidad en los siguientes términos:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurre de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.”

Con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima.

En síntesis, el seguro de responsabilidad no otorga protecciones sobre cosas determinadas, dado que cubre la integridad patrimonial del responsable, función que se complementa a partir de la Ley 45 de 1990 mediante el resarcimiento de la víctima, que, en principio, se constituye en el beneficiario de la indemnización.

Al respecto resulta ilustrativa la manifestación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en dos sentencias del 10 de febrero de 2005 (expedientes 7173 y 7614). En la última de las sentencias señaladas (expediente 7614) la Corte manifestó:

*Con la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, cuyo ratio legis, como ab-initio se expuso, reside primordialmente en la defensa del interés de los damnificados con el hecho dañoso del asegurado, a la función primitivamente asignada al seguro de responsabilidad civil se aunó, delantera y directamente, la de resarcir a la víctima del hecho dañoso, objeto por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó*

---

<sup>290</sup> Picard, A. et Besson, M., *Les assurances terrestres. Le Contrat d'Assurance*, LGDJ, Paris, 1982, p. 519.

en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho de reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha presentación, e imponiendo correlativamente al asegurador la obligación de abonársela, al concretarse el riesgo previsto en el contrato – artículo 84, previsión con la cual se consagró una excepción al principio del efecto relativo de los contratos– res Inter. Alios acta, que como se sabe, se traduce en que éstos no crean derechos u obligaciones a favor o a cargo de personas distintas de quienes concurrieron a su formación, o mejor, no perjudican ni aprovechan a terceros.

## 2.3 Elementos basicos

De los elementos esenciales del contrato de seguro aludiremos al interés asegurable y su valoración, al riesgo asegurable y a la obligación condicional del asegurador .

- *Noción de interés asegurable*

Tratándose de seguro de daños tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por un riesgo. Como acertadamente lo ha puntualizado la doctrina el asegurado es el titular del interés asegurable y, por consiguiente, la persona protegida.<sup>291</sup>

Dado que el seguro de responsabilidad tiene por objeto, además de proteger a la víctima, salvaguardar el patrimonio del potencial responsable, quien ostenta la calidad de asegurado, el interés se circunscribe en la preservación de dicho patrimonio que es susceptible de erosionarse por deudas de responsabilidad.

Al respecto, Garriges señala: “En el seguro de responsabilidad civil esta relación será la que liga a toda persona con su patrimonio, y no con cosas determinadas de ese patrimonio, porque el siniestro, esto es, la asunción de una deuda de responsabilidad grava todo nuestro patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de valor económico”.<sup>292</sup> Y es solo el patrimonio del responsable el interés protegido, así la ley confiera a la víctima la calidad de beneficiaria. Tal circunstancia no supone que el seguro se contrate para cubrir intereses de terceros. Por tanto, el interés no se refiere al que pueda tener la víctima sobre un bien determinado, pues, en tal caso, el seguro sería de naturaleza real y el asegurado pasaría a ser la víctima; tampoco al que pueda tener la víctima sobre su patrimonio, ya que lo transformaría en un seguro de cumplimiento que cubre el patrimonio del acreedor (víctima) y no del deudor

---

<sup>291</sup> Ossa Gómez, J. Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*. Editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 9.

<sup>292</sup> Garriges, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 364.

(responsable) y, en fin, no corresponde al interés que tenga la víctima en su vida o integridad personal, por cuanto el seguro pasaría a ser de vida o de accidentes personales en los cuales la víctima ocuparía la posición del asegurado.

Resulta muy ilustrativo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614, con relación a la doble finalidad del seguro de responsabilidad, el cual mantiene la cobertura del interés del potencial responsable:

“El propósito que la nueva reglamentación le introdujo, desde luego, no es, *per se*, sucedáneo del anterior, sino complementario *“lato sensu”*, porque el seguro referenciado, además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad”.

Y en otra sentencia, también de 10 de febrero de 2005, exp. 7173, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, explica que el otorgamiento por la ley de una acción directa a la víctima no la coloca en la posición de asegurado, este continuará siendo el potencial responsable. La Corte se expresa en los siguientes términos:

“Como se aprecia, a los seguros de esta clase, en sentido lato, se les ha otorgado una doble función de la que antes carecían, dado que, a más de proteger de algún modo y reflejamente el patrimonio del asegurado, pretenden directamente reparar a la víctima, quien, de paso, entra a ostentar la calidad de beneficiaria de la indemnización. Mírese así cómo ésta, y por consiguiente sus herederos, según el caso, no ocupan la posición de asegurados, pues su derecho frente al asegurador surge de la propia ley, que ha dispuesto claramente una prestación en su favor,<sup>293</sup> en calidad de beneficiarios, aunque circunscrita a los lineamientos trazados por el contrato de seguro –y en lo pertinente por la misma ley–, de modo que la víctima, ha de reiterarse, no sólo se tendrá como beneficiaria de la indemnización –artículo 1127 *in fine*–, sino que estará asistida, además, de una acción directa como instrumento contra el asegurador, como inequívocamente aflora del tenor del artículo 1133 *ejusdem*, modificado por el 87 de la Ley 45 de 1990, por el cual “en el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el

---

<sup>293</sup> Pie de página que pertenece al texto transcrito de la sentencia: “en este sentido, el proyecto que se convirtió en la Ley 45 de 1990 indicaba que dicho seguro consagraba ‘un contrato a favor de terceros’”. “Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 113 de 1990 Cámara”, *Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia*, Acoldese-Acoas, Bogotá, 2002, p. 334.

artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

## 2.4 Valoración del interés. La suma asegurada

En principio, en el seguro de responsabilidad el valor del interés es indeterminado, pues es imposible tasar por anticipado la magnitud del daño que eventualmente puede generar el asegurado. Algo distinto ocurre en los seguros de cosas determinadas, en los cuales el interés es susceptible de cuantificarse y encontrar así una concordancia entre el valor asegurable y el valor asegurado.

Teniendo en cuenta lo anterior habría que concluir que no resulta procedente aplicar las figuras de supraseguro ni de infraseguro establecidas para regular los efectos de los casos en que el valor asegurado sea diferente al valor real del interés. En este sentido se pronuncia la doctrina nacional y el tema ha sido pacífico en nuestro medio.<sup>294</sup>

En la doctrina internacional se hace hincapié en que el seguro de responsabilidad en casos especiales podría ser valorado con certidumbre cuando cubre la responsabilidad respecto a una cosa determinada (por ejemplo, con referencia a la cosa arrendada); en esta hipótesis podría pensarse aplicar las figuras de supra e infraseguro.<sup>295</sup>

El valor asegurado será aquel que libremente acuerden las partes. En la práctica, reviste varias modalidades: valor asegurado ilimitado, valor asegurado máximo, estipulado en dinero, valor con sublímites para ciertos eventos. Lo anterior se combina con deducibles o franquicias que imponen al asegurado soportar una cuota del riesgo o la primera parte del daño.

## 2.5 El riesgo asegurable

Hemos dicho que el seguro cubre la responsabilidad del asegurado, para lo cual deben aplicarse las respectivas normas que rigen la responsabilidad. Pero es indispensable que dicha responsabilidad esté cubierta por la póliza; es decir, que se trate de un riesgo asegurado.

Para tal efecto, es necesario centrar el análisis en la problemática del riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad, enfatizando previamente que el hecho de tener un seguro de responsabilidad no debe agravar ni atenuar la situación del responsable.

---

<sup>294</sup> Ossa Gómez, J. Efrén, *op. cit.*, p. 64. Ordóñez Ordóñez, Andrés, “El carácter indemnizatorio del seguro de daños”, en: *Memorias cuadragésimo aniversario Acoldese*, Bogotá, 2001, p. 152.

<sup>295</sup> Donati, Antígono, *op. cit.*, p. 399. Garriges, Joaquín, *op. cit.*, p. 366.

Con la óptica del análisis de las acciones del seguro de responsabilidad destacaremos algunos aspectos del riesgo asegurable. Ciertamente dependiendo del tipo de riesgo materia del amparo, la acción para hacer efectiva la responsabilidad podrá revestir formas específicas:

- Responsabilidad extracontractual y contractual
- Responsabilidad de los particulares
- Responsabilidad del Estado
- Responsabilidad de los servidores públicos
- Responsabilidad civil derivada de los delitos

## **2.6 La obligación condicional del asegurador**

El seguro se hace efectivo y, en consecuencia, el asegurador se encuentra obligado a indemnizar cuando se presenta el siniestro.

La doctrina ha estudiado profusamente el tema buscando explicar el momento en que se configura el siniestro en el seguro de la responsabilidad. Una tarea similar han hecho los tribunales de algunos países y en oportunidades la misma ley se ha pronunciado al respecto.

Por escapar al alcance de este trabajo basta mencionar que se han desarrollado diferentes teorías, tales como: el hecho dañoso u ocurrencia, el reclamo de la víctima, la liquidación de la deuda, el pago y el hecho complejo.

## **3. RASGOS Y TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD**

Es preciso tener presente que la obligación de la aseguradora surge cuando existe responsabilidad en cabeza del asegurado, conforme a las reglas que regulan esta institución. Así mismo, la cuantía de la obligación de la aseguradora depende, entre otros factores, de la valoración del daño en el terreno de la responsabilidad.

Lo dicho explica la indefectible necesidad de aludir a su noción (1) y a las tendencias que inciden en las acciones que puedan derivarse del seguro de responsabilidad (2).

### **3.1 Noción y generalidades**

Siguiendo a Planiol y Ripert, “en un sentido amplio se dice que hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligada a reparar un daño sufrido por otra”.<sup>296</sup>

---

<sup>296</sup> Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. VI, Obligations, LGDJ, Paris, 1930, p. 638.



La pertinencia de esta definición estriba en que reafirma la naturaleza reparadora de la institución y el hecho de que la responsabilidad es una fuente de las obligaciones. Además, es lo suficientemente amplia para abarcar la responsabilidad civil (de los particulares) como administrativa (a cargo del Estado), la responsabilidad contractual y extracontractual, así como la responsabilidad basada en la culpa o en el riesgo.

Los estudiosos distinguen la responsabilidad jurídica (que es relevante para el ordenamiento legal) de la responsabilidad moral que circunscribe su ámbito a la conciencia o a la religión. Como lo señala acertadamente Arturo Alessandri: “La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, que se plantea en el fuero interno del individuo, y como las acciones u omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad de otro, ni perturban el orden social, queda fuera del dominio del derecho”.<sup>297</sup>

Igualmente, se distingue la responsabilidad civil (y administrativa) de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal está llamada a castigar y reprimir conductas que amenazan o afectan el orden social, tipificadas previamente en el ordenamiento legal como delitos.

La responsabilidad civil, por su parte, tiene una finalidad reparadora más que punitiva, aunque algunos autores le atribuyen una función de prevención de comportamientos antisociales.<sup>298</sup> En cualquier caso, lo cierto es que en nuestro derecho la reparación del daño deber ser íntegra, independientemente de la gravedad de la conducta del agente. En otras palabras, si la conducta refleja una culpa leve y el daño es cuantioso tal circunstancia no tiene como efecto que el responsable no sea condenado a reparar la integridad del daño. Al contrario, la condena solo habrá de comprender el daño causado, así éste sea de baja entidad, a pesar de que el causante haya actuado con una conducta altamente reprochable. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano atribuyen a la responsabilidad civil una función de castigo mediante la figura de *daños punitivos* que permite al juez castigar, vía una condena económica, las conductas censurables de los responsables.

### **3.2 Tendencias en relación con los elementos de la responsabilidad**

La responsabilidad se configura cuando se presentan los siguientes elementos: el hecho generador, el daño, la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño y algunos autores incluyen también la antijuridicidad. Haremos alusión a continuación a las tendencias que se observan en relación con el hecho generador (2.1), el daño (2.2) y las acciones de reparación (2.3), advirtiendo que como elemento rector la protección de la víctima juega un papel preponderante.

---

<sup>297</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, t. I, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1987, p. 26.

<sup>298</sup> Tunc, André, *La responsabilité civile*, Editorial Economica, Paris, 1989, p. 134.

- *El hecho generador*

Las principales tendencias respecto del hecho generador de la responsabilidad podrían ser condensadas en las siguientes:

- **Inversión de la carga de la prueba.** La víctima es dispensada de probar la culpa del agente. Esta creación jurisprudencial supone entonces que corresponde al demandado probar su diligencia y cuidado.
- **Desplazamiento del fundamento de la responsabilidad de la culpa hacia el riesgo.** La adopción de la teoría del riesgo tiene como consecuencia que las víctimas obtendrán indemnizaciones incluso si el agente obró con diligencia y cuidado.
- **Decaimiento de las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual.** En la vida moderna un mismo hecho puede dar lugar simultáneamente a responsabilidades contractuales y extracontractuales, las cuales tienen reglas diferentes, algunas de ellas en materia de ejercicio de acciones por parte de las víctimas.
- **Profundización de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.** El derecho público también ha extendido los ámbitos de responsabilidad de los entes y funcionarios públicos, objetivizando la responsabilidad en ciertos casos y reconociendo nuevos tipos de daños e indemnizaciones más generosas.

- *El daño*

Los ordenamientos de Iberoamérica se caracterizan en general por considerar que en los casos de responsabilidad el daño debe ser reparado integralmente (principio de reparación integral), que el responsable debe indemnizar única y exclusivamente el daño causado con independencia del grado de culpa ( principio indemnizatorio) y que es menester examinar la situación particular de la víctima para el establecimiento de la indemnización (principio de la evaluación en concreto del daño). En la mayoría de los casos la jurisprudencia ha construido con base en los principios reseñados un conjunto de reglas, tales como:

- **Ampliación del espectro de víctimas para incluir a las víctimas por rebote.** Inicialmente se estimaba que solamente la víctima “directa” tenía legitimación para obtener el resarcimiento de sus perjuicios. Pero luego se admitió que las personas próximas a dicha víctima “directa” (esposa, compañera, hijos, etc.), con absoluta prescindencia de su posible condición de herederos, podían experimentar un daño propio, como rebote de la afectación de la víctima “directa”.
- **Inclusión de nuevos daños indemnizables.** Al respecto destacamos que la jurisprudencia ha admitido el resarcimiento íntegro del daño patrimonial (daño

emergente y lucro cesante incluso de carácter futuro) y del ajuste monetario por inflación.

- **Reconocimiento de nuevos tipos de daños en el terreno extrapatrimonial.** Así mismo, la jurisprudencia ha aceptado el daño moral como indemnizable en el campo extrapatrimonial (*pretium doloris*) y más recientemente otro tipo de daños extrapatrimoniales como el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación. Este perjuicio no consiste en la lesión física misma sino en las consecuencias que dicha lesión producen en la vida de relación del afectado (pérdida o limitación del goce de la vida, privación de vivir en igualdad de condiciones de los demás, limitación de las actividades rutinarias, etc).
- **Incorporación de presunciones de daño.** Para facilitar la prueba del daño la jurisprudencia ha incorporado presunciones que permiten considerar, por ejemplo, la existencia de un daño moral por la dolencia física de la víctima o presumir el daño moral “por rebote” por la muerte o la lesión de un ser querido.
- **Discusión sobre la acumulación de prestaciones.** Un daño puede activar múltiples mecanismos de reparación o compensación provenientes de diferentes figuras jurídicas, tales como la responsabilidad, la seguridad social y los seguros. Es frecuente e intensa la discusión de si la víctima puede acumular las distintas prestaciones y, de no ser ello posible, si el tercero que ha pagado a la víctima (seguridad social o aseguradora) puede repetir lo pagado contra el responsable del daño.
- **Utilización de métodos técnico-actuariales para la valoración del daño.** La valoración del daño comporta la aplicación de formulas actuariales, elementos técnicos, tasas de interés, índices de inflación, cuya complejidad afecta la cuantificación práctica en el terreno procesal o extraprocésal. Para facilitar tal propósito han surgido nuevas herramientas tecnológicas de cuantificación, como por ejemplo el VALORADOR DE DAÑO CORPORAL desarrollado por la Asociación Colombiana de Derechos de Seguros, ACOLDESE. Esta es una poderosa herramienta que permite calcular en forma inmediata y automática los daños corporales, mediante su acceso en línea vía Internet ([www.acoldeseida.org](http://www.acoldeseida.org)). Este es un aporte de ACOLDESE a la comunidad, el cual también está a disposición de todas las asociaciones miembros del CILA.
- **Aparición de los baremos.** El incremento desmesurado de indemnizaciones, la cuantificación del daño extrapatrimonial por arbitrio judicial y los criterios disímiles en materia de indemnización entre los distintos jueces y jurisdicciones generan incertidumbre jurídica y afectan el aseguramiento de la responsabilidad. Los baremos surgen como un mecanismo de cuantificación y homogenización de las indemnizaciones, tal como acontece en el sistema español.

## **4. PRUEBA DEL SINIESTRO Y ACCIONES PARA HACER EFECTIVO EL SEGURO**

La efectividad del seguro de responsabilidad depende de que se pruebe el siniestro y que se ejerzan las acciones pertinentes previstas en la ley. Así las cosas, este capítulo tratará brevemente y en primer lugar algunas cuestiones sobre la prueba del siniestro (1), para luego referirnos a las acciones que tiene la víctima contra el asegurado (2), a la acción del asegurado contra el asegurador (3) y, por último, a la acción directa de la víctima contra el asegurador (4).

### **4.1 Cuestiones generales de la prueba del siniestro**

El siniestro se define como la realización del riesgo asegurado y es el hecho constitutivo de la condición que da lugar al nacimiento de la obligación del asegurador. En este orden de ideas, podría decirse que el siniestro será la responsabilidad del asegurado, siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados en el contrato de seguro.

La jurisprudencia de nuestro país señala que tanto el asegurado como la víctima en ejercicio de la acción directa podrán reclamar la indemnización del asegurador, para lo cual tienen la posibilidad de probar el siniestro y su cuantía judicial o extrajudicialmente. Adicionalmente, son ineficaces las cláusulas de los contratos de seguro que exijan una prueba judicial del siniestro.

No obstante este importantísimo señalamiento, en la práctica la prueba extrajudicial del siniestro de responsabilidad y de su cuantía genera un mayor grado de complejidad en comparación con seguros de otro tipo, por ejemplo, un seguro de incendio o de terremoto.

En efecto, es más sencillo llevar a cabo una verificación fáctica de un hecho como el incendio que formular un juicio de valor sobre la conducta del asegurado y determinar si la misma da lugar a responsabilidad, lo cual se torna más difícil respecto a responsabilidades subjetivas que requieren que la conducta sea calificada como culposa. Así mismo, con relación a la cuantificación del siniestro en los seguros de daños, usualmente se valora el siniestro extrajudicialmente con el concurso de ajustadores sin mayores dificultades, al paso que en el terreno de la responsabilidad la aludida tarea supone una dosis de mayor complejidad. Particularmente, los daños extrapatrimoniales son valorados por arbitrio del juez respectivo. Entonces, ¿cómo puede la víctima cuantificar ante el asegurador estos daños?.

La situación de la víctima es complicada, especialmente porque en nuestro país no existe aún el sistema de baremos que prevea una metodología homogénea de valoración de los daños, cuya aplicación no requiere de pronunciamientos judiciales.

Ahora bien, la prueba del siniestro de carácter judicial consiste en una decisión judicial en la cual se condene al asegurado por responsabilidad y se cuantifique la

correspondiente indemnización de perjuicios. Estas decisiones son de diferentes tipos, dependiendo de la jurisdicción a la que se acceda y de la clase de acción que se adelante, lo cual se explicará más adelante.

Para hacer efectivo un seguro de responsabilidad es preciso agotar exitosamente dos etapas ya mencionadas:

- En primer lugar se requiere que el asegurado sea responsable, prueba que como hemos visto podrá ser extrajudicial o judicial. La prueba judicial de la responsabilidad es susceptible de revestir distintas clases dependiendo del camino judicial empleado por la víctima, tal como se presenta si ejerce una acción ordinaria ante la jurisdicción civil o una acción de grupo o si, en fin, se acude a la jurisdicción administrativa.
- En segundo lugar es necesario acreditar que esta responsabilidad se encuentra cubierta por el respectivo contrato de seguro de responsabilidad.

Para tal propósito es posible que el asegurador sea vinculado judicialmente si el asegurado lo llama en garantía (vía más común) o si el asegurado demanda al asegurador por separado o si, por último, la víctima demanda al asegurador en ejercicio de la acción directa.

La víctima y el asegurado, según el caso, con el objeto de hacer efectivo el seguro de responsabilidad, cuentan por regla general con caminos diferentes: formular una reclamación al asegurador, iniciar un proceso ejecutivo, o iniciar un proceso con base en otras acciones.

#### ▪ *Reclamación*

Siguiendo los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, la víctima o el asegurado tienen la posibilidad de buscar el pago de la indemnización mediante la presentación de una reclamación, la cual debe cumplir dos requisitos: probar el siniestro y probar la cuantía de la pérdida. En el terreno del seguro de responsabilidad hemos dicho que este cometido no es fácil.

El asegurador debe pagar su obligación dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación en debida forma; de no hacerlo, queda incurso en mora. Si transcurre dicho mes sin que dicha reclamación sea objetada por la compañía de manera seria y fundada, la póliza prestará mérito ejecutivo (artículo 1053).

#### ▪ *Acción ejecutiva*

La víctima y el asegurado tienen la posibilidad de recurrir a una acción judicial de carácter ejecutivo si se reúnen los requisitos que exige el numeral 3 del artículo 1053 del Código de Comercio, estos son: la presentación de una reclamación al asegurador y que la reclamación no haya sido objetada por la compañía o que la objeción formulada no sea seria ni fundada. La póliza se

asimila a un documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible solo si se reúnen dichos requisitos.

El hecho de que el asegurador no haya objetado o que su objeción carezca de fundamento no quiere decir en modo alguno que sea despojado de todo mecanismo de defensa en el proceso. El asegurador, por el contrario, tendrá la oportunidad de oponer todas las excepciones que permitan enfrentar la demanda. Bajo esta perspectiva, en Sentencia de 28 de junio de 1993 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, consideró que: “Si el beneficiario reclama pago ante el asegurador, con base en un riesgo no amparado, ya sea porque el siniestro ocurrido es totalmente ajeno al contratado o porque la especie reclamada está excluida contractualmente del género constitutivo del siniestro, ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en el derecho colombiano fuente de obligaciones”.

Habiendo sido objetada la reclamación, para el demandante es altamente riesgoso recurrir a la acción ejecutiva, pues presentada la demanda, junto con la póliza y la carta de objeción, si el juez considera que sí había fundamento en la objeción rechazará el mandamiento ejecutivo. Esta circunstancia supone que la prescripción de la acción ha seguido corriendo en contra de la víctima y del asegurado y podría haberse consumado.

- *Otras acciones*

La segunda clase de acción judicial con la que cuentan la víctima y el asegurado para perseguir el pago del siniestro de la aseguradora es la acción ordinaria, que corresponde a un proceso declarativo en el cual no hay una obligación previa, clara y exigible, sino que la finalidad del proceso es que la misma sea establecida. Usualmente se sigue este camino cuando el asegurador objeta la reclamación en forma seria y fundada (pues de lo contrario se abriría la vía ejecutiva). También es viable si la víctima o el asegurado no han reclamado, sino que se dirigen de una vez ante el juez. Es claro entonces que, a diferencia de la acción ejecutiva, para la ordinaria no se requiere formular previamente la reclamación. En adición, la legislación prevé algunas otras acciones tales como la acción de reparación directa procedente contra la administración pública, la acción de grupo, la popular o la acción para obtener la reparación dentro del proceso penal, entre otras, todo lo cual será desarrollado en los puntos siguientes.

## **4.2 Las acciones de la víctima contra el asegurado**

En las siguientes líneas trataremos los distintos caminos procesales que, ejercidos contra el asegurado, darán lugar a un pronunciamiento de responsabilidad y, por tanto, de resarcimiento de perjuicios; la acción ordinaria en la jurisdicción civil (2.1), la acción de reparación directa contra la administración

pública (2.2), la acción popular (2.3), la acción de grupo (2.4), la definición de la responsabilidad en el proceso penal (2.5), la acción de tutela (2.6) y la acción de responsabilidad fiscal (2.7)

- *Acción ordinaria contra los particulares en la jurisdicción civil*

En el derecho privado el camino natural para demandar al agente y obtener una condena de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, es el proceso ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil. Este es un proceso declarativo o de conocimiento en desarrollo del cual el juez, por una parte, hará un juicio de valor acerca de si la conducta del agente permite considerarlo responsable y, por otra, cuantificará los perjuicios irrogados a la víctima. La acción ejecutiva no es apropiada para conseguir que el agente sea declarado responsable, pues la citada acción versa sobre obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o que emanen de una sentencia de condena.

La acción ordinaria ejercida en el proceso civil es viable incluso tratándose de conductas de tipo penal, pues la víctima podrá solicitar la reparación de perjuicios dentro del proceso penal o ejercer la acción civil en un proceso independiente, lo cual podría generar, en principio, una situación de prejudicialidad penal. En tal caso, el proceso civil habrá de suspenderse hasta tanto se decida el proceso penal.

El asegurado demandado por la víctima cuenta con la alternativa de llamar en garantía al asegurador, en desarrollo del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, evento en el cual el juez se pronunciará sobre la relación víctima-asegurado y la relación asegurado-asegurador. Igualmente, en el proceso civil la víctima estará facultada para demandar no solo al responsable, sino también para ejercer la acción directa en contra del asegurador. Ciertamente, la Ley 45 de 1990 modificó el artículo 1133 del Código de Comercio para establecer la acción directa de la víctima contra el asegurador. Dicho precepto dispuso en forma complementaria que: “Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”. Siendo el juez civil competente para conocer los asuntos atinentes a la responsabilidad civil; así mismo, respecto al contrato de seguro, para la víctima es clara la posibilidad de accionar en contra del asegurado y del asegurador en un solo proceso.

- *Acción de reparación directa contra la Administración Pública*

El Código Contencioso Administrativo prevé la acción de reparación directa destinada a obtener la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Mediante el ejercicio de esta acción se obtendrá un pronunciamiento sobre la responsabilidad de una entidad estatal, con la cuantificación de los correspondientes perjuicios. La acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de dos años contados desde el hecho (artículo 136, num. 8 del Código Contencioso Administrativo).

Cuando la víctima ejerce la acción de reparación contra la entidad pública cuya responsabilidad está asegurada, dicha entidad tiene la facultad de llamar en garantía a la aseguradora, la cual podrá ser condenada por parte del juez administrativo a pagar la indemnización proveniente del contrato de seguro.

- *Acción popular*

La Constitución Política de 1991 creó en el artículo 88 las acciones populares (e igualmente las acciones de grupo). Las definió como aquellas destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otras de similar naturaleza.

Estas acciones fueron desarrolladas por la Ley 472 de 1998, cuyo artículo 2 establece que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Surge el interrogante de si con ocasión de una acción popular el juez competente estaría facultado para hacer un pronunciamiento sobre la responsabilidad del demandado y la indemnización de perjuicios. Si nos atenemos a las finalidades de la acción indicadas en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, la respuesta sería que en algunos casos definitivamente no, dado que la responsabilidad supone siempre un daño cierto y no una simple amenaza, peligro o daño contingente. Pero otras expresiones de la norma, tales como “restituir las cosas al estado anterior” o “cesar (...) la vulneración o agravio sobre los derechos”, denotan una finalidad resarcitoria que llevaría a pensar que el juez que resuelva una acción popular se pronuncie sobre la responsabilidad del demandado, claro está, siempre y cuando se trate de daños ciertos.

Esta opinión es corroborada por el artículo 34 de la citada ley, en desarrollo del cual la sentencia que acoja las pretensiones podrá “condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que las tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho”.

Ahora bien, siguiendo a Javier Tamayo, en el caso enunciado la indemnización de perjuicios requiere que el demandado sea declarado responsable, ya que el



trámite procesal no altera la institución de la responsabilidad ni la carga de la prueba.<sup>299</sup>

Por último, nos referimos a la viabilidad que dentro de una acción popular proceda el llamamiento en garantía o el ejercicio de la acción directa de la víctima contra el asegurador. Javier Tamayo sostiene la procedencia del llamamiento en garantía y el ejercicio de la acción directa para la acción de grupo, pero respecto a la popular no dice nada. La jurisprudencia se encuentra dividida al respecto.

- *Acción de grupo*

La acción de grupo, al igual que la acción popular, está contenida en el artículo 88 de la Constitución, regulada por la Ley 472 de 1998. El artículo 46 de esta ley la define así:

“Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios. El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.”

Como salta a primera vista la acción de grupo es básicamente de responsabilidad, siendo su principal característica que la parte demandante está conformada por un grupo de personas de condiciones similares, cuyo ejercicio y resultado tiene la potencialidad de involucrar a la aseguradora.

Es viable que el asegurado que es demandado por medio de una acción de grupo llame en garantía al proceso a su asegurador.

Sin duda, quienes ejercen una acción de grupo pueden simultáneamente utilizar la acción directa contra el asegurador dentro del mismo proceso. Sin embargo, ¿será procedente que el grupo demandante ejerza dicha acción en contra del asegurador, sin que simultáneamente demande al responsable? Nos inclinamos por una respuesta negativa, pues, en principio, creemos que se trata de un caso de litisconsorcio necesario que exige la presencia en el proceso del asegurador y del asegurado.

En caso de conformarse el litisconsorcio el juez dictará su sentencia resolviendo la acción respecto a todo el grupo e, igualmente, se pronunciará acerca del contrato de seguro. Sobre este asunto volveremos mas adelante.

---

<sup>299</sup> Tamayo Jaramillo, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Bogotá, 2001, p. 108.

- *Definición de la responsabilidad en el proceso penal*

El seguro de responsabilidad ampara los efectos civiles del delito (salvo conductas dolosas del asegurado). Por otro lado, la jurisdicción penal, sumada a su función puramente punitiva, tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito.

A la luz del Código de Procedimiento Penal anterior la acción civil podía ser ejercida en el proceso penal o ante la jurisdicción civil a elección del demandante. La acción civil podía dirigirse contra el sindicado y también contra el tercero civilmente responsable. La compañía de seguros no es un tercero civilmente responsable, pues no es de aquellos que “de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño”, ya que su obligación dimana del contrato de seguro y no del hecho punible. Si bien la aseguradora no es un tercero civilmente responsable, sí puede ser llamada en garantía al proceso, pues existía una norma específica que lo admitía.

El nuevo Código establece un sistema acusatorio, en el cual se restringe fuertemente la participación en el proceso de los interesados en la responsabilidad civil derivada del delito. El nuevo Código elimina la figura de la parte civil, al igual que el llamamiento en garantía.

La reparación de los daños provenientes del delito es materia de un incidente (denominado incidente de reparación integral) que se surte solamente cuando se declare la responsabilidad penal del acusado, previa solicitud del perjudicado. En consecuencia, la aseguradora ya no tiene las facultades del régimen anterior, cuando era llamada en garantía, consistentes en participar en todo el proceso, durante la instrucción y el juzgamiento. Ahora, como veremos, su participación es viable únicamente luego de producirse la condena penal.

Se incorporó una norma especial referente a la citación del asegurador: “Art. 108. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación”.

La norma transcrita no tiene antecedente en el derecho nacional y su texto genera más de un interrogante. Definitivamente, el asegurador ya no podrá participar en el proceso penal; lo hará sólo luego de la condena si es citado al incidente de reparación.

- *Acción de tutela*

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, creó la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario destinado a la protección de derechos constitucionales fundamentales. Ella procederá cuando el afectado

no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquél contra quien se dirige actúe o se abstenga de hacerlo. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o, en ciertos casos, contra los particulares.

Tratándose de casos de responsabilidad, la víctima cuenta con claras medidas judiciales para solicitar que se declare responsable al agente y sea condenado a la respectiva indemnización de perjuicios; por esta razón no habría cabida a la procedencia de una acción de tutela respecto a un caso de responsabilidad en contra de un particular o en contra del Estado.

Sin embargo, la citada norma añade que la acción de tutela sí procederá, a pesar de que existan otros mecanismos de defensa procesal, cuando se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es pertinente destacar que en el caso analizado la acción de tutela tiene como fin “evitar” un perjuicio irremediable (es una medida preventiva), al paso que la responsabilidad civil busca reparar el perjuicio causado (es una medida resarcitoria). Tal circunstancia permitiría concluir que resulta imposible que una acción de tutela como mecanismo transitorio pueda ser un mecanismo para definir la reparación de un daño, con fundamento en la responsabilidad.

No obstante lo anterior, respecto a la acción de tutela en general (al margen de aquella ejercida como mecanismo de protección contra un daño irremediable) se plantea la pregunta de si un fallo de tutela tiene la potencialidad de generar indemnización de perjuicios.

En nuestra opinión, en el fondo estas condenas se fundamentan en la responsabilidad, no solo por las expresiones usadas por la norma, sino por cuanto es la institución que, con criterios de justicia, dispone la indemnización de perjuicios por la acción u omisión del agente. En consecuencia, el seguro de responsabilidad en la búsqueda de dejar indemne al asegurado, esta llamado a cubrirlas.

Por último, mencionamos que, en nuestra opinión, la naturaleza especial de la acción de tutela impide que proceda tanto el llamamiento en garantía contra el asegurador como el ejercicio de la acción directa simultáneamente con ella.

- *Proceso de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000)*

La Ley 610 de 2000 dispone que los servidores públicos y los particulares que tengan a su cargo la administración de recursos públicos serán responsables de los daños causados al Estado en caso de dolo o culpa grave.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000: “Art. 1. Definición: El proceso de responsabilidad fiscal es el

conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Este es un proceso de naturaleza administrativa, no jurisdiccional, aunque como lo señala Carlos Ariel Sánchez “todo su contenido está estructurado en forma muy similar a un proceso judicial, siguiendo con ello la tendencia de otros procedimientos administrativos especiales”.<sup>300</sup>

El proceso de responsabilidad fiscal culmina con un fallo que determina si hay responsabilidad fiscal o no; si es positivo, cuantifica el daño a cargo del responsable fiscal (artículo 53). Por ser un proceso de naturaleza administrativa el fallo es un acto administrativo que será impugnable ante la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 59).

Ahora bien, la ley incorpora una norma sobre garantías que tiene una incidencia muy marcada en las aseguradoras, incluidas aquellas que expidan pólizas de seguro de responsabilidad civil.

La norma corresponde al artículo 44 que reza así: “Art. 44. Vinculación del garante: Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”.

Llama poderosamente la atención que la norma califique a la aseguradora de tercero civilmente responsable, pues en rigor, y según lo hemos dicho, la aseguradora no responde por los actos de los funcionarios: la fuente de la obligación de la compañía proviene del contrato de seguro y no de la conducta impropia del responsable.

Ahora bien, la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad es una figura legal especial que no corresponde ni a una reclamación extrajudicial regida por el Código de Comercio y mucho menos a una acción jurisdiccional (sea directa o por llamamiento en garantía), dado que se surte como un procedimiento administrativo sujeto a una normatividad propia. No obstante, según el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 en los aspectos no previstos en ella, al proceso de responsabilidad fiscal le serán aplicables las disposiciones del

---

<sup>300</sup> Sánchez Torres, Carlos Ariel y otros, *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*, Biblioteca Jurídica Diké-Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 136.

Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal en cuanto fuesen compatibles.

En la Sentencia C-648 de la Corte Constitucional se da a entender que el llamamiento en garantía es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, estaremos en presencia de un proceso especial de carácter administrativo que contiene normas particulares (como la citación al asegurador) y al que por remisión se aplica el Código de Procedimiento Civil (el cual prevé el llamamiento en garantía). Este llamamiento en garantía será útil únicamente si el asegurador no es citado al proceso por parte de la Contraloría.

## **5. ACCIÓN DEL ASEGURADO CONTRA LA ASEGURADORA**

El asegurado como potencial responsable es el titular del interés cubierto por el seguro de responsabilidad. La acción directa a favor de la víctima no altera dicha situación, sino que la complementa al asignarle al seguro la finalidad adicional de proteger también a la víctima, quien pasa a desempeñar un papel preponderante.

A continuación se examinarán las relaciones del asegurado con el asegurador (3.1), el llamamiento en garantía (3.2) y, por último, la acción del asegurado en contra del asegurador (3.3).

### **5.1 Relación del asegurado con el asegurador**

El asegurado protege su interés mediante la contratación del seguro, por lo cual la obligación del asegurador nacerá cuando ocurra un siniestro; es decir, si el asegurado incurre en responsabilidad (por la ocurrencia del hecho o por la reclamación, según la modalidad de cobertura) y si tal responsabilidad se encuentra amparada bajo el contrato. La Ley 45 de 1990 al instituir la acción directa no alteró la obligación a cargo del asegurador, pero sí las relaciones de este frente al asegurado. En efecto, según las normas originales del Código de Comercio, el seguro de responsabilidad protegía exclusivamente al asegurado responsable, por lo cual los pagos hechos a él tenían el carácter de liberatorios de la obligación del asegurador. Es decir, el asegurado era el acreedor de la obligación aunque era de usanza que el asegurador, en ciertos casos, indemnizara a la víctima.

El artículo 84 de la ley 45 de 1990 modificó el artículo 1127 del Código, con lo cual el seguro de responsabilidad, además de proteger al responsable, también “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”. En concordancia con lo anterior, se concede a la víctima acción directa contra el asegurador.

Como consecuencia de la reforma, en principio, el asegurador sólo podrá pagar a la víctima del daño para que el pago lo libere de su obligación, pues ahora la víctima es el acreedor. No obstante, el asegurador debe pagar directamente al asegurado ciertos conceptos en los siguientes casos:

- En primer lugar, los gastos efectuados por el asegurado destinados a evitar la extensión y propagación del siniestro. Estos gastos muchas veces se confunden con la reparación misma del daño irrogado a la víctima.
- En segundo lugar, el reembolso de los pagos indemnizatorios que hubiere hecho el asegurado a la víctima (por ejemplo, en virtud de una condena en su contra). No obstante, hay quienes opinan que estos pagos no pueden ser hechos al asegurado, ya que la acción directa indicaría otra cosa y suprimiría, en principio, la acción del asegurado contra el asegurador. Si el asegurado es demandado sólo le estaría dado entonces recurrir al llamamiento en garantía, aspecto que examinaremos posteriormente.
- Finalmente, también deben ser hechos directamente al asegurado los pagos correspondientes a los gastos del proceso que la víctima hubiere iniciado en su contra.

## 5.2 El llamamiento en garantía

Cuando la víctima ejerce su acción de responsabilidad en contra del asegurado, éste tiene dos caminos para ejercer su derecho en contra del asegurador: o bien llamarlo en garantía o bien ejercer contra él la acción en un proceso independiente. Esta última opción deberá emplearse cuando el llamamiento en garantía no es admitido por razones de competencia o de naturaleza de la acción ejercida contra el responsable.

A continuación haremos referencia a los tópicos más relevantes del llamamiento en garantía en el seguro de responsabilidad, a saber: su naturaleza (3.2.1), los efectos frente al asegurado y la víctima (3.2.2), la prescripción (3.2.3) y los casos en los que su procedencia es admitida (3.2.4).

### ▪ *Naturaleza del llamamiento*

El llamamiento en garantía se encuentra regulado en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es del siguiente tenor:

Art. 57. Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.”

El llamamiento en garantía es procedente, puesto que al asegurado demandado le asistiría el derecho eventual de obtener el reembolso total o parcial del pago que tuviese que hacer como resultado del proceso que inicie la víctima. Se trata, realmente, de una acumulación de procesos, por lo que el juez deberá hacer dos razonamientos jurídicos: uno sobre la existencia o no de responsabilidad frente al asegurado y otro distinto sobre si dicha responsabilidad se encuentra cubierta en el contrato de seguro frente al asegurador. Una respuesta afirmativa al primer punto no significa que el segundo deba ser también afirmativo.

El asegurado podrá proponer las excepciones relativas a la pretensión en su contra sobre responsabilidad, al paso que el asegurador, además de auxiliar al asegurado frente a la víctima demandante, puede oponer las excepciones atinentes al contrato de seguro, aunque en algunos sistemas esta posibilidad ha sido suprimida.

El llamamiento en garantía es, ciertamente, la formulación de una pretensión contra un tercero inicialmente ajeno al proceso, quien es vinculado en desarrollo del principio de economía procesal. Si tal camino no estuviese habilitado por la ley procesal el asegurado responsable, en caso de ser demandado, sólo tendría la posibilidad de ejercer su pretensión mediante un proceso independiente cuyo resultado dependerá, en lo que a la responsabilidad del asegurado se refiere, de lo que acontezca en el primer proceso judicial.

Al respecto, la Corte ha señalado que:

“Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la “proposición anticipada de la pretensión de regreso” (Parra Quijano), o el denominado “derecho de regresión” o “de reversión”, como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, “a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia” (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (*in eventum*), es decir, que ella solo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte.”<sup>301</sup>

Si bien, como quedó expuesto, el llamamiento en garantía contiene la formulación de una pretensión que convierte al llamado en parte y lo vincula al resultado del proceso, lo cierto es que la ley procesal no asimila expresamente el llamamiento a demanda. Es por ello que, por ejemplo, los requisitos de

---

<sup>301</sup> República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2000, exp. 5387, en: *Jurisprudencia de seguros*, t. II, Acoldese-Fasecolda, Bogotá, 2002, p. 448.

demanda y llamamiento son distintos y que el llamado no tiene la carga de contestar el llamamiento.

En cuanto a la conducta que pueda desplegar el llamado en el proceso, como lo señala Hernando Morales Molina, “mas por analogía con el demandado, puede proponer excepciones previas y de mérito, pedir pruebas dentro de los cinco días siguientes que se le otorgan para intervenir según las mismas disposiciones, contradecir las de las otras partes, proponer incidentes y recursos, alegar y realizar todos los actos procesales propios del litisconsorte”.<sup>302</sup>

Algunos autores<sup>303</sup> sostienen que el llamamiento en garantía puede ser formulado tanto por el demandado (que es lo usual) como por el demandante. ¿Esta última posibilidad tendrá cabida en el seguro de responsabilidad? Creemos que carece de utilidad, ya que la víctima cuenta con la acción directa contra el asegurador. Aquella “podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador” (artículo 1133 del Código de Comercio).

▪ *Efectos del llamamiento frente al asegurado y la víctima*

El llamamiento en garantía tiene como consecuencia lógica que el juez deba pronunciarse sobre dos tópicos diferentes, cada uno de los cuales tiene partes también distintas:

- Una acción de responsabilidad incoada por la víctima contra el asegurado, mediante la cual se persigue una declaratoria de responsabilidad, así como la cuantificación de los respectivos perjuicios.
- Una pretensión del asegurado (llamante) contra el asegurador (llamado), con el objetivo de que si procede el primer pronunciamiento (condena del asegurado a título de responsable) se le reembolse la suma por la cual fue condenado, en desarrollo de un contrato de seguro. Para tal propósito el juez deberá verificar si conforme a las cláusulas del contrato de seguro dicha responsabilidad es materia de cobertura.

En consecuencia, la condena al asegurado no produce automáticamente una condena del asegurador llamado en garantía, pues su obligación es diferente a la que se encuentra en cabeza del asegurado. En efecto, como lo señala Hernán Fabio López::

“(…) bien puede acontecer que de acuerdo con las condiciones del contrato de seguro no exista obligación de reembolsar lo que debe pagar el demandado. Es más, en algunos casos la misma circunstancia que permite condenar al

---

<sup>302</sup> Morales Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Editorial ABC, Bogotá, p. 259.

<sup>303</sup> López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento civil*, Parte general, t. I, Ediciones Dupre, Bogotá, 2005, p. 344.



demandado sirve para exonerar al llamado en garantía, como sucedería en el evento de que se demuestre que el que ocasionó el accidente estaba embriagado, circunstancia que a la par que sirve para considerar su culpa en el accidente, excluye la obligación de indemnización, esto en las pólizas donde se establece esta circunstancia como motivo de exclusión del amparo.”<sup>304</sup>

En el mismo sentido, en Sentencia de 24 de octubre de 2000, ya citada, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“No necesariamente la pretensión de regresión, que es la que se formula contra el llamado, debe tener éxito por el hecho de que el llamante haya obtenido una sentencia adversa, pues como antes se dijo, las relaciones sustanciales que subyacen a las pretensiones de las partes y de una de éstas con el tercero llamado, son distintas, y es en el marco de cada una de ellas donde se debe verificar las condiciones de éxito de las correspondientes pretensiones.”

Ciertamente, el juez habrá de resolver dos relaciones jurídicas diferentes, lo cual podrá revestir las siguientes alternativas:

- Que se condene al asegurado por la indemnización de los perjuicios de la víctima, pero se absuelva al asegurador por no estar cubierta la situación por el contrato de seguro.
- Que se condene al asegurado como responsable y que el asegurador sea condenado a reembolsar al asegurado en todo o en parte la indemnización de los perjuicios. Por ejemplo, el deducible queda en cabeza del asegurado o la suma asegurada puede resultar insuficiente.
- Que no se condene al asegurado. Obviamente, por sustracción de materia, tampoco podrá condenarse al asegurador.

Para terminar, no debe olvidarse que en las pólizas de seguro, incluidas las de responsabilidad, es usual que se pacte la cláusula compromisoria, mediante la cual se estipula que los conflictos derivados del contrato de seguro serán resueltos por un tribunal de arbitramento, esquema que impide, en principio, a cualquier otro juez conocer tales conflictos.

Cuando en el contrato de seguro se ha introducido un pacto de tal naturaleza, si la víctima demanda al asegurado, este tendrá cerrada la vía del llamamiento en garantía. Si el asegurado desea interrumpir la prescripción, tendrá que iniciar, con base en el arbitramento, un proceso en contra del asegurador que dependerá de los resultados del proceso iniciado por la víctima.

#### ▪ *La prescripción y el llamamiento en garantía*

Siguiendo el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil la interrupción de la prescripción sucede cuando se presente la demanda, siempre que se cumpla con

---

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 345.

los demás requisitos exigidos. Por otro lado, el Código no se pronuncia sobre la interrupción de la prescripción en caso de llamamiento en garantía ni tampoco lo asimila expresamente a demanda. Así, entonces, ¿el llamamiento interrumpirá la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador?

En nuestra opinión la respuesta debe ser afirmativa porque el llamamiento es el ejercicio de una pretensión dentro de un proceso judicial, el cual debe asimilarse a demanda para estos efectos. El llamamiento en garantía, según lo señala Jairo Parra Quijano, “implica innegablemente el ejercicio de la acción”.<sup>305</sup>

Responder el interrogante en forma negativa tendría como consecuencia borrar su utilidad práctica, dado que nadie recurrirá a esta figura, pues preferirá iniciar un proceso independiente que sí le garantice la interrupción de la prescripción. Con esta perspectiva, Hernán Fabio López indica: “(...) se observa igualmente lo útil que resulta para el asegurado realizar el llamamiento en garantía, debido a que al ser notificado el mismo a la aseguradora, se generan idénticos efectos a los de notificar la demanda, es decir, constituye un caso de interrupción civil de la prescripción”.<sup>306</sup>

En sentencia de 18 de mayo de 1994, exp. 4106, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, despejó toda duda, pues al estudiar un recurso de casación de un caso de seguro de responsabilidad en el cual el asegurado demandado había llamado en garantía a la aseguradora, manifestó que “esa ‘prescripción’ se interrumpió desde el 11 de junio de 1990, como quiera que el llamamiento en garantía se presentó en esa fecha”.

Acerca de la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, cuando existe cláusula compromisoria en el contrato de seguro se presenta una situación especial. Habiendo sido demandado el asegurado por la víctima, si aquél llama en garantía al asegurador, debe tenerse en cuenta que dicho llamamiento sí interrumpe la prescripción según la Sentencia C-662 de 8 de julio de 2004 de la Corte Constitucional.

#### ▪ *Casos en los que procede el llamamiento*

Vimos que la víctima, según las particularidades del caso, cuenta con diversos caminos judiciales para obtener una declaración de responsabilidad en cabeza del asegurado y la consecuente condena a la reparación de los daños. También señalamos que dependiendo de la naturaleza del proceso y de las normas aplicables cabrá o no el llamamiento en garantía.

---

<sup>305</sup> Parra Quijano, Jairo, *Los terceros en el proceso civil*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1989, p. 153.

<sup>306</sup> López Blanco, Hernán Fabio, *Comentarios al contrato de seguro*, Ediciones Dupre, Bogotá, 2004, p. 371.

El llamamiento procederá en los siguientes procesos: civil ordinario, reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa y acción de grupo. No procede en la acción de tutela, dudamos que sea viable en la acción popular y existen normas especiales de vinculación del asegurador en los juicios de responsabilidad fiscal. Finalmente, en materia del proceso penal el anterior código aceptaba expresamente el llamamiento al paso que el nuevo código no lo contempla.

### 5.3 Acción del asegurado en contra del asegurador

El asegurado también tiene la posibilidad de accionar en forma independiente en contra del asegurador, caso en el cual no escapa a la doble tarea de acreditar la responsabilidad del asegurado y la cobertura de esta por parte del seguro. Esta hipótesis es frecuente cuando hay una declaratoria judicial previa de responsabilidad, aunque nada se opone para que en el proceso acredite su responsabilidad por cualquier medio probatorio. Podría pensarse que existiendo acción directa a favor de la víctima no tenga objeto que el asegurado accione en contra del asegurador. No obstante, la no procedencia del llamamiento en garantía en algunos casos y la necesidad de obtener el reembolso de pagos efectuados por el asegurado harán que sea usual esta hipótesis.

Lo dicho anteriormente constituye el argumento para sostener que la acción directa de la víctima no es sustitutiva de la acción del asegurado contra el asegurador. El asegurado sigue siendo el titular del interés que consiste en mantener indemne su patrimonio y, en tal virtud, ostenta un derecho propio cuya fuente es el contrato y que de ninguna manera se extingue por razón de la acción directa de la víctima. Admitir que la acción del asegurado subsiste solamente si no procede el llamamiento en garantía sería como afirmar que la existencia de un derecho sustancial es dependiente de cuestiones de procedimiento. Si el asegurado ha indemnizado previamente a la víctima no podrá decirse que su derecho se haya extinguido. Estaremos en presencia de un acto inoponible al asegurador que no impide al asegurado demostrar que efectivamente sí hubo responsabilidad de su parte y que ella estaba bajo el amparo de la póliza.

En el artículo 1132 del Código de Comercio existe una norma protectora de los derechos de la víctima en caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado. El artículo establece: “En caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco”. Con relación a esta norma, J. Efrén Ossa se pregunta: “¿y para qué este privilegio si la víctima pudiera hacer efectivo su derecho a la indemnización del daño en el patrimonio del asegurador?”<sup>307</sup>

---

<sup>307</sup> Ossa Gómez, J. Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 450.

En efecto, si la víctima ejerce la acción directa, la indemnización le será pagada por el asegurador sin que pase por el patrimonio del asegurado. Como beneficiaria de la indemnización, la víctima es titular de un derecho propio.

Luego de la creación de la acción directa, la aplicación de la norma en comento es residual. Se circunscribe a los casos en que sea el asegurado quien se dirija en contra del asegurador, bien mediante el llamamiento en garantía o bien con la iniciación de un proceso independiente. Estos son los únicos eventos en los cuales existe la posibilidad de que la indemnización ingrese al patrimonio del asegurado con destino al damnificado.

## **6. LA ACCION DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR**

En nuestro ordenamiento la víctima ha sido catalogada como beneficiario y, como consecuencia de ello, tiene acción directa en contra del asegurador.

En este capítulo trataremos los fundamentos y naturaleza de la acción directa (4.1), las personas legitimadas para ejercerla (4.2), la necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado (4.3), la necesidad de que la responsabilidad esté cubierta (4.4), la necesidad de que la obligación de indemnización no esté extinguida (4.5), las conductas del asegurador (4.6), la información a la víctima sobre la póliza (4.7), la oponibilidad de excepciones (4.8), la concurrencia de víctimas (4.9), los aspectos procesales (4.10) y la prescripción (4.11).

### **6.1 Fundamentos y naturaleza**

La atribución de la acción directa a la víctima es una de las principales manifestaciones de la evolución del seguro de responsabilidad. Muchas legislaciones, con distintos matices, la han creado para el seguro de responsabilidad en general (Argentina, España, Francia, Guatemala, Honduras, Italia, México, Paraguay y Perú).

Otras legislaciones la han establecido para los seguros obligatorios o solo para alguno de ellos, tal como acontece en Venezuela y Brasil. En este último país se discute si la acción directa se extiende también a los seguros no obligatorios de responsabilidad civil.<sup>308</sup> Un solo país ha establecido la acción directa para los eventos de fuga, impedimento o muerte del asegurado (Bolivia). Finalmente, un grupo reducido no la han establecido, naciones que coinciden con aquellas cuya legislación de seguros no prevé normas especiales para el seguro de responsabilidad.

---

<sup>308</sup> Tzirulnik Ernesto y otros, *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, Editorial Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2003, p.141.

Para explicar la naturaleza de la acción directa se han expuesto diferentes fundamentos, los cuales explican en buena parte las consecuencias que existen en materia de oponibilidad de excepciones, vinculación obligatoria del asegurado y prescripción.

- *La acción directa nace del contrato*

Se ha dicho que la acción directa se justifica en una estipulación que hacen asegurador y asegurado a favor de un tercero, que sería la víctima, con lo cual la acción nacería del contrato y el derecho estaría delimitado por el mismo, tesis que ha generado más de una crítica.

Como señala Fernando de Trazegnies, “ninguna de las partes tiene intención alguna de estipular a favor de tercero: el asegurado estipula con el asegurador en su propio favor, para evitar problemas en el futuro”.<sup>309</sup> Idéntica posición adopta Fernando Sánchez Calero: “(...) por el hecho de que el perjudicado tenga un derecho propio frente al asegurador, el seguro no se transforma en un contrato a favor de tercero, ya que el contrato se efectúa en interés del asegurado. El asegurador cubre el riesgo del nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurado. Cuando el asegurador paga al tercero perjudicado, libera al asegurado de una deuda que gravaba su patrimonio”.<sup>310</sup>

Si el derecho de la víctima nace o se deriva del contrato la conclusión es que le serían aplicables absolutamente todas las exclusiones contractuales y las excepciones que el asegurador pudiese tener contra el asegurado. Y obviamente la prescripción se regiría exclusivamente pro las normas que regulan el contrato de seguro. Así mismo, por tratarse de un derecho derivado, la acción directa no podría ser ejercida en forma autónoma en contra del asegurador sino que para mantener la consistencia conceptual, debe ejercerse conjuntamente con la acción en contra del responsable.

- *La acción directa es un derecho de stirpe legal, no autónomo delimitado por el contrato*

En segundo término la acción directa se ha basado en la decisión de la ley de crear este mecanismo como protección a las víctimas, al margen de cualquier estipulación contractual. Pero este derecho no es completamente ajeno al contrato de seguro, por lo cual carece de autonomía. Se entiende que la acción directa está delimitada en mayor o menor grado por el contrato.

---

<sup>309</sup> De Trazegnies Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 131.

<sup>310</sup> Sánchez Calero, Fernando, “Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y de su seguro”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 15, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, p. 63.

En Francia, una sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1939<sup>311</sup> precisó la naturaleza de la acción directa en los siguientes términos: “si la acción de la víctima de un accidente contra el asegurador está subordinada a la existencia de una convención entre este último y el autor del accidente y no puede ejercerse sino dentro de sus límites, ella encuentra, en virtud de la ley su fundamento en el derecho a la reparación del perjuicio causado por el accidente del cual el asegurado es reconocido responsable”.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentido similar en Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173 (ratificada en otra sentencia de la misma fecha, exp. 7614), conforme a la cual la acción directa emana de la ley, pero las estipulaciones del contrato delimitan el derecho de la víctima. La Corte manifestó en la primera de las sentencias reseñadas que:

“Conviene insistir una vez más que en lo tocante con la relación externa entre asegurador y víctima, la fuente del derecho de ésta estriba en la ley, que expresa e inequívocamente la ha erigido como destinataria de la prestación emanada del contrato de seguro, o sea, como beneficiaria de la misma (artículo 1127 C. de Co.). Acerca de la obligación condicional de la compañía (artículo 1045 C. de Co.), en efecto, ella nace de esta especie de convenio celebrado con el tomador, en virtud del cual aquella asumirá, conforme a las circunstancias, la reparación del daño que el asegurado pueda producir a terceros y hasta por el monto pactado en el respectivo negocio jurídico, de suerte que la deuda del asegurador tiene como derecho correlativo el de la víctima –por ministerio de la ley– para exigir la indemnización de dicho detrimento, llegado el caso. Con todo, fundamental resulta precisar que aunque el derecho que extiende al perjudicado los efectos del contrato brota de la propia ley, lo cierto es que aquél no podrá pretender cosa distinta de la que eficazmente delimite el objeto negocial, por lo menos en su relación directa con el asegurador, que como tal está sujeta a ciertas limitaciones”.

Como puede apreciarse la situación en Francia y en Colombia es similar, pues en ambos países se considera que el derecho nace de la ley pero está delimitado por el contrato y, en consecuencia, serían aplicables a la víctima las exclusiones y estipulaciones contractuales, así como las excepciones que el asegurador tenga contra el asegurado. Sin embargo existe una diferencia entre los dos sistemas por cuanto en Francia la acción directa está fundada en realidad sobre el derecho a la reparación de la víctima, por lo cual la prescripción de la acción directa de la víctima no se rige por las reglas del contrato de seguro, sino por las normas de prescripción de la responsabilidad civil<sup>312</sup>. En Colombia la jurisprudencia señala que la fuente del derecho esta en la ley sin afirmar que se trate de un derecho a la reparación, sino precisando en cambio que la acción atribuye a la víctima la prestación emanada del contrato

---

<sup>311</sup> Citado en Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 1985, p. 326.

<sup>312</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, *op. cit.*, p. 326.

de seguro. Como consecuencia de ello en Colombia la prescripción aplicable a la acción directa es la prevista para el contrato de seguro.

- *La acción directa constituye un derecho legal autónomo*

Una tercera alternativa consiste en afirmar que la acción directa es un derecho nacido de la ley con carácter autónomo, lo cual equivale a decir que su fundamento en realidad es el hecho que da lugar a la responsabilidad. El seguro de responsabilidad tendría entonces un papel secundario pues no delimitaría los aspectos fundamentales del derecho de la víctima.

En esta materia es preciso referirnos a los casos de España y del Perú.

La ley española establece en el artículo 76 que las víctimas tienen acción directa en contra del asegurador y agrega que el asegurador, incluso, está obligado a indemnizar en caso de conductas dolosas del asegurado (al asegurador se le concede el derecho de repetición en contra del asegurado). Este artículo dispone que como regla general la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, excepto la culpa exclusiva de la víctima o las excepciones personales del asegurador contra la víctima. En este sentido Fernando Sánchez Calero manifiesta que:

“La ley, al reconocer al tercero perjudicado un derecho propio frente al asegurador, lo fundamenta en el propio hecho ilícito del que deriva la responsabilidad civil del causante del daño que se encuentra asegurado. Sin embargo, como se ha dicho, el derecho del tercero al resarcimiento del daño por el causante del daño que se encuentre asegurado, no se confunde con el derecho que por ese mismo hecho nace en virtud de la ley contra el asegurador. Porque este derecho tiene como presupuesto la necesaria existencia de un contrato de seguro que cubra la responsabilidad del causante del daño: contrato que nos va a precisar quien es el asegurador contra el que puede ejercitar el tercero perjudicado su derecho y los límites dentro de los cuales el asegurador ha de hacer frente a su reclamación<sup>313</sup>”.

En otras palabras, para este autor la acción directa es creada por la ley, que la fundamenta en la responsabilidad misma del asegurado. En su opinión, esta circunstancia explica que en España la tesis de la solidaridad entre la deuda del asegurado y la del asegurador frente al tercero perjudicado sea defendida por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto, señala que se trata de dos obligaciones que tienen por objeto la misma prestación y que cumplen la misma función de resarcir al tercero perjudicado. Este grado de autonomía y de independencia de la acción directa con relación al contrato de seguro

---

<sup>313</sup> Sánchez Calero, Fernando, *La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador*, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997, p. 74.

encuentra una muy importante manifestación en el artículo 76 de la ley española del contrato de seguro: “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”.

En el caso del Perú el Código Civil de 1984 establece la acción directa en contra del asegurador, preceptuando que el asegurador responderá solidaria-mente con el responsable del daño.

En relación con la calificación de solidaria de la acción tanto en España como en Perú la acción directa toma una autonomía que desborda el alcance del contrato de seguro y que plantea algunos interrogantes. Dicha calificación hace pensar que frente a la víctima el asegurador es deudor de una obligación de reparación nacida del hecho dañoso. En otras palabras, que es deudor de la misma obligación del asegurado responsable. Por ser solidaria la acción podría ser ejercida contra el asegurador, contra el asegurado o contra ambos. Igualmente, si la acción directa nace del derecho a la reparación y es autónoma sería inmune a las excepciones que pudiesen predicarse contra el asegurado y la prescripción aplicable no sería la del contrato de seguro sino la de la responsabilidad.

La solidaridad también implica que los deudores respondan por el todo, circunstancia que choca con la existencia de una suma asegurada en la póliza que limitaría la responsabilidad máxima de la compañía.

## **6.2 Personas legitimadas para ejercer la acción directa**

La acción directa la pueden ejercer todas las personas legitimadas en la causa activa en materia de responsabilidad civil y no solo la víctima directa del daño. Así, son titulares de la acción:

- La víctima directa, naturalmente.
- Las víctimas por rebote, quienes sufren un daño propio.
- Los herederos de unos u otros.
- Los causahabientes a título singular de los derechos de la víctima (incluida la aseguradora que ha pagado una indemnización por un seguro de daños, la cual se subroga contra el responsable del siniestro y, obviamente, contra la aseguradora de la responsabilidad).

En Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia coincide con lo expuesto al decir: “Por consiguiente, la legitimación en la causa para su promoción será la que corresponda en materia de responsabilidad civil a todo aquel que ha recibido directa o indirectamente un daño, esto es, a la víctima o sus herederos, siempre que sean titulares de intereses que se hayan visto afectados por la conducta nociva del agente del referido daño”.

En materia de responsabilidad civil, ninguna víctima tiene un mejor derecho frente a las demás. Ello tampoco ocurre en materia de seguro de



responsabilidad, asunto que será examinado posteriormente en el caso de concurrencia de víctimas.

### **6.3 Necesidad de establecer la responsabilidad del asegurado**

Recordemos que la prosperidad de la pretensión de la víctima exige que la responsabilidad del asegurado deba ser establecida, pues esto es requisito indispensable para la operancia del seguro y, claro está, que dicha responsabilidad sea materia de amparo en el contrato de seguro.

Acerca de los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción directa, procede destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7173:

“Así las cosas, este preámbulo permite deducir, *grosso modo*, los presupuestos principales de la efectividad de la acción directa conferida al perjudicado frente a la compañía, destinada a obtener la realización de los mencionados y actuales fines del seguro, y que se integran, primeramente, por la existencia de un contrato cuya cobertura abarque la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, acompañada, en segundo término, de la acreditación de la “responsabilidad del asegurado” frente a la víctima, así como la de su cuantía, esto es, del hecho que a aquél sea atribuible la lesión producida, a voces del citado artículo 1133 del Código de Comercio.”

Con relación al establecimiento de la responsabilidad como uno de los presupuestos básicos, existen dos posibilidades cuando la víctima ejerce la acción directa: que la responsabilidad se encuentre previamente establecida (4.3.1) o que no lo haya sido (4.3.2).

- *Responsabilidad previamente establecida*

Una primera alternativa es que la responsabilidad del asegurado ha podido ser previamente establecida, bien mediante una decisión judicial en firme o porque el asegurador haya reconocido la obligación directamente con la víctima. En estos eventos estamos en presencia de una prueba de la responsabilidad del asegurado y su cuantía, que son suficientes para esgrimirse en ejercicio de la acción directa (pruebas que, tratándose de una sentencia resultado de un proceso en el que no participó el asegurador, de todas formas es controvertible por este, dada la relatividad de la cosa juzgada).

- *Responsabilidad no establecida previamente*

Veamos ahora la segunda alternativa, que es el ejercicio por la víctima de la acción directa sin haberse establecido previamente la responsabilidad del asegurado.

¿Podrá acaso declararse responsable al asegurado para efectos de condenar al asegurador sin la presencia del primero en el proceso y qué ocurre si en un proceso posterior con la participación del asegurado la decisión judicial es contraria? La lógica y el sentido común indican que si la víctima es titular de dos acciones debe ejercerlas conjuntamente, de suerte que un solo juez sea quien decida los dos asuntos relevantes ante la presencia de todos los interesados. A continuación se expone la situación en el derecho comparado y en el derecho colombiano

#### - Situación en el Derecho Comparado

El problema existió en Francia y en tres sentencias de 13 de diciembre de 1938 de la Sala de Casación Civil, reiteradas continuamente, se determinó que “El ejercicio de la acción directa exige necesariamente, en ausencia de un texto en contrario, la presencia del asegurado, cuando (...) ninguna condena ha sido previamente impuesta contra él, con el objeto de fijar contradictoriamente entre las partes, primero la existencia de la obligación de reparación y su monto y, en segundo lugar, la indemnización debida por el asegurador”.<sup>314</sup> En consecuencia, la víctima sólo puede ejercer la acción directa contra el asegurador con la citación del asegurado al proceso.

Como lo afirma Yvonne Lambert-Faivre, tal conclusión permite, por un lado, respetar el derecho de defensa del asegurado y, por otro, constituye una extensión de la cosa juzgada, útil cuando la víctima es parcialmente indemnizada (deducible o insuficiencia de la suma asegurada) y desea dirigirse contra el asegurado para obtener la indemnización plena<sup>315</sup>. No obstante, la solución encontrada en Francia tiene algunas excepciones señaladas por Geneviève Viney:<sup>316</sup> no se requiere citar obligatoriamente al asegurado cuando su responsabilidad ha sido previamente establecida por una sentencia o reconocida por el asegurador o cuando no sea posible jurídicamente por no ser competente la respectiva jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad del asegurado.

En Argentina, según lo manifiesta Carlos Ignacio Jaramillo, la doctrina y la jurisprudencia están divididas, pues un sector considera que el litisconsorcio debe ser necesario (citación obligatoria del asegurado), mientras que otro opina que es facultativo. En Paraguay tal citación es forzosa.<sup>317</sup>

---

<sup>314</sup> Encyclopédie Dalloz, “Assurances de dommages”, núm. 74, p. 1970.

<sup>315</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, *op. cit.*, p. 320. En el mismo sentido se pronuncian Picard, Maurice et Besson, André, *Les Assurances Terrestres. Le contrat d'assurance*, LGDJ, París, 1982, p. 576.

<sup>316</sup> Viney, Geneviève, *op. cit.*, p. 543.

<sup>317</sup> Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, p. 148.

## - Situación en el Derecho Colombiano

Examinemos la situación en Colombia a raíz de la reforma adoptada por la Ley 45 de 1990. La víctima como titular de dos acciones distintas puede formular pretensiones contra varios sujetos en una misma demanda según el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que permite hacerlo cuando las pretensiones provienen de la misma causa o versen sobre el mismo objeto o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas. Esto se corrobora expresamente con el artículo 1133 del Código de Comercio, modificado por el 87 de la Ley 45 de 1990, que señala que para acreditar su derecho ante el asegurador, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador. Esta disposición no estaba incluida en el proyecto original del Gobierno, fue una sugerencia de Fasecolda expresada en memorando de 21 de octubre de 1990,<sup>318</sup> presentado a su ponente, con la precisión de que el asegurado debía citarse al proceso.

En el documento citado se manifestó: “Dado que en el texto propuesto para el artículo 82 queda consignada la acción directa del damnificado contra el asegurador, debe aprovecharse este artículo para aclarar puntos fundamentales que en otros países han suscitado largas e innecesarias controversias. De un lado, es necesario indicar que cuando la víctima ejerce la acción directa tiene que acreditar no solamente la responsabilidad del asegurado, para lo cual se citara a este al proceso, sino también la existencia de cobertura en el seguro.”

El ponente no acogió esta propuesta, que solo fue aceptada durante las discusiones en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, pero parcialmente, al no preverse la necesidad de citar al asegurado al proceso, ya que se consideró que ello correspondía a normas propias de los códigos de procedimiento. Así las cosas, ¿qué ocurre cuando la víctima, sin establecer previamente la responsabilidad civil del asegurado, ejerce la acción directa únicamente en contra del asegurador? ¿Podrá obtener una condena favorable sin la intervención del asegurado?

Al respecto, en nuestro medio se han expuesto dos posiciones antagónicas: La primera estima que cuando la víctima ejerce su acción directa, el asegurado no debe citarse forzosamente al proceso; la segunda sostiene que tal citación procede.

---

<sup>318</sup> Arboleda Gómez, Saulo, [ponente de ley], “Consolidación y futuro del sector financiero”, articulado, documentos, Bogotá, 1991.

- a) No citación forzosa del asegurado: ha sido expuesta por Hernán Fabio López,<sup>319</sup> quien afirma que no estamos en presencia de un litisconsorcio necesario por no existir una identidad de relación sustancial:

“Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora existe, frente al damnificado y beneficiario un litisconsorcio necesario por cuanto no se presenta el requisito esencial estructurante de la figura, de identidad de relación sustancial, lo que se evidencia en que no existe comunidad de suerte, pues bien puede suceder que la aseguradora triunfe y que el damnificado, que no demandó al asegurado, inicie en su contra proceso ordinario, el que es posible precisamente por cuanto la sentencia del primer proceso no lo cobijó y por ende no generó efectos de cosa juzgada y en esa otra actuación obtenga decisión favorable.”

El autor complementa su posición, precisando que no se trata “de obtener una sentencia en contra del asegurado sin su citación, circunstancia a todas luces ilegal”, sino de “demostrar la responsabilidad del tercero sin que necesariamente se le tenga que demandar y, obviamente, sin que se solicite sentencia condenatoria en su contra”. Concluye que cuando la víctima opta por demandar al asegurador y al asegurado se conforma un litisconsorcio facultativo pasivo.

Fernando Sánchez Calero<sup>320</sup> manifiesta una conclusión cercana, pero partiendo de un argumento diferente. Este autor estima que no existe un litisconsorcio pasivo necesario con base en que en España existe solidaridad entre las obligaciones del asegurado y del asegurador, lo cual hace procedente que la víctima demande al asegurador sin tener que demandar al asegurado. En nuestro país, las citadas obligaciones no son solidarias, cada una es diferente, lo cual no constituirá un argumento a favor de la no citación forzosa del asegurado al proceso.

- b) Citación forzosa del asegurado: la segunda tesis consiste en sostener la citación forzosa del asegurado al proceso que la víctima ejerza contra el asegurador. Para condenar al asegurador el juez debe, ante todo, efectuar dos declaraciones indispensables: que el asegurado ha incurrido en responsabilidad y que dicha responsabilidad está cubierta en el contrato de seguro en cuestión.

La primera declaración es común e interesa tanto al asegurado como al asegurador; ella deberá resolverse de manera uniforme para ambos, en razón a que la responsabilidad es una sola, exista o no un seguro que la ampare. El juez no podría declarar responsable a una persona sin habersele citado al proceso así ello solo tenga por objeto condenar al asegurador.

---

<sup>319</sup> López Blanco, Hernán Fabio, *Comentarios al contrato de seguro*, Editorial Dupre, Bogotá, 2005, p. 377.

<sup>320</sup> Sánchez Calero, Fernando, “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 10, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997, p. 81.

Podría pensarse, entonces, que se trata de un litisconsorcio necesario contemplado por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que reza: “cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos en tales relaciones (...) la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos”.

Por su parte, el artículo 51 del mismo Código también se refiere al litisconsorcio necesario, así: “Art. 51. Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos”.

En este caso, en una parte la demanda versa sobre la responsabilidad civil del asegurado; sobre su existencia no puede resolverse sin su participación. Esto induce a pensar que por la vía del litisconsorcio necesario se obtiene la intervención forzosa del asegurado. Sin embargo, aparecería un impedimento, pues el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil podría interpretarse en el sentido de que si el litisconsorcio es necesario la cuestión litigiosa deberá resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes. Y en la hipótesis que examinamos los resultados del proceso no son siempre uniformes, ya que el asegurado puede ser condenado, mientras que el asegurador ser absuelto por ausencia de cobertura, por ejemplo.

Ante este reparo, puede responderse que la uniformidad de decisión atribuida por algunos al litisconsorcio necesario se predicaría únicamente de la cuestión litigiosa que es común a todos los litisconsortes, en este caso de la pretensión relativa a la declaración de responsabilidad del asegurado, mas no respecto a la segunda declaración que atañe, exclusivamente, al contrato de seguro.

Además, debe tenerse en cuenta que por disposición misma del Código de Procedimiento Civil (artículo 4), la interpretación de la ley procesal debe buscar la efectividad del derecho sustancial y que las normas se aclararán mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso y que se respete el derecho de defensa. Esto lo ratifica el artículo 29 de la nueva Constitución Nacional, según el cual el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales, acción que definitivamente y sin lugar a dudas permite la intervención forzosa del asegurado.

Carlos Ignacio Jaramillo sostiene una tesis similar, al decir que: “No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado. Y sabido es que en un Estado de derecho no es posible realizar un reproche de responsabilidad, es decir responsabilizar a una determinada persona, sin que se le haya oído y vencido en juicio.

Esta elemental garantía, nos referimos a la del debido proceso orientada a evitar los juicios secretos, ocultos o clandestinos, debe observarse en Colombia en todos y cada uno de los casos o asuntos, nada menos que por expreso e inequívoco mandato de la Constitución Política (art. 29), a la cual se encuentran subordinados todos los ordenamientos jurídicos, incluido, claro está, el Código de Comercio, que es precisamente el que regula la acción directa entre nosotros.

Adelantar un proceso o una causa judicial contra el asegurador de la responsabilidad civil sin la oportuna vinculación previa, simultánea o posterior del asegurado, virtual responsable del daño, con el propósito de que la víctima obtenga el resarcimiento pleno de sus perjuicios, a nuestro juicio resulta no solamente impropio y violatorio de la estructura y cometido del seguro de responsabilidad civil —que hunden sus raíces en el débito de indemnidad, esto es en el deber de preservar el patrimonio del asegurado, en tanto en cuanto él sea responsable del daño—, sino también inconstitucional, por cuanto ello sería atentatorio de las mínimas garantías de índole constitucional, connaturales, por lo demás, a todo sujeto de derecho.

No se olvide, en efecto, que la prosperidad de la pretensión de la víctima o perjudicado, dependerá, desde un punto de vista sustancial, de la responsabilidad del asegurado. Al fin y al cabo, de manera general, el riesgo sobre el que descansa este seguro es precisamente la responsabilidad civil en que eventualmente pueda incurrir el asegurado, bien en el campo contractual o bien en el extracontractual.

De lo anterior se desprende, por regla, que el asegurador es responsable frente a la víctima siempre que sea responsable su asegurado, es decir que si éste no resulta responsable del daño a él atribuido, tampoco resultará obligado el asegurador (situación funcional de dependencia).

Por consiguiente, la concurrencia judicial del asegurado —o causahabientes, según el caso— en la causa o litigio promovido contra el asegurador en nuestro entender, es en Colombia necesaria, tal y como acontece, ello es ilustrativo, en la generalidad de países que consagran tan novísimo mecanismo tuitivo. No de otra manera, válidamente, podría establecerse la responsabilidad de la entidad aseguradora, de suerte que la víctima o damnificado, para evitar posibles dificultades —sustanciales y procedimentales— dentro del respectivo proceso judicial, deberá vincular (en sentido amplio) al asegurado, o sea al causante del daño, con miras a establecerse, por contera, la responsabilidad del asegurador, con sujeción —eso sí— a los términos del contrato de seguro, marco de referencia de la relación jurídica trabada previamente con el tomador.<sup>321</sup>

---

<sup>321</sup> Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p. 149.

#### **6.4 Necesidad de que la responsabilidad se encuentre cubierta por el contrato**

Hemos repetido sinnúmero de ocasiones que habrá lugar al surgimiento de la obligación a cargo del asegurador cuando se configure el siniestro, lo cual requiere que se acredite que el asegurado es responsable y que la citada responsabilidad se encuentra cubierta por el contrato de seguro.

El hecho de que la ley haya otorgado una acción directa no significa que la misma pueda obtener una indemnización del asegurador con prescindencia de las condiciones del contrato de seguro.

En Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó claramente lo anterior: "(...) el buen suceso de la precitada acción está supeditado principalmente a la comprobación de los siguientes presupuestos: 1) La existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque solo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro."

En su calidad de beneficiario, le compete a la víctima acreditar la ocurrencia de dicho siniestro; es decir, la responsabilidad y su específica cobertura por el contrato de seguro; al asegurador le corresponderá la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su obligación. Para esto el asegurador tendrá como vía desvirtuar la configuración de la responsabilidad en cabeza del asegurado y, además, debatir asuntos relativos a los límites y condiciones propias del contrato de seguro.

#### **6.5 Necesidad de que la obligación de resarcimiento a cargo del responsable no se encuentre extinguida**

En el derecho de la responsabilidad y en el derecho de seguros es un principio sin discusión que una víctima no puede válidamente acumular indemnizaciones que resarzan el daño sufrido más de una vez. Si el perjuicio ha sido previamente indemnizado, la víctima no tendría la posibilidad, por virtud de la acción directa, de obtener del asegurador una nueva indemnización. Tal camino sólo procederá respecto al daño no indemnizado por el asegurador, por el asegurado o por un tercero.

En efecto, puede suceder que la suma asegurada resulte insuficiente frente al valor de los perjuicios o que algunos de estos no sean materia de cobertura; en estos eventos la víctima podrá demandar su reparación del asegurado. A la inversa, si la obligación indemnizatoria a cargo del asegurado responsable se ha

extinguido, la víctima no podrá reclamar la indemnización al asegurador mediante la acción directa. La extinción de la obligación indemnizatoria tiene lugar en los casos previstos en las normas generales, tales como el pago, la confusión, la compensación o la prescripción.

Si bien la extinción del derecho le impide a la víctima ejercer la acción directa contra el asegurador, no en todos los eventos dicha situación tiene como consecuencia que el asegurador quede liberado de su obligación respecto del asegurado. La prescripción del derecho de la víctima frente al asegurado le impide igualmente dirigirse en contra del asegurador (además, por razones de tiempo es previsible que se consume primero la prescripción del derecho de la víctima en contra del asegurador que en contra del asegurado). Ahora bien, en los demás supuestos, a pesar de que se hubiese extinguido el derecho de la víctima, no podría sostenerse que el patrimonio del asegurado permanece indemne, lo que finalmente indicaría la subsistencia de la obligación del asegurador frente al asegurado que ha visto afectado su patrimonio.

Según quedó dicho, el seguro de responsabilidad civil tiene el doble propósito de indemnizar a la víctima y cubrir el patrimonio del responsable y el hecho de que ocurra lo primero por extinción del derecho de la víctima no significa necesariamente que el derecho del asegurado corra la misma suerte. En tal virtud, tratándose de extinción por pago del asegurado estaremos en presencia de una situación ya analizada, en el sentido de que el pago no hace que el asegurado pierda su derecho, sino que este no le sea oponible al asegurador.

Con relación a la compensación, es pertinente tener en cuenta que conforme a las reglas generales de la responsabilidad, la culpa de la víctima es una causal de exoneración total o parcial de la responsabilidad que impide el nacimiento de la obligación de reparar el daño. En tal caso, no se tratará de una compensación que comprometa al asegurador, pues no se configura responsabilidad en cabeza del asegurado.

En rigor, por lo general, la compensación se presenta cuando hay daños recíprocos entre el asegurado y la víctima. No es que estas personas se exoneren del daño inferido al otro por haber, simultáneamente, sufrido un perjuicio, sino que cada quien es considerado responsable frente a su contraparte y obligado a reparar el daño correspondiente. Las obligaciones recíprocas de indemnización se compensan y si el saldo es positivo para la víctima, a su cuantía se circunscribirá la indemnización a cargo del asegurador. El monto compensado representa para el asegurado un desmedro patrimonial amparado, en principio, por el seguro.

## **6.6 Conductas del asegurador ante una reclamación de la víctima**

Al tenor del artículo 1077 del Código de Comercio, la carga de la prueba del siniestro y de su cuantía pesa sobre el asegurado o la víctima, según el caso. La prueba, de acuerdo con el artículo 1080 del mismo código, podrá ser judicial o



extrajudicial. La prueba judicial es la practicada en el proceso en el que se haga parte el asegurador, dado que la sentencia judicial de responsabilidad del asegurado en un proceso en el cual no intervenga el asegurador, no le es oponible a este ni tampoco constituye la prueba del siniestro. Una sentencia de tal naturaleza es solo la prueba, por demás controvertible, de la existencia de responsabilidad del asegurado, pero de ninguna manera acredita que dicha responsabilidad se encuentre amparada por la póliza de seguro.

Cuando la víctima formula una reclamación al asegurador, este podrá adoptar diversas conductas que serán examinadas brevemente. En primer lugar, el asegurador puede pagar la correspondiente indemnización, en principio, sin requerir el consentimiento del asegurado. No obstante, podría estipularse en la póliza que los pagos del asegurador deberán hacerse con la anuencia del asegurado, lo cual cabría en seguros que involucran el nombre, la aptitud o idoneidad del asegurado, tales como el seguro de responsabilidad civil profesional.

Aunque se hubiese estipulado la restricción descrita, creemos que de todas maneras el asegurador podría pagar directamente a la víctima, incluso contra la opinión del asegurado, cuando tenga la convicción de que en realidad sí se configuró el siniestro. De acatar la voluntad del asegurado el asegurador se vería expuesto a los efectos bastante severos de que lo consideren en mora de atender el pago de la indemnización.

Por otro lado, el asegurador también podría optar por celebrar un acuerdo de conciliación o de transacción con la víctima y ojalá ello se haga con la participación del asegurado para precaver futuros litigios entre estos últimos. La ausencia del asegurado o su oposición no son obstáculo para que el asegurador los celebre, a menos que exista pacto en contrario que produce efectos similares a los examinados anteriormente. Claro está, el asegurador no podrá transar el conflicto por un monto superior al cubierto por el seguro, pues, si el asegurado no es parte, dicho acuerdo no le será oponible.

## **6.7 Información a la víctima sobre la existencia de la póliza**

La efectividad del derecho de la víctima requiere que esta conozca la existencia del seguro y sus condiciones. Si la existencia del seguro no es revelada, indudablemente los derechos de la víctima podrían ser vulnerados. Por esta razón en algunos ordenamientos existen obligaciones de información y de entrega de documentos a cargo del asegurador y del asegurado. En el caso colombiano el asegurador tiene la obligación de entregar al tomador, asegurado o beneficiario duplicado de las pólizas (artículo 1046 del Código de Comercio). Dado que la víctima ha sido calificada expresamente por la ley como beneficiaria del seguro, tiene el derecho de obtener copia de las pólizas de seguro, lo cual facilita el ejercicio de la acción directa.

De otro lado, también existe el deber del asegurado de informar a la víctima acerca de la existencia del seguro de responsabilidad. En España el artículo 76 de la ley establece que el asegurado tiene el deber de “manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato del seguro y su contenido”. En esta materia queremos registrar el reciente pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil<sup>322</sup>, la cual, inspirada en las normas constitucionales y en el principio de la buena fe, entendió que la adopción de la acción directa a favor de los perjudicados “comporta el correspondiente derecho de ellos de ser oportuna y suficientemente informados sobre el contrato y sus especificaciones”, por lo cual entiende que el asegurado tiene un deber de informar a la víctima acerca de la existencia del seguro. Precisa la Corte que si el asegurado se abstiene de atender su deber de comunicar, la víctima podrá recurrir a la práctica de pruebas tales como el interrogatorio, la inspección judicial o la exhibición de documentos.

## 6.8 Oponibilidad de excepciones

La obligación del asegurador encuentra su delimitación en el contrato de seguro, circunstancia que no puede verse afectada por el hecho de que la ley conceda a la víctima una acción directa para exigir el cumplimiento de dicha obligación. En este orden de ideas, la víctima no puede pretender un derecho distinto del que tendría el asegurado, de lo cual se infiere que frente a ambos, asegurado y víctima, el asegurador tiene la facultad de oponer las excepciones propias del contrato de seguro. Cosa diferente acontece en otros ordenamientos, como en España o el Perú, en donde la acción directa es inmune a las excepciones del asegurador contra el asegurado.

En Colombia las normas atinentes al seguro de responsabilidad civil, al conceder la acción directa, no previeron que la oponibilidad de excepciones fuera procedente, pero esto no se opone para que ello sea posible, con base en los principios generales enunciados y también con apoyo en el artículo 1044 del Código de Comercio, aplicable sin ninguna distinción a todos los seguros. Dicho artículo preceptúa que el asegurador podrá oponer al beneficiario (la víctima ostenta por ley tal carácter) las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado en caso de ser estos distintos de aquel. Esta fórmula permite que el contrato brinde un mismo derecho con prescindencia de quien presente la reclamación y, de esta manera, evita que el asegurador deba repetir contra el tomador o asegurado pagos hechos al beneficiario.

Expedida la Ley 45 de 1990, algunos comentaristas han afirmado, con base en la jurisprudencia internacional, especialmente en la francesa, que es necesario distinguir las excepciones anteriores y posteriores al momento de ocurrencia del siniestro, para concluir que, dado que con el siniestro nace un derecho propio

---

<sup>322</sup> República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de junio de 2007, expediente 11001, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

para la víctima, absolutamente todas las excepciones posteriores a dicho momento son inmunes a hechos acaecidos luego.

Estas afirmaciones no son exactas, pues lo que realmente sostiene la jurisprudencia francesa, a partir de la Sentencia de la Corte el 15 de junio de 1931, citada por Yvonne Lambert-Faivre,<sup>323</sup> es que además de la diferencia entre excepciones anteriores y posteriores al siniestro, es indispensable con relación a las posteriores distinguir entre aquellas personales del beneficiario y las que se predicen frente al asegurado.

Se concluye entonces que las excepciones por hechos del asegurado posteriores al siniestro son inoponibles, ya que el derecho de la víctima nace el día del daño y no podría ser modificado por actos del asegurado. Por el contrario, sí son oponibles las excepciones personales de la víctima posteriores al siniestro, por ejemplo, la pérdida del derecho a la indemnización de que trata el artículo 1078 del Código de Comercio en caso de fraude en la reclamación o comprobación del siniestro. Este es un hecho personal de la víctima que obviamente puede ser invocado como medio de defensa por el asegurador. Carlos Ignacio Jaramillo comparte esta interpretación en su estudio acerca de la acción directa.<sup>324</sup>

No obstante, la adopción de la solución francesa en nuestro medio acusa una limitante, pues la ley calificó expresamente a la víctima como beneficiario, a quien en desarrollo del artículo 1044 del Código de Comercio le son oponibles, salvo estipulación en contrario, todas las excepciones que el asegurador hubiere podido alegar en contra del tomador o asegurado.

## 6.9 Pluralidad de víctimas

Es frecuente que un acto del asegurado produzca una pluralidad de víctimas, sean directas del hecho o bien víctimas por rebote, que podrán reclamar la indemnización del daño al asegurador de la responsabilidad. Interesa saber entonces si unas víctimas cuentan con un mejor derecho frente a otras o si todas deberán tener el mismo tratamiento por parte del asegurador. La ley no concede privilegios a unas víctimas respecto de otras, razón por la cual en caso de que la suma asegurada resulte insuficiente para atender todos los reclamos, el asegurador no podrá más que indemnizarlos a prorrata. Esta situación se presentaría incluso cuando concurren reclamantes de diverso género, por ejemplo, las víctimas y el asegurado que solicita el reembolso de pagos.

Un ejemplo ilustrativo es el artículo 119 de la ley argentina de seguros, el cual dispone que “si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el

---

<sup>323</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, *op. cit.*, 1985, p. 346.

<sup>324</sup> Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, “La acción directa en el seguro voluntario de Responsabilidad Civil y en el seguro obligatorio de automóviles”, en: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996, p. 146.

asegurador se distribuirá a prorrata”. En el mismo sentido se pronuncian los hermanos Mazeaud: “El asegurador no puede cumplir esta obligación en caso de pluralidad de víctimas, sino pagando a ellas a la vez, en concurso, proporcionalmente al monto de sus acreencias, teniendo cada una derechos iguales sobre la indemnización”.<sup>325</sup>

Ahora bien, en caso de pluralidad de víctimas, si tan sólo algunas de ellas reclaman, ¿cuál será la conducta que debe adoptar el asegurador? En nuestro sentir, si el asegurador no conoce la existencia de otras víctimas, tiene que pagar dentro de los términos previstos en el Código de Comercio una vez se haya acreditado la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, so pena de incurrir en mora. En tal evento, los pagos tendrán carácter liberatorio. Pero, en caso de que el asegurador conozca la existencia de otras víctimas, convendría, aunque esta no es su función, darles aviso para que formulen sus respectivas reclamaciones.

Fernando de Trazegnies<sup>326</sup> comparte tal apreciación. Expresa que ante una pluralidad de víctimas “el asegurador paga en la medida en que las víctimas se van presentando y hasta donde alcance. Una vez que se ha llegado al tope del monto asegurado, la compañía de seguros se encuentra liberada de responsabilidad frente a las víctimas que aún no han cobrado”.

## 6.10 Aspectos procesales

El uso de la acción directa depende, en buena parte, de los alcances de las normas procesales, que en ocasiones introducen limitaciones que impiden su ejercicio en un determinado proceso.

Lo anterior a pesar de que el legislador buscó favorecer la situación de la víctima y facilitar el ejercicio de esta herramienta, con el objetivo de que pudiese demandarse al asegurado y al asegurador en un solo proceso. En efecto, el artículo 1133 del Código de Comercio dispone: “Artículo 1133. Modificado por el Ley 45/90, art. 87. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

La finalidad que la norma persigue encuentra obstáculos en los distintos códigos de procedimiento, bien por la naturaleza específica del proceso, por el alcance de la acción ejercida por la jurisdicción de conocimiento o, en fin, por disposiciones en contra de la posibilidad buscada.

---

<sup>325</sup> Mazeaud, Henri et Mazeaud, León, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 907.

<sup>326</sup> De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 149.

El asunto cardinal para la víctima es que si se requiere iniciar previamente un proceso en contra del asegurado para luego con la sentencia condenatoria ejercer la acción directa en contra del asegurador, probablemente dicha acción directa se encontrará prescrita, dado que contra la víctima la prescripción corre desde la ocurrencia del hecho. Así, resulta indispensable que, cuando la acción directa no pueda ser ejercida simultáneamente con la acción contra el responsable, la misma se ejerza paralelamente en un proceso aparte el cual habrá de suspenderse por prejudicialidad a la espera del resultado del primero, aunque algunos sostienen la licitud de que se condene al asegurador sin que en el proceso se cite forzosamente al asegurado.

En suma, el ejercicio de la acción directa procederá en un proceso ordinario civil, en un proceso de reparación directa en la jurisdicción contencioso administrativa y junto con una acción de grupo. No se admite su ejercicio en una acción popular, en una acción de tutela, en un juicio de responsabilidad fiscal ni en un proceso penal.

En el proceso de responsabilidad fiscal existe una figura especial en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, esto es, la vinculación de la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable que podrá ordenar la Contraloría. Por sustracción de materia, la acción directa no tiene cabida.

En el nuevo proceso penal se ha previsto también otra figura especial diferente del llamamiento en garantía. Consiste en la citación de la aseguradora al incidente de reparación integral por solicitud de la víctima, el condenado o el tercero civilmente responsable. La aseguradora tendrá la facultad de participar en dicha audiencia (artículo 108 del nuevo Código de Procedimiento Penal).

## **6.11 Prescripción**

La prescripción es uno de los temas más polémicos y complejos de aplicar en materia de seguro de responsabilidad.

En primer lugar, existe una relación de la víctima con el responsable que emana de la institución de la responsabilidad, la cual tiene una regulación propia en materia de prescripción.

En segundo lugar, encontramos la acción directa de la víctima contra el asegurador, situación que puede dar lugar a dos alternativas en materia de prescripción:

- Que la acción directa tenga la prescripción prevista en la responsabilidad civil, tal como acontece en España, Francia y Perú.
- Que la acción directa se rija por las normas propias del contrato de seguro, regla aplicable en Colombia.

En tercer lugar surge la acción que tendría el asegurado en contra del asegurador la cual se ejerce cuando el asegurado ha pagado la indemnización y solicita su reembolso o cuando el asegurado es demandado por la víctima y decide llamar en garantía a la aseguradora. En principio, la prescripción de estas acciones debería regirse por las normas propias del contrato de seguro.

A lo anterior debemos agregar que la aplicación de las reglas de prescripción se complica aun mas dependiendo de la modalidad de cobertura pactada en la póliza, en relación con la delimitación temporal del siniestro. En efecto ha sido tradicional que los sistemas del seguro de responsabilidad consideren que el siniestro corresponda a la ocurrencia del hecho dañoso, momento que coincide con el nacimiento de la responsabilidad. Pero cuando se pactan pólizas bajo modalidades basadas en la reclamación, denominadas "claims made" el siniestro se transforma y la aplicación de las reglas de prescripción reviste una mayor complejidad.

**Ponencia 2**  
**LOS SEGUROS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I) Y LA**  
**RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN MARINA SEGÚN**  
**LA LEGISLACIÓN CHILENA**

**Eugenio Cornejo Lacroix**<sup>327</sup>

Sección Chilena de AIDA

Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes Históricos de los P. & I. Clubs. 3. Organización estructural. 4. Riesgos cubiertos. La esencia o principio de operatoria en una cobertura de P. & I. 4.1. Breve enumeración de riesgos cubiertos. 4.2 Algunas condiciones para hacer efectivo el seguro. 4.3 Algunas exclusiones típicas. Innavegabilidad. Conducta dolosa del asegurado. Reticencias y falsificaciones. 5. Principio de operatoria esencial en una cobertura de P. & I. 5.1 Los privilegios marítimos y los servicios que otorgan los P. & I. Clubs a sus asociados asegurados. 5.2. Cartas de Garantías o "Letters of Undertaking". Naturaleza Jurídica. Ventajas y efectos de la carta de garantía. Situación especial de la Acción directa y las Cartas de Garantía emitidas en Chile. 6. Fundamento de la Acción directa. Necesidad de establecer la responsabilidad del miembro (armador asegurado). Dificultades de emplazamiento del Club; 7. Legislación sobre contaminación marina en Chile. 7.1. Introducción. 7.2. Marco de la legislación chilena. 7.3. Principios fundamentales en materia de responsabilidad civil por contaminación marina. Responsabilidad objetiva. Algunas causales de exoneración de responsabilidad. Derecho a limitar la responsabilidad. Objeto de la indemnización. El concepto de daño por contaminación. Constitución de un fondo de Limitación. Seguro o Garantía Obligatoria. Acción directa contra el Asegurador; Comentarios respecto del seguro obligatorio y la acción directa. 8. La cobertura especial de los P&I Clubs respecto de los daños por contaminación. 9. Conclusiones.

---

<sup>327</sup> Abogado por la Universidad Católica de Valparaíso. Estudios de Post-Grado en materias de Seguro Marítimo Profundizado, en el Chartered Insurance Institute y sobre Derecho Marítimo Profundizado en el London School of Polytechnics, en Inglaterra. Ha sido profesor de la Cátedra de Derecho Comercial Marítimo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Socio del Estudio de Abogados Cornejo y San Martín, especialistas en asuntos sobre Derecho Marítimo y de Seguros. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo. Directivo de la Asociación de Liquidadores Oficiales de Seguros Independientes (ALOSI). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros y del Comité Marítimo Internacional. Autor de varias publicaciones sobre su especialidad entre las que destaca su obra "La Responsabilidad por Derrame de Hidrocarburos de Navas" (1978) y varios artículos en revistas nacionales y extranjeras.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema central que nos ocupa, se refiere a los seguros de responsabilidad civil que se aplican en el ámbito marítimo y en particular la responsabilidad civil por contaminación marina derivada de la navegación.

En términos generales, el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto transferir los riesgos derivados de la responsabilidad en que pueda incurrir una persona natural o jurídica con motivo del ejercicio de una determinada actividad, de tal modo que la obligación de indemnizar perjuicios a terceros (víctimas) que pudiera recaer en ellas, se transfiere al asegurador de responsabilidad.

En Chile, el seguro de responsabilidad civil no está regulado en forma orgánica, y su desarrollo ha sido más bien el fruto del incremento de los riesgos que afectan a ciertas actividades que desarrollan grandes empresas, ya sea en las áreas de la minería, electricidad, refinerías, celulosa, prospección petrolera, etc., las cuales se han visto en la necesidad de contratar seguros de responsabilidad civil.

En el ámbito de la actividad de la navegación y el comercio marítimo, tan solo con la reformas que se introdujeron al Libro III del Código de Comercio, que fue íntegramente sustituido por la Ley N° 18.680, publicada en el Diario Oficial del 20 de enero de 1988, que entró en vigencia seis meses después de su publicación, se regularon las materias relativas a los seguros marítimos.

Efectivamente, en el Título VII del Libro III, se establecen reglas para los seguros marítimos, pero con la particularidad que ellas, según lo dispone el art. 1159, se aplican en defecto de las estipulaciones de las partes, salvo en las materias en que la norma sea expresamente imperativa. Esto implica que de hecho, la gran mayoría de las pólizas que se emplean, son las mismas del mercado asegurador internacional, especialmente aquellas que son redactadas por el Instituto de Aseguradores de Londres.

En lo que respecta a los seguros de responsabilidad civil, el artículo 1160 N° 4 del Código de Comercio chileno establece expresamente que los seguros marítimos pueden versar sobre: *“4º la responsabilidad de una nave u otro objeto, por los perjuicios que puedan resultar frente a terceros como consecuencia de su uso o navegación”*. Dentro del mismo Título VII, encontramos el Párrafo 4º sobre el **“Seguro de responsabilidad”**, al cual se refieren los artículos 1200, 1201 y 1202.

En consecuencia, lo que tenemos en términos de normativa, es prácticamente nada, aparte de reconocer que es posible asegurar la responsabilidad civil derivada de la explotación de una nave, y de algunas otras reglas específicas en la Ley de Navegación, respecto de la responsabilidad por derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas y del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil del año 1969.



Por todo ello, si queremos abordar el tema de los seguros de responsabilidad civil en el ámbito de las actividades del comercio y la navegación marítima, necesariamente debemos mirar hacia el mercado internacional, y poner nuestra mirada en las Asociaciones Mutuales de Armadores, más comúnmente conocidas como los Clubes de Protección e Indemnización o Protection and Indemnity Clubs (P. & I. Clubs).

## 2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS P. & I. CLUBS

Para introducirnos en los seguros de Protección e Indemnización (P. & I.), es bueno hacer un poco de historia para precisar su origen, y de esta manera comprender la naturaleza jurídica y la operatoria de este tipo de seguros, que como es sabido, tienen el carácter de “*mutual*”.

Al mirar la historia, veremos que hay una vinculación entre los seguros de P&I y el seguro de casco de naves. En efecto, respecto de estos últimos, en el año 1720, se estructuró una ley en Inglaterra, en virtud de la cual se concedió un monopolio, para todos los seguros de casco de naves de bandera británica, en favor de dos compañías de seguros, la Royal Exchange y la London Assurance y a los miembros individuales del Lloyd's de Londres.

Bajo estas condiciones de mercado, rápidamente se produjo un incremento en las tasas de las primas que se tornaron excesivas, pero dada esta estructura monopólica no era posible obtener una rebaja en dichas tasas.

Paralelamente, los armadores que operaban sus naves desde puertos perfectamente determinados, solían conocerse muy bien. De ahí entonces que a raíz de las tasas de primas excesivas y debido a que los servicios de parte de los aseguradores eran poco satisfactorios, pequeños grupos de armadores decidieron asociarse mutuamente, con el objeto de proveerse en forma recíproca de un seguro, en base local, sin fines de lucro y sujeto a un autocontrol.

El principio que imperaba en estos Clubes o Asociaciones era que cada miembro del grupo de armadores (el Club) convenía en soportar, conjuntamente con los otros miembros del Club, el costo por cualquier reclamo de casco que hubiere sufrido alguno de sus miembros. El reclamo se distribuiría proporcionalmente, en base al tonelaje de la o las naves de propiedad de cada armador. De esta manera, la dispersión de un riesgo individual entre varios armadores, permitía obtener la adecuada seguridad, que de otra forma, sólo podía encontrarse en el mercado de seguros en Londres.

*Cada armador pagaba su cuota proporcional en el reclamo, solamente cuando éste había sido pagado, permitiendo de esta forma una ventaja en los flujos de caja. Del mismo modo, se pudo notar que las investigaciones y controles que era necesario realizar para el adecuado manejo de los reclamos, resultaban ser*

más fácil para los Clubes de cada localidad o puerto, que para los aseguradores con asiento tan sólo en Londres.

Así pues, los Clubes de Casco, resultaron ser todo un éxito, pero en el año 1824, el monopolio de los seguros de casco en Londres fue abolido, aunque continuó existiendo un límite legal sobre el monto de los seguros en que podría cubrirse una nave. Este límite era el valor de la nave más los fletes.

Además, si bien volvió a desarrollarse la industria del seguro de casco, pudiendo colocarse con diversas compañías, los armadores continuaban con el problema derivado de las responsabilidades que en algunos casos podían exceder de los límites legales sobre el seguro de casco. Las responsabilidades que permanecían sin poder asegurarse, eran considerables, como por ejemplo, en los casos de colisión, en que los daños causados a una nave inocente, perfectamente podían exceder el valor de la nave culpable más su respectivo flete.

Asimismo, se presentó un nuevo problema con la Ley denominada Lord Cambell's Act, de 1846, en virtud de la cual se impuso responsabilidad al armador por las lesiones personales y pérdidas de vidas que pudieran afectar a los pasajeros de una nave. Estos riesgos no podían cubrirse en base a una póliza de casco.

Así pues, y basándose en la exitosa experiencia de los Clubes de casco, los armadores vuelven a organizarse sobre la misma estructura "*mutual*", pero esta vez para cubrir la responsabilidad frente a terceros. El primer Club que cubrió este tipo responsabilidad, se estableció en el año 1855, conocido con el nombre de "*Ship Owners Mutual Protection Society*", el cual cubría el exceso de la responsabilidad por colisión y las responsabilidades por las lesiones personales y pérdidas de vidas.

Para nadie es un misterio, que desde esa época hasta la fecha, las circunstancias que pueden dar origen a responsabilidades del armador han ido cada vez más en aumento, y del mismo modo, existe una tendencia mundial en las legislaciones para implementar regímenes de responsabilidad aplicables a las diversas actividades, especialmente las derivadas del transporte aéreo y marítimo, cada vez con más rigor. Surge la concepción de regímenes imperativos, con la consiguiente limitación a los principios de la libertad contractual.

Por otro lado, existe un interés evidente por proteger los derechos y los intereses de terceros, que puedan resultar afectados por la actividad naviera, que se manifiesta tanto en legislaciones nacionales, como en tratados internacionales. De ahí que nos encontramos con normas de carácter imperativo, que se aplican no sólo en el campo del contrato de transporte marítimo, sino también a las responsabilidades derivadas de la navegación, como por ejemplo, la obligación legal de remover los restos náuticos; la responsabilidad en materia de contaminación del mar, etc. Las mismas razones

se han esgrimido para incrementar los límites de responsabilidad que normalmente se han aceptado en el ámbito de la responsabilidad del naviero.

En consecuencia, podemos concluir que resulta difícil concebir hoy en día que un armador con un mínimo de prudencia y sentido de responsabilidad, no tome la precaución de cubrir los riesgos de responsabilidad frente a terceros, derivados de la explotación de las naves, que en la generalidad de los casos se mantiene bajo la forma y operatoria de entidades de carácter mutual, que son los Clubes de Protección e Indemnización.

### 3. ORGANIZACIÓN ESTRUCTURAL

La organización que adoptan estas Asociaciones, se estructura básicamente con el ingreso de sus miembros (armadores) al Club, quienes, en razón de su número y con el objeto de establecer un control lo más eficiente posible, constituyen un Consejo Directivo, encargado de establecer las políticas de aseguramiento y planes de financiamiento. A este Consejo le corresponde pronunciarse, también, *en forma discrecional*, respecto de la admisión o rechazo de ciertos reclamos planteados por sus propios miembros.

El manejo diario de los asuntos de un Club, queda entregado a una sociedad de administración (Managers), quienes lo hacen en condiciones estrictamente profesionales y son responsables del aseguramiento, manejo de los reclamos y de la administración de los fondos del Club. Bajo la dirección de este Administrador se encuentran analistas, abogados y ajustadores de reclamos, etc.

Por último, y dada la especial característica del negocio naviero, los Clubes deben mantener una red mundial de Corresponsales. Para algunos, la naturaleza jurídica de estas personas no es propiamente la de un “agente”, es decir, *“no existe una agencia o incluso una relación contractual permanente entre el Corresponsal y el Club”*. (P. & I. Clubs Law and Practice, de Steven J. Hazelwood. 2nd. Ed. 1994, pág. 28). Más adelante, veremos la trascendencia que tiene este punto. Pero mientras tanto, podemos citar que en las Reglas de un conocido Club de P. & I., en relación con los Corresponsales, se dice textualmente que *“El Club no designa Agentes, pero cuando surjan dificultades en cualesquiera de los lugares que se indican más abajo, se recomienda a los miembros solicitar asistencia a cualesquiera de las firmas siguientes”*.

Sus labores consisten básicamente en asistir tanto al Club, como al miembro, el Capitán, etc. en casos concretos, recogiendo la información en los puertos donde son requeridos, con la ventaja que conocen los usos y costumbres que se aplican en ellos, sus respectivas legislaciones y de esa forma están mejor dotados para asistirlos en la resolución de materias urgentes. Por regla general, los Corresponsales actúan en base a requerimientos e instrucciones específicas, tanto para la asistencia del Capitán de una nave, como para

otorgar Cartas de Garantía, recibir reclamos, manejarlos y discutirlos y transigirlos.

#### **4. RIESGOS CUBIERTOS. LA ESENCIA O PRINCIPIO DE OPERATORIA EN UNA COBERTURA DE P. & I.**

El armador que desee cubrir los riesgos de responsabilidad de una nave, debe registrarla a un determinado Club de P&I, debiendo especificar qué riesgos desea cubrir. Al aceptarse el ingreso por el Club, el Administrador notificará al efecto al Miembro, y la nave se considerará desde ese momento como matriculada (“entered”) en el Club, desde la fecha, y en los términos establecidos en el respectivo Certificado de Ingreso. Lo usual será que tales riesgos sean los que están especificados en las reglas (“Rules”) de cada Club, y todo ello sujeto a las condiciones que se establecen en ellas.

##### **4.1 Breve enumeración de riesgos cubiertos**

Para el propósito de este trabajo, sólo nos interesa hacer una breve enumeración de los riesgos que usualmente se cubren por los Clubes de P&I, que entre otros, son los siguientes:

- a) Responsabilidad por lesiones personales y muertes de pasajeros, tripulantes y otros terceros que puedan verse afectados por las operaciones de una nave, como por ejemplo, operarios que ejecutan labores de carguío y estiba en los puertos y/o a bordo de las naves.
- b) Reclamos de la tripulación derivados de enfermedades, desempleo por causa de naufragios; costos de repatriación; costos de reemplazo o sustitución; pérdida de efectos personales; gastos a causa de desertores, polizontes, y personas rescatadas en el mar.
- c) Responsabilidad por daños derivados de colisión con otras naves. En estos casos, el reembolso dependerá de las condiciones en que se haya pactado el seguro del casco, ya que en la mayoría de los casos, este riesgo se cubre en forma compartida: 3/4 los aseguradores de casco y 1/4 el P. & I.
- d) Responsabilidad por los gastos de remoción de restos náufragos.
- e) Responsabilidad por daños a objetos fijos o flotantes que no sean naves.
- f) Responsabilidad por contaminación de las aguas del mar.
- g) Los costos legales de defensa respecto de reclamos cubiertos por el P&I.
- h) Responsabilidad por daños y pérdidas de cargamentos.
- i) Gastos extraordinarios derivados de cuarentenas.
- j) Responsabilidad derivada de contratos de remolque.
- k) Responsabilidad derivada de contratos de arrendamiento de grúas, lanchones, u otros elementos de carga y descarga.
- l) Proporción de la contribución de cargamentos en Avería Gruesa, que no sea recuperable en razón de un incumplimiento del Contrato de Transporte.
- m) Proporción de la contribución en Avería Gruesa de la nave, cuando no es recuperable en razón del valor contribuyente de ésta.
- n) Multas por contrabando del Capitán, tripulación, etc.

La mera lectura de los riesgos antes enumerados, nos permite concluir que no todos se refieren a la responsabilidad civil propiamente tal, sino que implican un desembolso para el naviero, con motivo de eventualidades que se presentan durante la navegación, a las cuales necesariamente hay que hacerles frente y asumirlas, como por ejemplo, los gastos por repatriación de un tripulante que se enfermó y los gastos de traslado de su reemplazante; los de repatriación de un polizón; los derivados de una cuarentena; los gastos de desviación de una nave, para llevar a puerto a náufragos rescatados en alta mar, etc.

## 4.2 Algunas condiciones para hacer efectivo el seguro

Como resulta obvio en materia de seguros, para que proceda el pago de la indemnización respectiva, es necesario que, desde luego, haya ocurrido un acontecimiento o evento debidamente cubierto, que para estos casos, se especifica en las Reglas del Club. Sin embargo, dichas Reglas contemplan algunas condiciones que están elevadas a la categoría de “*Condición Pre-existente*”, sin cuyo cumplimiento o verificación, aún cuando los perjuicios deriven de un evento cubierto, el reclamo resulta improcedente, o sea, el miembro no tendrá derecho a recabar del Club, las sumas que hubiere pagado en razón de su responsabilidad;

Entre estas condiciones pre-existentes, se pueden mencionar, las siguientes:

- 2.1. La clasificación de la nave en una Sociedad Clasificadora aprobada por los Administradores del Club, y la obligación de mantener dicha clasificación, durante todo el período de cobertura;
- 2.2. Haber pagado oportunamente las primas o contribuciones por la cobertura de cada una de las naves que el armador tenga ingresada en el Club;
- 2.3. El incumplimiento de obligaciones de un contrato de transporte marítimo, que derive o constituya un acto doloso o temerario o una falta del Miembro, como por ejemplo, permitir que la nave opere en condiciones de innavegabilidad y por lo cual el Miembro deba responder;
- 2.4. Enviar la nave para ejecutar viajes o emplearla en zonas consideradas inseguras, no adecuadas o que involucren riesgos extraordinariamente peligrosos; etc.;
- 2.5. El miembro no debe admitir o reconocer responsabilidad, debe adoptar todas las medidas para proteger sus intereses ya sea antes, durante o después de ocurrir el evento que pueda originar un reclamo al Club, como si no hubiese estado asegurado (Regla del *Prudent Uninsured*).

## 4.3 Algunas exclusiones típicas

Sin perjuicio de las condiciones pre-existentes ya referidas, las reglas de la mayoría de los Clubes de P. & I. incorporan algunas normas de la Marine Insurance Act de 1906 (Ley de Seguro Marítimo Inglesa), que constituyen requisitos o exclusiones según sea el caso.

#### 4.4 Innavegabilidad

Al igual como ocurre en los seguros de casco de naves, las reglas de los Clubes contemplan la garantía de navegabilidad de la nave al momento en que es ingresada a la Asociación o Club, y en algunos casos dicha garantía se mantiene durante todo el período del contrato. Una manera concreta de hacer efectiva esta garantía, es a través de la exigencia de mantener la nave debidamente clasificada en alguna sociedad clasificadora de naves, debidamente aprobada por la Asociación.

#### 4.5 Conducta dolosa del asegurado

También se establece como exclusión de cobertura, la pérdida o daño que sea atribuible a la conducta dolosa del asegurado, la cual, si no está expresamente contemplada en las Reglas de los respectivos P. & I. Clubes, se aplicarán de igual forma si han incorporado las disposiciones de la Marine Insurance Act de 1906. En nuestro país, la eventual cobertura derivada de un acto doloso del propio asegurado, sería nula por adolecer de objeto ilícito.

Esta conducta dolosa, tiene especial aplicación respecto de aquellos casos en que un asegurado realiza actos tendientes a hundir deliberadamente su nave, a fin de cobrar el importe del seguro del casco. Paralelamente, y como consecuencia de dicho acto, se pueden ocasionar daños a terceros, como por ejemplo, causar la pérdida total del cargamento que pudiera encontrarse a bordo de la nave o bien si se producen daños por contaminación a raíz del mismo hecho. En tales circunstancias, el Club tendrá derecho a rechazar el eventual reclamo por la responsabilidad del armador por la pérdida de ese cargamento.

#### 4.6 Reticencias y falsificaciones

Es un principio fundamental que el seguro se basa en la buena fe, y en materia de seguros marítimos, se reafirma dicho principio al establecerse que el contrato de seguro marítimo es un contrato basado en la “máxima buena fe”, de tal modo que si alguna de las partes no cumple con esa obligación, el contrato puede ser anulado por la contraparte.

El artículo 556 N° 1 del Código de Comercio Chileno señala que el asegurado está obligado a **“declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos”**, y el artículo 1176, ubicado en el párrafo de los Seguros Marítimos, complementa dicha norma señalando que **“en el caso de las obligaciones señaladas en el N° 1 del artículo 556, el asegurado deberá informar cabalmente al asegurador, antes de perfeccionarse el contrato, de toda circunstancia relativa a los riesgos que se propone asegurar y que sea conocida por dicho asegurado.”**

Sobre el particular, un P. & I. Club podría rechazar un reclamo presentado en su contra por el armador asegurado, si este último incurrió en una falta al deber de revelación o declaración de hechos fundamentales que pudieran afectar la apreciación del riesgo al momento en que éste es asumido por el Club. En estrecha relación con esa obligación de revelar todo lo que sea “*fundamental*” para la adecuada apreciación y evaluación de los riesgos, están las reticencias, que se aplican a los seguros generales, y por ende también a los seguros marítimos.

Al respecto, debemos considerar la sanción establecida en el artículo 557 N° 1 del Código de Comercio Chileno que señala que el seguro se rescinde “*por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones*”.

Tanto los seguros de casco como los seguros de protección e indemnización contemplan este deber de revelación, en términos tales que en el caso de un Club de P. & I., este puede rechazar el ingreso de la nave a la Asociación o puede cancelar el contrato de seguro ya existente si se determina que la persona que solicitó ingresarla para obtener las coberturas de responsabilidad pertinentes, incurrió en alguna falsedad o reticencia sobre cualquier aspecto o detalle de carácter esencial o información relacionada con dicha solicitud para el ingreso de la nave a la Asociación, como por ejemplo si la nave estaba clasificada o si había perdido esa condición, y los motivos de ello, zonas de navegación en las cuales se ha empleado, año de construcción o tonelaje, etc., con la particularidad que la cancelación se produce con efecto retroactivo al día anterior a la fecha en que se ajustó el seguro.

## **5. PRINCIPIO DE OPERATORIA ESENCIAL EN UNA COBERTURA DE P. & I.**

Partiendo de los supuestos que el Miembro o armador asegurado ha cumplido con las condiciones pre-existentes, y que los daños, perjuicios, gastos, etc., que se hayan ocasionado a terceros o en que haya debido incurrir, han sucedido por alguno de los riesgos previstos en las Reglas, debe verificarse, por norma general, lo que constituye la esencia en una cobertura de P. & I., esto es, que el Miembro sea declarado responsable por dichas pérdidas, daños, gastos y costas resultantes de algún riesgo cubierto, y para los cuales la nave fue debidamente ingresada, en cuyo caso tiene derecho a recuperar del Club las sumas que haya pagado previamente por las responsabilidades en que haya incurrido.

En consecuencia, el Club queda obligado a pagar cuando el Miembro ha sido declarado responsable de pagar, y que de hecho haya pagado. De aquí surge la afirmación que este tipo de seguros de P. & I. es un típico contrato de seguro de daño, tendiente a amparar la integridad patrimonial del asegurado, y por

regla general opera por la vía del reembolso, al cual se le aplica el aforismo “*pay to be paid*”, es decir, pagar para ser pagado.

Sin embargo, en la práctica, y por razones de evidente economía, los Clubes suelen anticiparse a estas exigencias, autorizando la transacción de un reclamo entre el miembro asegurado y el tercero, colocando a disposición del armador o pagando directamente la suma a indemnizar. Con ello, se evitan los mayores costos de un litigio y se favorece la situación patrimonial del miembro, al evitar que éste haya debido desembolsar previamente la indemnización convenida.

## **5.1 Los privilegios marítimos y los servicios que otorgan los P. & I. Clubs a sus asociados o asegurados**

Anteriormente hemos enumerado brevemente los riesgos que suelen cubrir los P. & I. Clubs. Una rápida lectura a dichos riesgos, nos permite comprobar que la gran mayoría de ellos tienen su origen en las obligaciones que de suyo se generan con motivo de la explotación de una nave, las que coinciden con lo que constituyen créditos privilegiados sobre la misma.

En efecto, una de las particularidades del derecho marítimo, es que los créditos que se puedan originar con motivo de la navegación o explotación comercial de la nave, dan origen a un privilegio sobre la misma, que según nuestro ordenamiento legal, llevan aparejado un derecho de persecución, que autoriza al titular del privilegio para arraigar o retener la nave en poder de quien se halle, y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores, según el orden establecido en la ley.

Los privilegios marítimos están regulados en los artículos 839 y siguientes del Código de Comercio Chileno, y en particular, los artículos 844 y 846 de dicho Código, enumeran los créditos privilegiados sobre la nave, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: las remuneraciones y beneficios que se derivan del contrato de embarco de la dotación de la nave; indemnizaciones que se adeuden por muerte o lesiones corporales de los dependientes derivados de un accidente que tenga relación directa con la explotación de la nave; derechos y tasas de puertos; gastos y remuneraciones por auxilios en el mar y por contribución en avería gruesa; las indemnizaciones por daños, pérdidas o averías causados a otras naves, a las obras de puertos, muelles y los perjuicios por lesiones corporales a los pasajeros y dotación de esas otras naves; créditos originados por contratos de pasaje, fletamento o transporte de mercancías, incluyendo las indemnizaciones por daños, mermas y faltantes en cargamentos y equipajes y los perjuicios por contaminación o derrame de hidrocarburos u otras sustancias nocivas, etc.

Por su parte, el artículo 843 establece que “*el titular del privilegio, en ejercicio de su derecho de persecución, podrá solicitar la retención o arraigo de la nave en*



*cualquier lugar donde ella se encuentre, de conformidad con las normas del párrafo 5º del Título VIII de este Libro”.*

En términos generales, podríamos señalar que esta característica de los créditos marítimos se encuentra reconocida en las legislaciones de la mayoría de los países, y en tratados internacionales. La nave es un bien de capital esencialmente *“movible”*, y para su adecuada explotación, el armador se esmera en que ella esté la mayor parte del tiempo navegando, ojala a su máxima capacidad de carga, y que su permanencia en los puertos sea el mínimo posible, tan solo para descargar y embarcar nuevas mercancías para conducir las a un nuevo destino.

Paralelamente, la ley reconoce a los acreedores del naviero el derecho de hacer efectivos sus créditos sobre la misma nave, mediante el privilegio y el consiguiente derecho de persecución, pero para no entorpecer esa necesidad de permanente *“movilidad”*, ha establecido mecanismos para sustituir o subrogar en forma real el privilegio que recae sobre la nave, en otras garantías, ya sean de carácter personal o real.

Traemos a colación estas consideraciones, pues ellas explican en parte los fundamentos de las **“Cartas de garantía”** que examinaremos más adelante, que los P. & I. Clubs suelen emitir, en sustitución del arraigo o retención de una nave determinada, o bien para evitar dichas medidas, y que en Chile, en virtud de una disposición legal expresa, pueden dar origen a una acción directa en contra del Club de P. & I. que haya emitido la Carta de Garantía. Esto guarda estrecha armonía con el efecto de emitir la carta, ya que según lo dispuesto en el inciso final del art. 1236 del Código de Comercio, *“la garantía que se otorgue subrogará a la nave como objeto exclusivo del privilegio respectivo”*.

## **5.2 Cartas de Garantías o “Letters of Undertaking”**

### ▪ *Naturaleza jurídica*

Uno de los servicios más destacados que suelen proporcionar los P. & I. Clubs a sus Miembros, es el de otorgar **“Cartas de garantía”**, conocidas como **“Letter of Undertaking”** o **“Club Letter”**, en virtud de las cuales el Club asume una obligación directa en favor de un tercero reclamante, a condición que este último libere una nave retenida o arraigada, o bien que se abstenga de arraigarla, haciéndose responsable de pagar lo que las partes acuerden mediante transacción o lo que el tribunal competente determine que corresponde pagar en favor de ese tercero, por alguna responsabilidad que afecta al armador de una nave ingresada en dicho Club, con motivo del evento que dio origen al reclamo. Tal como lo hemos anticipado al referirnos a los privilegios marítimos, las cartas de garantía surgieron como una necesidad de los armadores, para liberar sus naves del efecto paralizador que producía sobre éstas, el ejercicio de acciones *“in rem”* o de créditos privilegiados sobre las mismas, en diversas partes del mundo, al amparo de distintas legislaciones.

En algunos casos, los reclamantes pueden manifestarse renuentes a aceptar una garantía nominal, en sustitución de la nave retenida o arraigada por decreto judicial, que es una garantía real.

De ahí la necesidad de contar con un sistema eficaz que otorgue garantías a los reclamantes, en el sentido que su demanda será debidamente satisfecha una vez que se establezca la responsabilidad y obligación de pagar una determinada suma de dinero, en virtud de una sentencia ejecutoriada.

Con tal objeto, se puede requerir una boleta bancaria de garantía, normalmente emitida por un Banco de la plaza correspondiente a la jurisdicción del tribunal que ha decretado la retención o arraigo de una nave. Este tipo de garantías tiene un costo financiero, que según el monto de los respectivos reclamos, puede traducirse en sumas de gran consideración.

Por todo ello, surgió esta necesidad de buscar un garante o fiador lo suficientemente solvente, y que al mismo tiempo estuviera en condiciones de emitir una garantía a un costo muy reducido, o simplemente sin costo alguno para el sujeto garantizado. También cabe señalar que este servicio de otorgar la carta de garantía opera incluso en situaciones en que aún no se ha trabado el arraigo o retención de la nave, pero existen los presupuestos de un reclamo que autoriza dicha medida, y a fin de evitar sus inconvenientes y gastos inherentes de un arraigo judicial, el Club se allana a otorgar también una carta de garantía en estos casos.

Cabe agregar que el Club accede a otorgar la garantía sólo una vez que ha verificado que el incidente que ha dado origen al arraigo o eventual arraigo está debidamente cubierto por las Reglas, y que el miembro está al día en el pago de sus cuotas o primas. El texto más o menos estándar de una Carta de Garantía es el siguiente:

*“En consideración a que usted se abstenga de arraigar o de otra forma retener la nave individualizada más arriba, o cualquier otra nave o bien de la misma propiedad, o bajo la misma administración o control, en relación con su reclamo por las pérdidas y daños ocasionados, derivados del mismo incidente ocurrido en < >, con fecha < >, el suscrito, debidamente autorizado y en representación del asegurador de responsabilidad de la referida nave, el < > P. & I. Club por el presente instrumento se compromete a pagarle a usted, al ser requerido, la suma que, incluyendo intereses y costas, se llegue a establecer como adeudada a usted en virtud de una transacción entre usted y los armadores de la nave < > o en virtud e una sentencia firme o ejecutoriada dictada por los tribunales competentes de la ciudad de < >, todo ello sujeto a la condición que nuestra responsabilidad en virtud de esto no excederá de la suma total de <US >, incluyendo intereses y costas. Esta Carta de Garantía se otorga sin perjuicio de las excepciones, defensas y derechos (incluyendo el derecho a limitar responsabilidad) que pueda hacer valer el Armador de la nave en relación con el incidente y no podrá interpretarse como un reconocimiento de responsabilidad del Armador en el incidente”.*

- *Ventajas y efectos de la carta de garantía*

La emisión de un “*Club Letter*” presenta diversas ventajas. Por de pronto, se trata de una **obligación directa** que asume el Club en favor del reclamante, sujeto por cierto a las condiciones que hemos mencionado más arriba, que **tiene el carácter de garantía**, o sea, es un medio que queda a disposición del acreedor ante la posible insolvencia del deudor, y que se declare por sentencia ejecutoriada de un tribunal competente la obligación del asegurado.

Aunque históricamente han existido casos de incumplimiento por insolvencia de un Club, ellos han sido muy escasos, y de hecho, los Clubes de P. & I. son instituciones solventes, administradas con criterio técnico, que además están reaseguradas, y por lo tanto, están en condiciones de cumplir el compromiso que asumen al suscribir un Club Letter, y de hecho se han prestigiado en el transcurso de los años al haber honrado su palabra empeñada en las Cartas de garantía. De paso, cabe señalar que los Clubes de mayor prestigio y solvencia están agrupado en el denominado “*International Group of P. & I. Club*”, y son reconocidos internacionalmente, de un modo especial, por las autoridades de los diversos países que tienen a su cargo el control de la contaminación marina, las cuales reconocen como suficientes los certificados que dan cuenta de los seguros obligatorios que se exigen a las naves para cubrir la responsabilidad civil por contaminación.

Por tratarse de una obligación directa que asume el Club, la suma que éste se puede ver obligado a pagar, queda en todo caso limitada al monto por el cual se emitió la carta de garantía, y ella *cede en beneficio exclusivo del reclamante en cuyo favor se otorgó*, de tal manera que en los casos de quiebra o liquidación de bienes del armador, los demás acreedores del mismo, no pueden pretender hacer efectivos sus créditos sobre las sumas que debe pagar el Club, como consecuencia de haber emitido una carta de garantía.

Como vemos, al constituirse el Club en obligado directo respecto del tercero, correlativamente nace para éste una acción directa en contra de aquél, la que de no haber mediado la carta de garantía, no habría nacido a la vida jurídica, (precisamente por el principio del efecto relativo de los contratos, en virtud del cual estos afectan sólo a los contratantes, y más específicamente, por la aplicación de la cláusula “*pay to be paid*” inherente a los seguros de P. & I., a menos que la ley específicamente haya contemplado este tipo de acción.

Al nacer una acción directa del tercero en contra del Club, aquél se encuentra en una situación jurídica más ventajosa que la del propio asegurado, cuando intenta reclamar el reembolso de lo que hubiere pagado a un tercero afectado.

Efectivamente, al constituirse el Club en un obligado directo, no puede oponer al tercero, beneficiario de la carta de garantía, las excepciones propias del contrato de seguro que sí podría oponer al miembro asegurado, en caso que este último ejercitare su acción en contra del Club, requiriendo el reembolso de lo pagado a un tercero afectado.

La situación reviste gran importancia, ya que entre esas excepciones, propias del contrato de seguro, podemos encontrar la infracción a la garantía de buen estado de navegabilidad y de la obligación de mantener la nave debidamente clasificada; incumplimiento de la obligación de actuar como un “*prudente no asegurado*”; defensa no adecuada o sin la supervisión o conocimiento del Club; conducta dolosa o temeraria del asegurado, etc. En todos estos casos, el Club está impedido de oponer estas excepciones al tercero. Ahora bien, *esta acción directa contra el Club se puede ejercer sólo una vez que el Miembro ha sido declarado responsable*, por sentencia ejecutoriada, lo cual implica que dicha acción está sujeta a una condición suspensiva, que lo distingue claramente de la acción directa establecida en la ley, según veremos en los números siguientes.

- *Situación especial de la Acción directa y las Cartas de Garantía emitidas en Chile*

#### a) Fundamento de la acción directa

Según se analizará más adelante, en la generalidad de las legislaciones marítimas, la acción directa propiamente tal, está prevista para los casos puntuales de responsabilidad por derrames de hidrocarburos de naves, como consecuencia de la exigencia del seguro obligatorio, más no así respecto de otras circunstancias que dan origen a responsabilidad del armador.

Sin embargo, la legislación chilena contempla un caso especial (distinto de la acción directa en materia de contaminación), en el artículo 1201 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: “*Sólo en los casos en que un asegurador de responsabilidad otorgue una garantía para cubrir la responsabilidad del asegurado, podrá ser demandado directamente por el tercero a cuyo favor se ha emitido dicha garantía*”. El inciso segundo agrega que “*Lo anterior no rige en caso que el asegurado tenga derecho a limitar su responsabilidad y el asegurador de ella hubiere constituido el fondo respectivo de limitación*”.

Esta norma, que reconoce la acción directa, se encuentra en el Libro III del Código de Comercio, dentro del Título VII que trata de los seguros marítimos, y en consecuencia, sólo es aplicable a los seguros de responsabilidad marítimos, principalmente a aquellos referidos en el N° 4 del artículo 1160 de dicho Código, que señala que los seguros marítimos pueden versar sobre “*la responsabilidad de una nave u otro objeto, por los perjuicios que puedan resultar frente a terceros como consecuencia de su uso o navegación*”.

En consecuencia, cuando un P. & I. emite directamente o por intermedio de su Corresponsal una carta de garantía con motivo del arraigo de una nave en Chile, o para impedir que se produzca tal arraigo, la ley establece la acción directa, con la particularidad que en este caso, el código chileno autoriza a entablar la acción inmediatamente, sin necesidad de esperar la condena del armador en un juicio previo. Podemos afirmar entonces que el fundamento de

la acción directa del art. 1201 del Código de Comercio es la propia ley, por lo que no es necesario buscarlo en teorías como la “*estipulación a favor de otro*” bajo el supuesto que en el contrato de seguro de responsabilidad harían el asegurador y asegurado a favor de un tercero, que sería la víctima. Lo que salta a la vista, es que mientras no se haya emitido la Carta de Garantía, tal acción directa no ha nacido a la vida jurídica, lo cual difiere en materias de contaminación, según se explicará más adelante. Pero una vez otorgada ella, nace el derecho de la acción directa, que como hemos señalado tiene su fundamento además, en el carácter sustitutivo que tiene la carta de garantía, respecto del privilegio que afecta a la nave, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1236 del Código de Comercio.

Por tratarse de una garantía nominal a favor del tercero, la Carta de garantía adquiere vida propia, y el Club no puede oponer al tercero las excepciones que emanan del contrato de seguro, que podría hacer valer en contra del asegurado, pero la víctima sí está constreñida por dos circunstancias, a saber, la primera, que debe respetar el monto de la garantía, de manera que si en definitiva sus perjuicios resultan ser mayores al monto de la misma, deberá exigirlos al armador, a menos que el reclamante haya solicitado oportunamente el aumento del monto de ella, y en segundo lugar, que se haya declarado la responsabilidad del armador asegurado, y éste haya sido condenado al pago de una determinada suma, con motivo del incidente que dio origen a la emisión de la Carta de garantía.

Para algunos, el fundamento de la acción directa es la solidaridad, argumento que debemos descartar, porque según nuestro derecho, para que exista solidaridad, se requiere un acuerdo expreso de las partes o un texto expreso de la ley que la establezca, y ninguna de estas dos circunstancias se dan en este caso. Asimismo, según el artículo 1511 del Código Civil chileno, lo propio de la solidaridad es que en virtud de ella, se puede exigir a cada uno de los deudores el total de la deuda, circunstancia que no sería posible aplicar al Club que otorgó la Carta de garantía, si los daños exceden su monto. Además, el artículo 1522 del Código Civil señala que el deudor solidario que paga la deuda, queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

En el caso del Club que ha pagado directamente a la víctima que hizo efectiva la Carta de garantía, no cabría tal subrogación, pues en el fondo, si el reclamo estaba debidamente cubierto por la Reglas del Club, está cumpliendo con una obligación que tenía también para con su asegurado.

b) Necesidad de establecer la responsabilidad del miembro (armador asegurado)

Hemos señalado que a pesar de la acción directa que el art. 1201 concede al reclamante, éste debe cumplir con dos requisitos: probar la responsabilidad del armador asegurado, y respetar los límites de la garantía. La pregunta que

surge entonces es cuál es la oportunidad para acreditar esa responsabilidad. ¿Debe ella establecerse en un juicio previo al ejercicio de la acción directa contra el Club, o puede hacerse en un solo procedimiento?, y en este último caso, ¿Debe emplazarse también al asegurado responsable, o basta con seguir la acción únicamente contra el Club? ¿Qué sentido tiene la acción directa, si de todos modos el armador debe ser condenado?

Respondiendo en primer lugar a esta última interrogante, debemos indicar que hay una ventaja evidente para aquellas situaciones en que existen dudas sobre la solvencia del armador, ya que se podría seguir un juicio en su contra, en forma previa, y durante su curso podría ser declarado en quiebra, con los inconvenientes que ello acarrea. En cambio, si desde un comienzo se involucra al Club, la sentencia que se dicte le será vinculante desde un primer momento, sin que posteriormente pueda formular excepciones, cuando se intente hacer efectiva la garantía.

El problema radica entonces en determinar si para probar o acreditar la responsabilidad del armador asegurado basta con hacerlo en un procedimiento seguido solamente contra el Club, o si se le debe demandar necesariamente en un juicio previo o en el mismo procedimiento que se inicie en contra del Club.

Si la respuesta fuera esta última, creemos que en la práctica, la acción directa no tendría sentido alguno, porque en definitiva lo único que perseguiría tal acción, sería el obtener la ejecución de la garantía, circunstancia que cronológicamente es incompatible con la existencia de la acción directa.

Dado lo anterior, la interrogante que resta por responder es si el procedimiento de la acción directa contra el Club debe seguirse o no con el emplazamiento al juicio del armador asegurado. ¿Puede un tribunal declarar la responsabilidad de éste sin que haya sido válidamente emplazado?. A la luz de nuestra legislación, parece repugnar con los principios generales del derecho, y en particular con el derecho al debido proceso y al del ejercicio de la debida y oportuna defensa, que una persona pueda ser declarada responsable, sin que haya tenido la oportunidad de demostrar lo contrario.

Así las cosas, creemos que el reclamante, fundado en los artículos 17 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, debería entablar en un solo procedimiento, dos acciones. Una, en contra del armador para que se declare su responsabilidad y se le condene al pago de los perjuicios, y otra acción, en contra del Club, para que se declare que la responsabilidad del armador está cubierta o amparada por la Carta de Garantía, y que habiéndose condenado al armador, procede que el Club cumpla con la obligación de pago derivada de esa garantía. Se trataría de acciones que emanan directa e inmediatamente de un mismo hecho (el que da lugar a la responsabilidad), pero cada una en contra del armador y el Club, produciéndose cosa juzgada entre las partes respecto del hecho fundamental de la responsabilidad y la condena de pago consiguiente.

Desde el punto de vista del propio Club, esta alternativa le permite asumir directamente la defensa del caso, con todas las ventajas que ello implica, especialmente en lo que se refiere a su conocimiento sobre la mejor forma de defensa ante este tipo de acciones que tienen por fundamento un derecho o legislación extraordinariamente especializada.

### c) Dificultades de emplazamiento del Club

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que, atendida la naturaleza de la acción directa, es necesario emplazar válidamente en juicio al Club, el cual, por regla general, no cuenta con un representante habilitado para ello, salvo en el lugar donde la respectiva Asociación tiene su domicilio.

Como ya hemos mencionado al comienzo, los Corresponsales no son agentes, y actúan por cuenta de los Clubes en base a instrucciones específicas, a medida que se hace necesaria su intervención con motivo de algún accidente o requerimiento determinado, por lo que difícilmente, y desde un punto de vista de la legislación procesal civil, dicho Corresponsal podrá estar legitimado pasivamente para emplazar válidamente, por su intermedio, al respectivo Club.

Si bien de acuerdo con la legislación chilena, el mandato, por regla general, es consensual, existen algunas excepciones a este principio, entre las cuales se cuenta precisamente el mandato judicial, que es solemne en cuanto debe otorgarse por escritura pública o mediante una declaración escrita del mandante, autorizada por el Secretario del Tribunal que esté conociendo de la causa. Más aún, en el mismo mandato, el poderdante podría limitar las facultades judiciales del mandatario, excluyendo expresamente las que se refieren a la legitimación pasiva.

En esta materia, si nos atenemos estrictamente a la legislación chilena, la solución habría que buscarla, precisamente, mediante una modificación legal a semejanza de lo que en un comienzo fue el artículo 45 de la Ley de Navegación, y que posteriormente se consagró en el Código de Comercio en el Art. 922, en virtud del cual se declaró expresamente que el Agente de Naves tiene representación suficiente para actuar en juicio, activa o pasivamente, por el Capitán, dueño o armador de la nave a quienes represente, en todo lo que se refiere a su explotación, por el sólo hecho de solicitar su atención ante la Autoridad Marítima.

Se trata de un Mandato legal forzoso, que es irrenunciable por las partes. Mientras no opere esta solución por vía legislativa, la única alternativa posible, será exigir del Club que junto con emitir la Carta de Garantía, otorgue un mandato irrevocable al Corresponsal respectivo o a otra persona con domicilio en el lugar del juicio o donde ocurrieron los hechos, según sea el caso, con facultades suficientes para representarlo en juicio.

Un capítulo aparte sería necesario para analizar los problemas derivados de la ejecución de la sentencia condenatoria, dictada en el procedimiento en el cual

se ejerció la acción directa contra el Club. Sin embargo, según lo hemos destacado más arriba, los Clubes de P. & I. honran y cumplen su palabra empeñada en las Cartas de garantía, y cuando no han logrado una transacción con el reclamante, están prontos a dar cumplimiento a una sentencia condenatoria, en el más breve plazo.

## **6. LEGISLACIÓN SOBRE CONTAMINACIÓN MARINA EN CHILE**

### **6.1 Introducción**

Hemos querido abordar este tema, porque los Clubes de P. & I. han sido protagonistas relevantes en desarrollar respuestas adecuadas, en su condición de aseguradores de la responsabilidad de los armadores, en materia de contaminación marina.

Han transcurrido ya 40 años desde el desastre ambiental causado por el buque tanque *“Torrey Canyon”*, que varó en las islas de Scilly y Lands End, frente a la costa inglesa, el 18 de Marzo de 1967, derramando unas 60.000 toneladas de hidrocarburos. Después de este siniestro a la fecha, podríamos hacer una larga lista de desastres ecológicos, ocurridos en diversas latitudes del orbe.

El accidente del *“Torrey Canyon”* puso la alarma mundial sobre la necesidad de resguardar el interés público de preservación del medio ambiente marino, que se encuentra comprometido con motivo de la navegación, dando origen a una nueva legislación más eficiente para hacer frente a este tipo de desastres. Así fue como se llegó a establecer un sistema, que para algunos tiene la naturaleza de responsabilidad objetiva, y que para otros constituyen un régimen de responsabilidad en base a presunción de culpa.

Al mismo tiempo, se fijaron límites de responsabilidad y fondos de limitación de carácter exclusivo, por montos muy superiores a los que se aplicaban a la generalidad de los créditos marítimos en el ámbito de las diversas legislaciones del mundo. De ahí también que la ley fijó la obligación del armador de mantener en todo momento una garantía para cubrir los daños derivados de la responsabilidad por derrames de hidrocarburos.

A nivel internacional, una de las primeras respuestas al problema, se consagró con la suscripción del *“Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos”*, suscrito en Bruselas el 29 de Noviembre de 1969, el cual entró en vigor el 19 de junio de 1975.

### **6.2 Marco de la legislación chilena**

Al desarrollar este tema, debemos tener en cuenta que Chile ratificó en el año 1977 diversos Convenios Internacionales relacionados con la contaminación



marítima, y en particular el citado *“Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos”*, suscrito en el año 1969, conocido comúnmente como la Convención sobre Responsabilidad Civil del año 1969 (CRC). Dicho Convenio Internacional fue promulgado por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N°475 del 12 de Agosto de 1977, y publicado en el Diario Oficial (D.O.) del 8 de Octubre del mismo año. Posteriormente, se promulgó el Decreto Ley N° 2.222, que sustituyó íntegramente el texto de la Ley de Navegación (LN), publicado en el DO del 31 de Mayo de 1978.

Entre los fundamentos del Mensaje con el cual se acompañó el respectivo proyecto de ley, se mencionó que era necesario poner al día las disposiciones de la LN, considerando entre otras cosas, las nuevas instituciones destinadas a enfrentar los problemas que la tecnología y la preservación del Medio Ambiente marino han venido creando en las últimas décadas.

De hecho, el texto de la Ley incorporó un nuevo título, el Título IX denominado *“De la Contaminación”*, indicándose en el Mensaje presidencial que *“puede decirse que en estas materias es donde el proyecto da con más claridad un firme paso adelante, enfrentando con rigor toda la problemática de la contaminación de las aguas y la necesidad de preservar el ecosistema marino”*.

El Mensaje agregaba que considerando la promulgación de tres Convenios internacionales, para prevenir la contaminación por hidrocarburos, para prevenir el vertimiento de desechos y otras materias y sobre la responsabilidad civil de los daños del derrame de hidrocarburos, era necesario *“trasladar a nuestra legislación interna los principios de esos Convenios y determinar las autoridades y los tribunales competentes para las funciones y reclamaciones que todo el nuevo sistema habría de producir”*. Enseguida, con fecha 18 de Noviembre de 1992 se publica en el D.O. el Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática. En el D.O. del 9 de Marzo de 1994, se publica la Ley N°19.300, que aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Por último, en lo que nos interesa para este análisis, debemos señalar que en el D.O. del 16 de Julio de 2003, se publicó el Decreto Supremo (DS) N° 101 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Protocolo de 1992, que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1969 y su Anexo.

### **6.3 Principios fundamentales en materia de responsabilidad civil por contaminación marina**

- *Responsabilidad objetiva*

El principio general es que el sujeto responsable, ya sea el propietario, armador u operador de una nave o artefacto naval responde por los daños derivados de la contaminación causada por los derrames de hidrocarburos y otras sustancias

nocivas, sin consideración a la conducta de ese sujeto. Es decir, si se produce un daño, y se prueba la relación de causalidad entre éste y la fuente contaminante (la nave o artefacto naval), en principio aquél debe responder.

- *Algunas causales de exoneración de responsabilidad*

Frente al rigor del sistema de responsabilidad objetiva, los cuerpos legales han establecido clausulas de exoneración de responsabilidad, taxativamente establecidas en la ley, y cuya prueba corresponde a quien las alega. En efecto, según el texto de CRC modificado por el Protocolo de 1992, el propietario sólo podrá exonerarse de esa responsabilidad, cuando en base al Art. III (2) pruebe que los daños por contaminación fueron el resultado de alguna de las siguientes circunstancias: acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o

- a. Cuando fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o
- b. Cuando fue totalmente causado por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces y otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

El Art. III (3) agrega que si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona.

- *Derecho a limitar la responsabilidad*

Los sujetos responsables tienen derecho a limitar su responsabilidad en base a una cantidad determinada en relación con las toneladas de arqueo de la nave o artefacto naval. En efecto, con respecto a cada acontecimiento la limitación asciende a 2.000 francos/oro por tonelada de arqueo de la nave, teniendo como tope máximo la suma de 210.000.000 francos/oro. Cuando se suscribió el Convenio, esta última cifra ascendía aproximadamente a US\$ 14.000.000.-. (Art. V. 1). Posteriormente, en virtud del Protocolo de 1992, la limitación de responsabilidad se fijó en 3.000.000.- de unidades de cuenta para buque cuyo arqueo no exceda de 5.000 unidades de arqueo, y para las naves que excedan dicho arqueo, por cada unidad de arqueo adicional, se suman 420 unidades de cuenta a las unidades mencionadas, con un tope máximo de 59,7 millones de unidades de cuenta. (Las unidades de cuenta son los Derechos Especiales de Giro que fija el Fondo Monetario Internacional).

Este derecho a limitar la responsabilidad se pierde, si los reclamantes prueban que los daños por contaminación se debieron a una acción u omisión del sujeto

responsable, y que éste actuó con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas que probablemente se originarían tales daños.

En la LN, en cambio, para quebrar el límite basta con probar la falta o culpa del propietario, naviero u operador, según lo dispone el art. 145 inciso 1°, de dicha ley, y los límites de responsabilidad se mantienen en las cantidades que originalmente establecía el CRC de 1969.

▪ *Objeto de la indemnización – El concepto de daño por contaminación*

En la LN no existe una denominación expresa sobre los daños por contaminación y el daño ambiental. Solamente en el artículo 144 N° 5 se indica que “*se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico*”.

El Protocolo de 1992 modificó expresamente el párrafo 6 del artículo I de la CRC, ampliando el concepto de “*daños ocasionados por contaminación*”, entendiéndolo por ellos:

- a) pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse.
- b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños ulteriormente ocasionados por tales medidas.

A su vez, el párrafo 7 del mismo artículo I define las “*Medidas Preventivas*”, entendiéndolo por ellas “*todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación*”.

▪ *Constitución de un Fondo de Limitación*

Para hacer uso del derecho a limitar su responsabilidad, el propietario de la nave debe constituir un fondo por la cuantía a que asciende el límite de su responsabilidad, y este fondo se distribuye, *exclusivamente*, entre los acreedores por daños por contaminación, a prorrata del importe de sus respectivas reclamaciones previamente aceptadas. El fondo podrá constituirse depositando la suma o aportando una garantía bancaria o de otra clase que resulte aceptable con arreglo a la legislación del Estado contratante en que aquél sea constituido y que el tribunal u otra autoridad competente consideren suficiente. (Art. V.3 y 4).

- *Seguro o Garantía Obligatoria*

En el artículo VII del Convenio, se establece la obligación para el propietario de un barco que esté matriculado en un Estado contratante y que transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento, de suscribir un seguro u otra garantía financiera como la garantía de un banco o un certificado extendido por un fondo nacional de indemnizaciones, por el importe a que ascienden los límites de responsabilidad que establece el mismo Convenio. Las naves deben portar a bordo, un Certificado que haga fe de la existencia de este seguro o garantía financiera.

Es interesante destacar que el párrafo 5 del referido Art. VII señala que un seguro u otra garantía financiera no satisfará los requisitos del Convenio si puede cesar sus efectos, por razones distintas del plazo de validez del seguro o garantía especificado en el Certificado que acredite su existencia, antes de haber transcurrido tres meses desde la fecha en que se notifique su término a las autoridades, a menos que el certificado haya sido devuelto a esas autoridades o un nuevo certificado haya sido expedido dentro de ese plazo. Las disposiciones precedentes se aplicarán igualmente a toda modificación que tenga por efecto alterar el seguro o garantía de modo que ya no satisfaga los requisitos de este artículo.

- *Acción directa contra el asegurador*

Para una mayor eficacia en la operación de esta garantía, el mismo Convenio establece en su Art. VII párrafo 8, que se puede interponer directamente cualquier acción en contra del asegurador o de la persona que otorgó la garantía financiera respectiva. Es decir, se establece por la *vía legal* la acción directa en contra de un asegurador, circunstancia que como ya hemos señalado más arriba, es una excepción a los principios generales del derecho, por cuanto lo usual es que sólo el asegurado tenga acción en contra de su asegurador, más no así terceras personas.

En el Convenio se establece que en caso de una acción directa en contra del asegurador, si éste es demandado, podrá, aun cuando el propietario no tenga derecho a limitar su responsabilidad, según el artículo V, párrafo 2, valerse de los límites de responsabilidad que prescribe el artículo V, párrafo 1.

Podrá valerse también de los medios de defensa (que no sean los de quiebra o liquidación de bienes del propietario) que pudiera invocar el mismo propietario.

Además, el demandado podrá invocar la defensa que los daños por contaminación resultaron de un acto doloso del mismo propietario, pero el demandado no podrá ampararse en ningún otro de los medios de defensa que le hubiera sido posible invocar en un proceso entablado por el propietario contra él.

A diferencia de lo que hemos señalado en el párrafo N° 2 de la letra C, más arriba, al analizar la acción directa establecida en el artículo 1201 del Código de Comercio, en el sentido que en nuestra opinión el reclamante *debe* emplazar al armador responsable, el párrafo 8 del Art. VII del Convenio señala que *“El demandado tendrá en todo caso el derecho de exigir al propietario que concorra con él en el procedimiento”*. La misma norma se contempla en el Art. 146 de la Ley de Navegación, es decir, en esta legislación especial, el emplazamiento del armador responsable es sólo una *facultad* del asegurador demandado.

▪ *Comentarios respecto del seguro obligatorio y la acción directa*

Frente al régimen de responsabilidad objetiva aplicable a los daños por contaminación, los Clubes de P. & I., han sido capaces de proporcionar las coberturas que los armadores requerían para ello, de tal modo que en la actualidad es usual que éstos cuenten con dicho seguro.

En este régimen, se ha contemplado el seguro obligatorio, por razones de orden o interés público, con miras a la protección del medio ambiente y a las víctimas o afectados que puedan resultar con motivo de la actividad navegatoria. Ha sido una cuestión de política pública o de Estado, y por ello la legislación ha pretendido garantizar la solvencia de quienes realizan las actividades vinculadas a la navegación por la vía de este seguro.

Una consecuencia lógica de este seguro obligatorio, ha sido la instauración de la acción directa en contra de quién se presenta como garante y/o asegurador del naviero.

Por las mismas razones de orden público es que la propia ley ha establecido que el asegurador no puede hacer valer en contra de las víctimas las excepciones o defensas que aquél tendría en contra del armador asegurado, y que emanan del contrato de seguro propiamente tal.

Así por ejemplo, si bien estos seguros contemplan garantías y condiciones para su otorgamiento y vigencia en el tiempo, como por ejemplo que la nave esté en buenas condiciones de navegabilidad o que esté con su clasificación al día, el hecho de contar a bordo de ella con un Certificado de Garantía emitido por una entidad financiera o por un asegurador, que le permite navegar (ya que de otra forma la autoridad respectiva podría negarle el zarpe) implica que las autoridades y terceros hacen fe de la existencia de dicha garantía, y como existe un interés público de por medio que es necesario resguardar, no se aceptan las excepciones personales que el asegurador podría invocar en contra de su asegurador responsable.

Por otro lado, también debemos considerar que el sujeto responsable en esta materia tiene derecho a limitar su responsabilidad, y cuando intente hacer valer dicho derecho, se encuentra en la obligación de constituir un fondo con cargo al

cual se pagarán los créditos provenientes de reclamaciones por daños por contaminación. Se trata de un fondo especial, que difiere del fondo de limitación que normalmente puede constituir un naviero para limitar su responsabilidad en relación con otras reclamaciones ajenas a la contaminación.

Como vimos en un comienzo, uno de los riesgos que suelen cubrir los Clubes de P. & I. es precisamente este de la contaminación, y por ello es que pueden ser objeto de la acción directa, que está contemplada expresamente en esta normativa.

Sin embargo, la misma disposición señala que en este caso, cuando sea demandado, además de poder invocar los límites de responsabilidad establecidos en el Convenio, puede hacer valer los mismos medios de defensa que podría invocar el propietario de la nave, con excepción de la quiebra o liquidación de bienes, pero no puede oponer como excepciones aquellas que el asegurador habría podido invocar en contra de su asegurado, salvo una, a saber, cuando los daños por contaminación resultaron de un acto doloso del mismo propietario.

Esta defensa, emanada del contrato de seguros, se aceptó a instancias del mercado asegurador de Londres, como una condición imprescindible para poder garantizar u otorgar la cobertura, y ello como una defensa básica para morigerar el temor que les provocaba el hecho que un armador pudiera decidir la destrucción o encallamiento deliberado de su nave, con el objeto de cobrar el seguro de su casco.

Sabemos que en materia de seguros, el principio de la buena fe entre Asegurado y Asegurador, es una cuestión esencial, y precisamente, en resguardo de este principio, los Aseguradores insistieron en que debía contemplarse esta excepción o defensa, en el evento que un tercero afectado por el derrame afectare la acción directa en contra de ellos.

## **7. LA COBERTURA ESPECIAL DE LOS P&I CLUBS RESPECTO DE LOS DAÑOS POR CONTAMINACIÓN**

En el acápite precedente, hemos hecho referencia al sistema de responsabilidad que afecta al naviero o armador con motivo de la contaminación marina. Debemos destacar que el régimen aplicable es de carácter objetivo, y en consecuencia desde el punto de vista de los reclamantes, basta con acreditar el hecho o acontecimiento que dio origen a un derrame que causa contaminación, y la relación de causalidad entre éste y los daños que se reclaman, para que en principio surja la obligación de indemnizar, que recae en el propietario, armador u operador de una nave.

Si el sujeto responsable pretende exonerarse de responsabilidad, debe probar alguna de las causales que con tal objeto están taxativamente contempladas en la legislación.

De ahí que los P&I Clubs han desarrollado coberturas para amparar la responsabilidad de los miembros que tengan ingresadas o matriculadas sus naves en la respectiva Asociación.

Para una mejor comprensión, transcribiremos de una traducción libre del autor respecto de la Regla sobre responsabilidades por contaminación de un Club, cuyo tenor es el siguiente:

▪ *Regla sobre Responsabilidades respecto de contaminación*

1. La Asociación indemnizará al miembro por las responsabilidades, gastos y costas establecidos en los sub párrafos 1 al 5 siguientes cuando y hasta el límite que ellos hayan sido causados por o incurridos a consecuencia de un escape o descarga de hidrocarburos transportados como cargamento, combustibles, lubricantes, petróleo diesel y otros contaminantes, o por la amenaza del escape o descarga de ellos desde la nave matriculada, siempre y cuando:

- A menos que se haya aprobado de otra forma por la Asociación, no habrá lugar a recuperar de la Asociación respecto de dichas responsabilidades, gastos y costas que habrían sido admisibles en avería gruesa, de acuerdo con las Reglas de York y Amberes de 1994;
- A menos que se haya determinado de otra forma por la Asociación y a su discreción, no habrá recuperación respecto de cualquier responsabilidad por pérdidas, daños, gastos y costas derivados de o a consecuencia de una descarga o escape, o de una amenaza de tal descarga o escape o de la presencia de cualquier sustancia, material, producto, o desecho determinado o considerado como peligroso, en cualquier depósito, sitio o instalación de almacenaje o depósito, ya sea que dicha sustancia, material, producto o desecho haya sido previamente transportado como carga, combustible o depósito en una nave ingresada o matriculada.

a) *Daños a terceros.* Responsabilidad por compensación pagadera a un tercero derivada de los daños causados por un escape o descarga de hidrocarburos o de otros contaminantes.

b) *Costos de limpieza.* Los costos de cualquier medida razonablemente adoptada con el objeto de evitar, minimizar o limpiar cualquier contaminación y/o pérdidas o daños, incluyendo aquellos a la propiedad derivados de las medidas adoptadas.

c) *Costos preventivos.* Los costos de las medidas razonablemente adoptadas para prevenir el peligro inminente de un escape o descarga de hidrocarburos o de otros contaminantes.

- d) *Convenio*: Responsabilidad por pérdidas, daños o gastos por los cuales el miembro sea responsable como parte contratante, en un convenio relacionado con la contaminación por hidrocarburos aprobado por la Asociación.
- e) *Órdenes de autoridad*: Las responsabilidades o costos incurridos como resultado del cumplimiento de cualquier orden o directiva dada por cualquier gobierno o autoridad gubernamental con el objeto de prevenir o reducir un escape o descarga de hidrocarburo o de cualquier otro contaminante. Ello sujeto a la condición que no habrá recupero de la Asociación con respecto a las siguientes responsabilidades y gastos:
- Las responsabilidades o gastos incurridos como resultado del cumplimiento de cualquier orden o directiva para la realización de reparaciones o de una operación normal de salvamento de la nave matriculada.
  - Las responsabilidades o gastos recuperables de acuerdo con la póliza de casco de la nave matriculada.
- f) *Compensación especial para los salvadores*: La responsabilidad del miembro de pagar una compensación especial al salvador de la nave matriculada de acuerdo con los términos de la Cláusula de Compensación Especial de los Clubes de P. & I. (SCOPIC), o una Cláusula de Compensación semejante aprobada por la Asociación, o con respecto a los trabajos ejecutados o las medidas adoptadas para prevenir o minimizar los daños al medio ambiente, pero sólo en la medida que dicha responsabilidad sea impuesta al miembro en conformidad con el artículo 14 de la Convención Internacional sobre Salvamento de 1989, o en conformidad con los términos del Formulario Estándar del Convenio de Salvamento aprobado por la Asociación.

2. El monto máximo de cobertura por contaminación por hidrocarburos debe ser el especificado en el Certificado de Ingreso o el monto limitado estipulado en el Convenio del Pool de Clubes en caso que sea aplicable, lo que resulte menor.

## 8. CONCLUSIONES

El tema que hemos analizado, nos permite llegar a diversas conclusiones relacionadas con la existencia de los Clubes de P. & I. y los servicios que éstos otorgan a sus miembros.

- I. En primer término, debemos destacar la importancia que los Clubes tienen en cuanto están en condiciones de responder por sus miembros, en el evento que éstos últimos sean declarados responsables.



- II. En segundo lugar, podemos notar que la *Carta de Garantía* o *Club Letter* desempeña un rol preponderante para la actividad naviera, ya que constituye un medio eficiente que los Clubes de P. & I. colocan a disposición de sus miembros asegurados, que les permite liberar sus naves cuando éstas son objeto de *acciones in rem* o de acciones en ejercicio de un crédito privilegiado sobre ellas.
- III. En tercer lugar, es necesario establecer mecanismos legales o convencionales tendientes a fortalecer las cartas de garantía, tanto para que ellas sean aceptadas en las distintas jurisdicciones, como para hacerlas efectivas. Estos mecanismos son principalmente la acción directa y la existencia de un mandatario con facultades para emplazar válidamente al Club, en el lugar donde deba accionar el tercero afectado.
- IV. Los mecanismos antes señalados, pueden constituir antecedentes relevantes, cuando con motivo de un arraigo o retención judicial de una nave, se ofrezca como garantía sustitutiva un *Club Letter* y el Juez competente deba calificar la suficiencia de esta última.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abecassis, David W., The Law and Practice relating to Oil Pollution from Ships, Butterworths, London, 1978.
- Abeliuk, René, Las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- Achurra Larraín, Juan, Seguro de Responsabilidad Civil en Chile, Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín, Tomo II, Editorial Asociación de Aseguradores de Chile AG – Universidad de Los Andes, 2005.
- Contreras Strauch, Osvaldo, La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil, Revista Chilena de Derecho de Seguros – AIDA Sección Chilena, Año 6, N°12, Santiago, 2004.
- Cornejo Lacroix, Eugenio, El Régimen de Responsabilidad por Contaminación Marina, Según la Legislación Chilena, Revista de Estudios Marítimos, Junio 2003, N°53, Editorial Instituto de Estudios Marítimos, Buenos Aires, 2003.
- Cornejo Lacroix, Eugenio, Declaraciones, Reticencias y Garantías en los Seguros Marítimos, Según la Legislación Chilena, Revista de Estudios Marítimos, Noviembre 2005, N°55, Editorial Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Buenos Aires, 2005.
- De La Rue, Colin M., Liability for Damage to Marine Environment, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1993.
- De La Rue, Colin M., and Anderson, Charles B., Shipping and the Environment, Lloyd's of London Press Ltd., London 1998.
- Sánchez Calero, Fernando, La Acción Directa del Tercero Damnificado contra el Asegurador, Revista Chilena de Derecho de Seguros – AIDA Sección Chilena, Año 6, N°12, Santiago, 2004.
- Sateler, Ricardo A., Sobre la Acción Directa y la Inconveniencia de su Incorporación al Derecho Chileno, Revista Chilena de Derecho de Seguros – AIDA Sección Chilena, Año 6, N°12, Santiago, 2004.
- Tomasello Hart, Leslie, Régimen Jurídico de la Contaminación Marina, Librotecnia, Santiago, 2004.
- Tomasello Weitz, Leslie, El Seguro de P&I (Protección e Indemnización como Seguro de indemnización y la acción directa en contra del asegurador), Revista Chilena de Derecho de Seguros, Año 8, N°16, Santiago, 2006.

**Ponencia 3**  
**LAS COBERTURAS DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.**  
**LOS OPERADORES DE CARGA MULTIMODAL, LAS COBERTURAS**  
**OFRECIDAS POR LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS Y LOS CLUBES DE**  
**PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN**

**Ana María Rojas Villamil**<sup>328</sup>  
Sección Colombiana de AIDA  
Federación de Aseguradores Colombianos  
FASECOLDA

SUMARIO

1. Planteamiento general. La Institución de la responsabilidad civil y el seguro del ramo. La responsabilidad civil emanada del transporte. 2. El caso del transporte multimodal. 2.1. El Transporte Multimodal. 2.2 La responsabilidad del operador de carga multimodal. 2.3. Coberturas de Responsabilidad Civil en el transporte multimodal. 2.4. Regulación en Colombia acerca de la actividad aseguradora. 2.5. Normas de la OMC sobre Comercio Transfronterizo de Servicios Financieros. 2.6. Los Clubes de Protección e Indemnización (P&I). 2.7. Problema jurídico. 2.8. Solución del conflicto normativo. 3. Conclusión.

**1. PLANTEAMIENTO GENERAL. LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SEGURO DEL RAMO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMANADA DEL TRANSPORTE**

El desarrollo reciente de las normas que regulan las coberturas de Responsabilidad Civil ha sobrepasado las fronteras de los países y las de las diferentes tradiciones jurídicas domésticas, debido a la interacción de los agentes del mercado global.

Los seguros de responsabilidad en el mundo son uno de los mecanismos más eficientes para garantizar que los perjuicios ocasionados como consecuencia de cualquier actividad humana puedan ser compensados o reparados mediante una indemnización. Este amparo se ha convertido en uno de los de mayor demanda y los productos de este ramo que se ofrecen en el mercado de

---

<sup>328</sup> Economista y Abogada egresada de la Universidad de los Andes en Colombia, candidata a Maestría en Economía de la misma universidad. Abogada de la Vicepresidencia Jurídica de la Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), encargada del estudio del estado del arte del derecho de seguros en Colombia, la organización y coordinación de los Comités Jurídico, Tributario y de Responsabilidad Civil del gremio, y la investigación en temas de regulación en seguros. Recientemente, en trabajo conjunto con la Cámara de Transporte de Fasecolda ha estudiado las preocupaciones más recientes del sector asegurador sobre las modalidades alternativas de aseguramiento en el transporte. Mail: arojas@fasecolda.com

seguros, y fuera de él, son cada día mas especializados. En consecuencia el desarrollo normativo en la materia ha tenido una rápida evolución. Sin embargo, un análisis sobre este tipo de coberturas, no puede dejar de lado que *la responsabilidad* como tal, es una institución jurídica y uno de los pilares del derecho tanto en la tradición civilista romano-germánica, como en el *common law*<sup>329</sup> y, por tanto, cuenta con una vasta regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos. El desarrollo reciente de las normas que regulan las coberturas de responsabilidad civil ha sobrepasado las fronteras de los países y las de las diferentes tradiciones jurídicas domésticas, debido a la interacción de los agentes del mercado global. El propósito de este artículo es ilustrar en un caso concreto como las normas que regulan las coberturas de responsabilidad civil, pueden encontrarse en conflicto con las instituciones y las interpretaciones jurídicas locales de las mismas.

En el caso colombiano, en muchas actividades, los seguros de responsabilidad civil se han convertido en un requisito legal para el ejercicio de las mismas, ya sea porque se trata de labores de interés público o de especial riesgo, entre otras razones. En la exposición de motivos de la ley que regula la materia, el legislador plasmo la importancia del seguro de responsabilidad civil en los siguientes términos, “...el incremento de actividades industriales, comerciales y profesionales, con su correlativo aumento de capacidad de generación de daño, hacen que el seguro de responsabilidad civil cumpla una función preventiva y reparadora que evita la lesión patrimonial del asegurado causante del hecho dañoso y protege a los damnificados.”<sup>330</sup>

Una de esas actividades es la transportadora, pues la jurisprudencia colombiana ha dispuesto que las actividades de transporte por tierra, mar y aire, son servicios públicos esenciales, pues están destinadas a asegurar la libertad de circulación, o porque pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales. Por éste motivo la regulación en los diferentes modos de transporte en muchos casos exige para la habilitación de la prestación del servicio coberturas de responsabilidad civil. Paralelo al desarrollo normativo del ejercicio de la actividad transportadora en la legislación colombiana, ésta ha tenido además una importante evolución desde el punto de vista comercial, lo cual ha conducido al desarrollo de una legislación transfronteriza fundamental para el comercio internacional. Los países que sostienen relaciones comerciales con el ánimo de facilitar sus transacciones han suscrito múltiples acuerdos, que una vez introducidos al derecho interno, empiezan a interactuar con las instituciones y regulaciones locales. Por su parte, el ejercicio de la actividad aseguradora a nivel mundial se ha manifestado a través de diferentes figuras; la que ejercen las compañías de seguros y los servicios alternativos de cobertura de riesgos como los de la responsabilidad civil.

---

<sup>329</sup> En el Common Law el desarrollo del “*tort law*”.

<sup>330</sup> Ley 45 de 1990 “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.”

## 2. EL CASO DEL TRANSPORTE MULTIMODAL

La operación de transporte multimodal en Colombia es un caso interesante para el estudio de las normas que regulan las coberturas de responsabilidad civil, pues se trata de una actividad que conjuga todos los elementos que requiere el análisis. Por un lado, la operación de transporte multimodal es una labor que puede generar perjuicios a terceros y, por tanto, en la que se puede configurar responsabilidad civil del operador frente a éstos. De otra parte es una actividad en la que siempre media un contrato de transporte y, por ende, la habilitación legal para su ejercicio a nivel local e internacional exige tomar una cobertura de responsabilidad civil.

En relación con el amparo de responsabilidad civil contractual y extracontractual para los Operadores de Carga Multimodal, la oferta de estos servicios por parte de los clubes de Protección e Indemnización (P&I) ha sido permitida por la normatividad específica que regula esta actividad a nivel nacional y supranacional. En Colombia, ¿cuál es la aplicación de estas normas frente a la prohibición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de contratar seguros con compañías de seguros extranjeras no establecidas en Colombia y no autorizadas por la Superintendencia Financiera?

### 2.1 El transporte multimodal

El Transporte Multimodal se define como *“... el porte de mercancías por dos (2) modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega”*<sup>331</sup>.

Por su parte, el contrato de Transporte multimodal es *“...el acuerdo en virtud del cual un Operador de Transporte Multimodal se obliga, por escrito y contra el pago de un flete, a ejecutar el transporte multimodal de mercancías, y asume la responsabilidad de su cumplimiento en calidad de porteador”*<sup>332</sup>.

En el marco del Pacto Andino, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en la Decisión 331 adoptó una normativa comunitaria para regular las operaciones de Transporte Multimodal en la subregión, modificada posteriormente por la Decisión 393 de la misma comisión. Dentro de estas disposiciones se creó el Registro de Operadores de Transporte Multimodal en cada uno de los países miembros. Posteriormente la Resolución 425 de la Junta del Acuerdo de Cartagena reglamentó el Registro de Operadores de Transporte Multimodal Internacional. Estas normas andinas confirieron facultades reglamentarias al

---

<sup>331</sup> Artículo 1 Decisión 331 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Pacto Andino.

<sup>332</sup> Artículo 1 Decisión 331 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Pacto Andino.

poder ejecutivo de los Estados Miembros<sup>333</sup>. En Colombia, el Presidente de la República, por medio del Ministerio de Transporte, expidió el Decreto 149 de 1999 “*Por el cual se reglamenta el Registro de Operadores de Transporte Multimodal*”.

## **2.2 La responsabilidad del operador de carga multimodal**

De acuerdo con las normas que regulan la materia, el Operador de Transporte Multimodal será responsable de los daños y perjuicios resultantes de la pérdida o el deterioro de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que causó la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia de acuerdo con lo dispuesto en el contrato o documento de Transporte Multimodal, a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes, o cualquier otra persona que brinda sus servicios para efectuarse el cumplimiento del contrato, adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias.

El Operador de Transporte Multimodal no será responsable de la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega de las mercancías transportadas, si prueba que el hecho que ha causado tales pérdidas, deterioro o retraso ha sobrevenido durante ese transporte, por una o más de las circunstancias siguientes: a) acto u omisión del expedidor, de su consignatario o de su representante o agente; b) insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas o números de las mercancías; c) manipuleo, carga, descarga, estiba y desestiba de las mercancías realizadas por el expedidor, el consignatario o por su representante o agente; d) vicio propio u oculto de las mercancías; e) huelga, paro o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del Operador del Transporte Multimodal, debidamente comprobados.

## **2.3 Coberturas de Responsabilidad Civil en el transporte multimodal**

De acuerdo con lo dispuesto por el decreto 149 de 1999, que reglamenta el Registro de Operadores Multimodales en Colombia, para ejercer dicha actividad a nivel nacional o internacional, las personas naturales o jurídicas interesadas deben inscribirse en el registro respectivo a cargo del Ministerio de Transporte. De igual forma, la norma exige ciertos requisitos para la inscripción: *Artículo 3°. (...) para ser inscrito en el Registro de Operadores de Transporte Multimodal, el interesado deberá presentar una solicitud ante el Ministerio de Transporte, acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Decisión 393 de 1996 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, para los numerales 1 a 6 siguientes:*

---

<sup>333</sup> Artículos 37 y 38 de la Decisión 331 y el artículo 9° de la Decisión 393 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Pacto Andino

(...) 5. Contar con una póliza de seguro de responsabilidad civil o cobertura permanente de un Club de Protección e Indemnización que cubra el pago de las obligaciones por la pérdida, el deterioro o el retraso en la entrega de las mercancías derivadas de los contratos de transporte multimodal y que, además, incluya un anexo de cobertura de los riesgos extracontractuales derivados de las actividades los operadores de transporte multimodal. (...).

Por su parte, dentro de la normatividad andina la resolución 425 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena dispone: *Artículo 20.- El Operador de Transporte Multimodal deberá mantener vigente una póliza de responsabilidad civil contractual que ampare los riesgos por la pérdida, deterioro o retraso en la entrega de las mercancías derivadas de los contratos de transporte multimodal. Los riesgos extracontractuales pueden ser cubiertos mediante el ingreso del Operador de Transporte Multimodal a un club de protección e indemnización, cuyas reglas contemplen dichas coberturas, o a través de alternativas de carácter financiero que ampare tales riesgos.*

De manera que, a la luz de la normativa nacional, internacional y supranacional, la cobertura exigida para el registro de los operadores de transporte multimodal, es la de responsabilidad civil contractual y extracontractual; y ambas disposiciones permiten obtener esta cobertura por medio de compañías de seguros o mediante los servicios que prestan los clubes de protección e indemnización (P&I).

## **2.4 Regulación en Colombia acerca de la actividad aseguradora**

En Colombia, la actividad aseguradora ha sido definida constitucionalmente como una actividad de interés público que solo puede ser ejercida con previa autorización del Estado, conforme a la ley.<sup>334</sup>

Por su parte, el decreto 663 de 1993, “por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.”, establece:

(...) *Artículo 188. Prohibiciones y limitaciones*

*1. Restricciones al Aseguramiento en el Exterior. Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, éstos deben contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia o con entidades aseguradoras del exterior previa autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. Al mismo principio está sujeto el aseguramiento de los residentes en el país, en cuanto a sus personas o sus responsabilidades, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el período de duración de dicho viaje (...)*”

---

<sup>334</sup> Artículo 335, Constitución Política de Colombia

A este mismo principio está sujeto el aseguramiento de las personas residentes en el país, en cuanto a sus personas o sus responsabilidades, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el período de duración de dicho viaje<sup>335</sup>. De acuerdo con lo anterior, el aseguramiento de bienes situados en el país, de bienes matriculados en Colombia y de los residentes en nuestro territorio, en cuanto a sus propias personas y a sus responsabilidades sólo puede efectuarse, a la luz de la legislación vigente, con compañías de seguros que hayan sido autorizadas por el organismo competente para ejercer la actividad aseguradora en nuestro país.

En principio, entonces, no estaría permitida la actividad que ejercen los clubes de Protección e Indemnización (P&I) a los operadores de carga multimodal en Colombia, teniendo en cuenta que éstos no son compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia o entidades aseguradoras del exterior autorizadas por razones de interés general.

## **2.5 Normas de la OMC sobre Comercio Transfronterizo de Servicios Financieros**

En un marco más general, no se puede olvidar que Colombia ha adquirido compromisos a nivel mundial al suscribir acuerdos multilaterales ante la Organización Mundial de Comercio, que naturalmente incluyen el transporte de mercancías.

Respecto al comercio transfronterizo de servicios financieros, en particular sobre los servicios de seguros y relacionados con los seguros<sup>336</sup>, Colombia se comprometió a no imponer limitaciones frente a las coberturas de seguro vinculadas con el transporte internacional, es decir, aquel que termina o comienza en puertos colombianos, pues se pueden contratar bajo modalidades transfronterizas<sup>337</sup>, a pesar de la prohibición del Estatuto Orgánico Financiero colombiano.

## **2.6 Los Clubes de Protección e Indemnización (P&I)**

Los Clubes de Protección e Indemnización (P&I), son asociaciones mutuales entre los armadores de los buques, para cubrir sus responsabilidades respecto de los daños y pérdidas de la carga que se transporta por rutas marítimas. Entre los servicios que prestan estas asociaciones se encuentra el

---

<sup>335</sup> Artículo 188 num. 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano.

<sup>336</sup> OMC, Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria, Oferta de Colombia a los Miembros del Consejo del Comercio de Servicios.

<sup>337</sup> Lista de negociación de servicios financieros de Colombia ante la OMC, Ronda de Uruguay, 1994..



aseguramiento de toda la cadena logística del transporte, que hoy en día puede reunirse en la figura del Operador de Transporte Multimodal.

Respecto a las mutualidades, en Colombia, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los servicios que prestan este tipo de asociaciones, “... se inspiran, ejecutan e interpretan conforme a los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, que están ausentes en el contrato de seguros...”.<sup>338</sup> Por su naturaleza jurídica, estos clubes han sido habilitados jurisprudencialmente para ofrecer servicios asegurativos, sin tratarse de un ejercicio ilegal de la actividad aseguradora, por no configurarse nunca entre estos y sus clientes un contrato de seguro.

## **2.7 Problema jurídico**

En principio, parece evidente la contradicción que existe entre lo dispuesto por las normas supranacionales de la CAN respecto del registro de los operadores de carga multimodal, y la norma de carácter nacional del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano que prohíbe la contratación de seguros en el exterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con la legislación colombiana, entre estas normas no existe ninguna prevalencia, pues se encuentran en el mismo nivel jerárquico; la primera contempla la posibilidad de adquirir una cobertura permanente de un Club de Protección e Indemnización, es decir que se asegure el servicio que presta el operador multimodal en el exterior; mientras la segunda es imperativa en señalar que los seguros deben contratarse con compañías establecidas legalmente en Colombia. Sin embargo, al evaluar las regulaciones de manera integral, a la luz de las prácticas del mercado globalizado, y el desarrollo jurisprudencial en Colombia, se puede llegar a una conclusión distinta.

## **2.8 Solución del conflicto normativo**

En primer lugar, los requisitos para el registro de operadores de transporte multimodal internacional regulado por las Decisiones de la CAN, fueron adoptados a nivel interno por medio de un decreto reglamentario expedido por el órgano competente, de manera que no solo a nivel supranacional, sino dentro del ordenamiento interno se encuentran reglamentadas las disposiciones que permiten la contratación de las coberturas de responsabilidad civil con Clubes P&I.

En segundo lugar, la misma prohibición del Estatuto Orgánico Financiero colombiano para contratar servicios asegurativos en el exterior, menciona la posibilidad de tomar seguros con entidades aseguradoras en el exterior previa

---

<sup>338</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-940 de 2003, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además, en el marco del comercio transfronterizo, Colombia como miembro de la OMC, suscribió acuerdos en los que, por lo menos para tramos internacionales, no impondrá ninguna limitación al comercio de servicios de seguros, en interés de las relaciones comerciales entre los Países Miembros.

Por otra parte, la naturaleza jurídica de los clubes de protección e indemnización es la de mutualidades, tipo de asociación que en Colombia esta habilitada por la jurisprudencia para ofrecer servicios asegurativos, pues los servicios que prestan no son considerados como contratos de seguro.

Por tanto a la luz de la normatividad vigente, los servicios que prestan los clubes de Protección e Indemnización (P&I), en Colombia a los Operadores de Transporte Multimodal, están permitidos, y no configuran un practica ilegal.

### **3. CONCLUSIÓN**

En Colombia el desarrollo comercial y regulatorio de los seguros de responsabilidad civil exigidos a los operadores de carga multimodal a nivel global, como lo han sido los compromisos suscritos ante la Organización Mundial de Comercio (OMC) y las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) han obligado a interpretar la legislación interna de modo excepcional. En este caso, frente a la prohibición del Estatuto Orgánico Financiero, estas disposiciones y la interpretación jurisprudencial del la Corte Constitucional, permiten la contratación de las coberturas de responsabilidad civil contractual y extracontractual con los llamados clubes P&I, que ofrecen estos servicios asegurativos desde el exterior.

¿Que pasa respecto de otras modalidades de la actividad transportadora donde se exige la cobertura de responsabilidad civil, pero no existe un desarrollo normativo tan amplio como el de los operadores de carga multimodal? Por ahora, dependerá de la interpretación integral que se pueda hacer de las normas existentes, pero la tendencia a la liberalización de los mercados implicará una evolución tal del ejercicio de la actividad transportadora en los diferentes países, que obligará a la adecuación de las regulaciones domésticas a las necesidades comerciales mundiales.

**Ponencia 4**  
**ACCIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL FONDO DE LIMITACIÓN DE**  
**RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN MARINA**

**Ricardo Abuaud Dagach**<sup>339</sup>  
Sección Chilena de AIDA  
Magister en Derecho (PUCV)

SUMARIO

1. Generalidades. 2. Limitación de responsabilidad. 3. Pérdida del derecho a limitar. 4. Casos en que no se aplica el beneficio de la limitación de responsabilidad. 5. El fondo de limitación. 6. Aplicación en Chile del fondo de limitación de responsabilidad. 7. Designación de un síndico. 8. Acción concursal. 9. Extraterritorialidad del procedimiento. 10. Colofón.

**1. GENERALIDADES**

- 1.- La constitución de un fondo de limitación de responsabilidad por contaminación marina, por derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, es una acción que deberá ejercer obligatoriamente la empresa naviera que desee limitar su responsabilidad, si se aplica la Ley de Navegación Chilena, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 145 N° 1 de la referida Ley de Navegación.
  
- 2.- En cuanto a la oportunidad procesal, la empresa naviera que se considere con derecho a limitar su responsabilidad o el asegurador en su caso, incluida aquella persona que preste su garantía financiera para operar la nave, podrá ocurrir al tribunal competente para que se inicie el procedimiento de constitución del fondo de limitación de responsabilidad. La podrá ejercer también conjuntamente con la excepción de limitación de responsabilidad, al evacuar el traslado que se le otorgue frente a una demanda que persiga su responsabilidad por contaminación marina, si aún no se ha constituido el procedimiento indicado. En Chile, se deberá litigar ante un tribunal especial; un ministro de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción en que haya ocurrido la contaminación.

---

<sup>339</sup> Abogado y Magister en Derecho, Summa cum Laude (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile). Síndico de Quiebras; Director de la Sección Chilena de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA); Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valparaíso (Cam-Valparaíso); Árbitro del Centro de Arbitraje de Aida-Chile y de P & I Clubs; Director de la Asociación Nacional de Síndicos de Quiebras.

## 2. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

- 1.- Si hay una característica especial del negocio marítimo que sobresalga del resto, es el concepto de limitación de responsabilidad de la empresa naviera. Una de las formas como se concreta el derecho a limitar la responsabilidad es el *Procedimiento para la Constitución y Distribución del Fondo de Limitación de Responsabilidad*, que es un sistema de limitación consistente en la formación de un patrimonio de afectación cuya cuantía es el límite máximo de la obligación de reparación que puede exigirse al sujeto responsable que goza de este beneficio legal.
- 2.- La limitación en general es a una suma máxima de dinero por la que se podrá tener obligación de responder en un caso determinado.
- 3.- En el caso específico de la constitución de un fondo de limitación de responsabilidad, además queda limitada la responsabilidad en cuanto a los bienes respecto de los que se podrá perseguir dicha responsabilidad. En este caso sólo se podrá perseguir la responsabilidad en contra de un patrimonio específico.

## 3. PÉRDIDA DEL DERECHO A LIMITAR

- 1.- Existen situaciones en que no se podrá limitar la responsabilidad del naviero por pérdida de este beneficio. El legislador establece situaciones en las que la empresa naviera pierde el derecho a limitar responsabilidad. Así, en el Código de Comercio de Chile existen las normas de los artículos 891 y 903 del mismo texto legal, en los que se alude a los perjuicios causados por acción u omisión de los dependientes del armador, del capitán o los miembros de la dotación, realizados con intención de causar daño o perjuicio, o temerariamente en circunstancias que pueda presumirse que tuvieron conocimiento de que probablemente se originaría el perjuicio.
2. Algo parecido a lo señalado en el numeral anterior encontramos en los artículos 1001 y 1002 del Código de Comercio de Chile, en lo referido a la limitación de responsabilidad del transportador marítimo de mercancías. Por fin, una norma similar hallamos en el artículo 1071 en lo que se refiere a la responsabilidad del transportador o transportador efectivo en el caso de contrato de pasaje.
3. En la Ley de Navegación chilena, el artículo 145 inciso 1° establece una fórmula más amplia para determinar la pérdida del derecho a la limitación de responsabilidad civil por daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, es decir, contaminación marina. En la parte final del precepto se señala que “si el siniestro ha sido causado por falta o culpa del propietario, naviero u operador, perderá el derecho a la limitación de responsabilidad aquí establecida”.

#### **4. CASOS EN QUE NO SE APLICA EL BENEFICIO DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

- 1.- Existen casos en los que no se aplica este beneficio, los que están exceptuados de la limitación de responsabilidad.
2. Casos. Así ocurre para las acreencias a las que se refiere el artículo 893 del Código de Comercio chileno, referidas, de una parte, a créditos por auxilios o contribución en avería gruesa (numeral 1° del citado artículo) y, de otra, los créditos del capitán, de los oficiales y miembros de la tripulación, o de cualquier otro dependiente del propietario o armador de la nave que se encuentre a bordo o cuyas funciones se relacionen con el servicio de la misma, y que deriven de sus respectivos derecho laborales (numeral 2° del precepto).

#### **5. EL FONDO DE LIMITACIÓN**

- 1.- El fondo de limitación de responsabilidad constituye un patrimonio de afectación, toda vez que es una masa que está destinada exclusivamente al pago de los créditos respecto de los cuales pueda oponerse el beneficio de limitación de responsabilidad, sin que –además– pueda impetrarse derecho alguno sobre el mismo. De manera tal, que está afectado, precisamente, al pago de las deudas por la empresa naviera que lo constituye. El fondo de limitación de responsabilidad puede estar constituido por una suma de dinero o una garantía de dicha suma de dinero.
- 2.- Suma de dinero. En el caso de tratarse de una suma de dinero, el patrimonio de afectación estará compuesto por una masa de bienes fungibles, equivalente al monto hasta el cual se extiende el beneficio de limitación de responsabilidad.
- 3.- Garantía. En caso que se trate de una garantía, en rigor nos encontramos con una caución que asegura la oportuna entrega de la antedicha suma de dinero, para el correspondiente pago a los acreedores en el marco de este procedimiento. En este caso, el patrimonio lo constituye la caución en comento, como instrumento jurídico que asegura un valor. Normalmente la garantía será una boleta de garantía bancaria o un Letter of Undertaking, (Carta de Garantía de un P&I Club o Club de Protección e Indemnización), otorgada por una corporación de seguro mutual, organizada especialmente para cubrir riesgos de responsabilidad de los navieros en el tráfico marítimo.

#### **6. APLICACIÓN DEL FONDO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CHILE**

- 1.- La aplicación en Chile del Fondo de Limitación de Responsabilidad nace con la modificación del Libro III del Código de Comercio, del año 1988, que

vino a modernizar el sistema de abandono de la nave a los acreedores, que imperaba hasta ese momento.

- 2.- El sistema de abandono de la nave presentaba múltiples problemas derivados del estado en que generalmente se encontraba la nave, después de producido un accidente marítimo.

## **7. DESIGNACIÓN DE UN SÍNDICO**

- 1.- De acuerdo al Procedimiento de Constitución y Distribución del Fondo de limitación de Responsabilidad establecido en el Código de Comercio chileno, se debe designar a un síndico para que conduzca y ejecute todas las actuaciones y operaciones que se le encomiendan por el texto legal que lo regula. Tiene sentido esta designación si analizamos el procedimiento en comento, debido a que este es un procedimiento concursal marítimo, que consiste en una ejecución general que recae en el patrimonio de afectación, en que los acreedores se pagarán de acuerdo al monto de sus créditos y privilegios, concursando en dicho fondo, hasta la total extinción del fondo o de los créditos. Si finalmente se cubren éstos en su totalidad, el remanente del fondo será devuelto al constituyente.
- 2.- De los cinco casos de procedimientos de limitación de responsabilidad que se han constituido en Chile, me ha correspondido actuar en calidad de síndico en tres de ellos: M/N Aconcagua, B/T José Fuchs y M/N Eider; siendo los dos últimos por contaminación. En esta función he debido cumplir con las funciones que asigna al síndico el Código de Comercio, velando especialmente por el cuidado y administración del fondo de limitación y la correcta distribución del mismo, en su caso, de acuerdo a la ley. El síndico ejerce funciones públicas y como tal está llamado a velar por el respeto de todos los sujetos involucrados en el caso, tanto de la empresa naviera limitante, como de los acreedores respecto de los cuales se ejerce la limitación. La ley le asigna al síndico la calidad de parte, la que debe entenderse como una condición jurídica en virtud de la cual el síndico participa en el procedimiento, con derechos análogos a los de las partes materiales (la empresa naviera y los acreedores).
- 3.- Al síndico le corresponde formar la nómina de acreedores con derecho a participar en la distribución del fondo; proponer al Juez el pago de los créditos; hacer las reservas proporcionales respecto de los créditos cuya impugnación no hubiere sido resuelta; formular impugnaciones de créditos; rendir cuenta final de su gestión tan pronto quede agotado el proceso de reparto. En general velar porque el fondo se destine a la distribución entre los acreedores y efectuar el correspondiente reparto del mismo. En resumen debe actuar en resguardo del patrimonio concursal, es decir, del fondo de limitación y de la igualdad de condiciones de los acreedores.

## **8. ACCIÓN CONCURSAL**

- 1.- Nos encontramos ante una acción concursal que puede impetrar el propietario, armador u operador de la motonave, además del asegurador u otras personas que provean la garantía financiera por cualquiera de los responsables, por los perjuicios por daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas.
- 2.- Como toda acción concursal, ésta producirá efectos extraterritoriales, se designará un síndico que velará por la igualdad jurídica de los acreedores, se producirá la suspensión de las ejecuciones individuales y de las medidas precautorias, habrá un orden de pago o prelación de créditos y por último se requerirá la declaración de la existencia de los daños y de su monto, lo que servirá de base para el reparto del fondo de limitación, pasando por un sistema de verificación e impugnación de créditos similar al que se aplica en el procedimiento de quiebra.

## **9. EXTRATERRITORIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO**

1. La extraterritorialidad o no del procedimiento es un tema que debe dilucidarse, dada la definición de acción concursal que tiene el procedimiento de constitución de un fondo de limitación de responsabilidad. En este procedimiento, tal como sucede en el procedimiento de quiebra, existe un cúmulo de acreedores que concursan respecto de un solo patrimonio, en situación de igualdad jurídica. Se pagarán en proporción a sus créditos y en el orden que indica la prelación de créditos aplicable en la especie.
2. Es un hecho que en el transporte marítimo participan una serie de acreedores, que se encuentran ubicados en diferentes jurisdicciones, lo que podrá producir litigios fuera del territorio jurisdiccional del lugar en que se encuentra abierto el procedimiento de constitución del fondo de limitación de responsabilidad.
3. Las soluciones al problema planteado, en cuanto a la extraterritorialidad o no del procedimiento, pasarán por determinar la relación de la jurisdicción en que se abrió el procedimiento de limitación de responsabilidad, con el hecho que lo ocasiona. En esta materia, tratándose de contaminación marina, por derrame de hidrocarburos y otras sustancias contaminantes, será clara la relación entre el lugar en que se causó el daño y la jurisdicción nacional aplicable.
- 4.- No obstante lo dicho en el numeral anterior, se podrá plantear por un acreedor externo acciones ante jurisdicciones foráneas, lo que se podría impedir haciendo aplicable la extraterritorialidad del procedimiento en comento, por su calidad de procedimiento concursal, cumpliendo con el requisito de relación entre el lugar en que se abrió dicho procedimiento y el lugar en que se produjo el hecho que ocasiona el procedimiento.

## 10. COLOFÓN

1. La limitación de responsabilidad de la empresa naviera tiene dos dimensiones:
  - a) en cuanto a la suma máxima de dinero por la que se podrá tener obligación de responder en un caso determinado; y
  - b) en cuanto a los bienes respecto de los que se podrá perseguir dicha responsabilidad, es decir el fondo de limitación de responsabilidad, en su caso.
2. Dentro de las acciones por responsabilidad civil por contaminación marina cabe la acción de constitución del fondo de limitación de responsabilidad, cuyos legitimados son los sujetos que están facultados por ley para limitar su responsabilidad, los que hemos denominado genéricamente “empresa naviera”.
3. Aquellos que pueden excepcionarse con la limitación de responsabilidad son los legitimados para la acción de constitución del fondo de limitación de responsabilidad.
- 4.- Con la excepción de limitación de responsabilidad se estará haciendo valer un beneficio, que no es otro que, señalar la suma máxima de dinero por la que se podrá tener obligación de responder.
- 5.- Para tener derecho a la limitación de responsabilidad, en materia de contaminación marina, en los casos que corresponda aplicar la Ley de Navegación chilena, el titular de este beneficio deberá constituir el fondo de limitación de responsabilidad determinándose los bienes respecto de los que se podrá perseguir dicha responsabilidad, liberando los bienes del constituyente del fondo, quedando éste como único bien perseguible. Se trata de un patrimonio de afectación que estará destinado al pago de los créditos, respecto de los cuales se puede hacer efectiva la limitación de responsabilidad, y además quedará excluido de toda otra responsabilidad, ajena al objeto del fondo.



**Ponencia 5**  
**BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL,  
O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU  
FORMATO NO BRASIL E IMPORTÂNCIA NO  
DESENVOLVIMENTO DAS EMPRESAS E PARA O CONSUMIDOR**

**Washington Luís Bezerra da Silva**<sup>340</sup>  
Sección Brasileña de AIDA

SUMARIO

1. Objetivação da Responsabilidade. Seguro ou coletivação de culpa. 2. Modalidade de cláusulas possíveis para Seguros de Responsabilidade. 3. Vantagens e desvantagens das apólices à base de ocorrência e à base de reclamação. Exemplo de como o seguro de Responsabilidade Civil pode ser facilitador de desenvolvimento da empresas e auxiliar nas relações de consumo. Seguro de Responsabilidade Civil Produtos. Seguro de Responsabilidade Civil.

Comumente é considerado que a responsabilidade Civil é tão antiga quanto o próprio Direito, no entanto, há que se relativar dito entendimento, já que o instituto de responsabilidade Civil é contemporâneo tendo como notícia de seu surgimento o final do século XVIII na França, sendo então, codificado com as mesmas ou parecidas características do dever de compensação, reparação, e punibilidade.<sup>1</sup>

O termo responsabilidade diferente de outros termos surgiu no sentido usado em Direito exatamente no século XVIII.

Quando na França se criou a responsabilidade civil, a culpa era o fundamento principal. Sem culpa não haveria a obrigação de reparar, mas apenas ela não gera a obrigação de indenizar. Só cabe reparação se houver dano a ser reparado, advindo daí precisar a extensão deste e compensação. A compensação deve ser proporcional a culpa do agente, levando em conta o peso de sua vontade e eventual desonestidade conforme a corrente que defende a culpa como elemento fundamental.<sup>2</sup> Para a corrente da Teoria do Risco, é o dano objetivo que deve ser tomado como referencia principal para o calculo de compensação, sendo menos importante a prova da culpa.

---

<sup>340</sup> Advogado, Mestre em Direito, MBA Empresarial, Especialização em Direito Civil; Professor da Escola Superior de Advocacia de São Paulo, e da Escola Nacional de Seguros, palestrante em Seminários e Congressos Nacionais e Internacionais, autor diversos artigos em revistas especializadas sobre Seguros, Ouvidoria, e Direito Securitário. Membro de Comissão Jurídica da Fenaseg, da Comissão Jurídica da Associação Nacional de Previdência Privada, Conselheiro da AIDA (Associação Internacional de Direito do Seguro), seção brasileira. Superintendente Jurídico e Ouvidor da Unibanco AIG Seguros e Previdência.  
Mail: washington.silva@unibancoaig.com.br

No atual Código Brasileiro, verifica-se a recepção da teoria do risco como sistema geral e o princípio da equidade, o que fortemente influenciaram o novo cenário nacional, posto que no código de 1916 não havia nada relacionado à equidade e a teoria era subjetiva. Há dever de indenizar independentemente de culpa, quando atividade desenvolvida pelo autor implicar na natureza, em grandes riscos para outras pessoas, guardando ainda a responsabilidade pela culpa. Há ainda a previsão de teoria dos riscos-proveito.

Como leciona Orlando Gomes<sup>3</sup> e Aguiar Dias<sup>4</sup>, a responsabilidade contratual é um capítulo da inexecução das obrigações; para surgir, é preciso que a obrigação dita violada tenha sua origem em contrato. Já a responsabilidade extracontratual pode decorrer da culpa no cometimento de um ato ilícito, caso de responsabilidade subjetiva, ou abstrair do requisito da culpa, caso de responsabilidade objetiva.

O sistema geral do Código Civil é o da responsabilidade civil subjetiva (como preconizam os artigos 186 e 187), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa *latu sensu* (culpa - imprudência, negligência ou imperícia; ou dolo) do agente.<sup>5</sup>

Lembremos que o artigo 186 prevê essa responsabilização ainda que o dano seja exclusivamente moral, e que o artigo 187 prevê haver ilícito ainda que no exercício de direito, se o agente houver atuado com excessos de limites (econômico social, boa-fé, costumes). *Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

*Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

O sistema subsidiário do Código Civil é o da responsabilidade civil objetiva (artigo 927, parágrafo único), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim determinar (artigos 932 e 933 do Código Civil) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g. atividades perigosas).

## **1. OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. SEGURO OU COLETIVAÇÃO DE CULPA**

Anteriormente havia inúmeros irressarcimentos tendo em vista a subjetividade, a necessidade de produção de provas que não se encontravam disponíveis às vítimas e etc. Posteriormente com a objetivação da responsabilidade observa-

se, em alguns casos, que o patrimônio dos responsáveis nem sempre é suficiente para cobrir toda a mensuração ou quantificação indenizatória.

De outro lado, existem situações onde não se tem claramente o agente causador do dano, como em espetáculos, atividades médicas coletivas. Nesta situação fazia-se a coletivação do dano, condenando-se a todos pela indenização atualmente. Além dessa coletivação (solidariedade) há ainda a responsabilidade objetiva de alguns entes.

Em função dessa objetividade de responsabilidade civil, já há corrente defendendo a Teoria da Garantia, onde não se aceitaria somente a culpa e risco como elementos fundamentais, mas incluir-se ia a garantia como um dos pilares da Responsabilidade Civil, já que a vítima além do direito de saber e ver punido o agente causador do dano deve ter a garantia de ser ressarcida.<sup>6</sup> Essa teoria sofre críticas,<sup>7</sup> mas há uma linha de consenso de que a garantia de indenizabilidade da vítima por certo integrará os modelos modernos da Responsabilidade Civil. Essa questão de haver garantia ganhou foco conforme passou a ser melhor difundido o seguro de responsabilidade civil.

*O Seguro de Responsabilidade é uma consequência da responsabilidade Civil, sem o qual ele jamais existiria, sua expansão o acompanha, favorece e condiciona. O seguro é ao mesmo tempo efeito e causa do espetacular progresso de responsabilidade, cada uma de suas instituições reage sobre a outra.*<sup>8</sup>

O seguro de responsabilidade civil não se dissocia-se no que concerne à base, dos demais seguros, que é calcado na álea e no risco. Estes têm como referência a incerteza, o não saber, a fatalidade, mas não pretensões de legitimidade, ou então de evidente utilidade.

Os contratos de seguro nada mais são do que mecanismos criados pelo homem para suplantar ou atenuar os efeitos econômicos decorrentes de um sinistro, maximizando-a. Os seguros permitem aos homens lançarem-se em novas empresas com garantias, resguardando seu patrimônio.

A doutrina aponta o seguro de responsabilidade civil como tendo surgido, no século XIX, na França e na Inglaterra, ampliando-se, mais tarde na Alemanha, portanto, muito próximo e em seguida do surgimento da concepção moderna da Responsabilidade Civil, como dantes citado.

O seguro da responsabilidade civil é aquela espécie de seguro na qual o segurador se obriga a indenizar o segurado do dano patrimonial que este sofra como consequência legal de uma responsabilidade civil – não penal – em que haja incorrido.

Tem por finalidade proteger um objeto determinado e/ou indeterminado, fazendo, assim, parte do capítulo dos seguros contra danos, que “garantem o segurado contra os riscos que ameaçam seus bens ou sua fortuna”.

No seguro de Responsabilidade Civil existem duas relações jurídicas diferentes que envolvem o contrato de seguro.

Uma entre o segurador e o segurado, cujas regras norteadoras são: a) da responsabilidade contratual e b) as estipulações expressas das partes.

E outra entre o segurado e terceiro, sendo esta regida pelas normas aplicáveis à responsabilidade extracontratual, ou de contratos que não impressos com cláusulas e etc, mas que são regidos por lei (v.g., contratos de compra e venda normal de consumo que se caracteriza com a tradição, etc). Os contratos de seguro de Responsabilidade Civil podem ser facultativos ou obrigatórios.

Como se nota, aqueles em que a pessoa faz livre escolha se quer ou não realizar seguro, o valor que deseja fazer, como e onde, são os seguros facultativos, que, por enquanto, é a maioria no Brasil.

Já os obrigatórios têm suas normas e formato determinados por lei, muito do que consta dele é mais voltado a seguro social de que um puro seguro de Responsabilidade Civil.

Conforme preconiza o artigo 762 do Código Civil é vedado, como de rigor não poderia ser diferente, a garantia para dolo, mas sendo possível a garantia para efeitos de atos praticados com culpa pelo segurado.

Embora não seja o cerne da questão, e ainda que não haja no Direito pátrio graduação da culpa, deve se notar que para efeito de seguro, notadas as previsões contratuais, há posições favoráveis<sup>9</sup> e contrárias<sup>10</sup> à equiparação da culpa grave ao dolo eventual para efeito de exclusão de garantia. Nos filiamos á corrente que defende a equiparação, para efeito de seguro, isto porque embora ausente a premeditação, há consciência do ato e assunção de responsabilidade de seus efeitos.

Quanto às garantias (coberturas) securitárias, cabe ao segurado escolhê-la. Em geral, quanto à espécie, seriam os danos materiais, danos pessoais e danos morais. Não são os danos morais conseqüentes dos outros. Há que expressamente contrata-los sob pena de falta de garantia.

Aliás, nada existe nas disposições legais que a tornem automáticas ou impositivas, posto que desde que previsto nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor (art.6º, VI e VII) e mesmo no artigo 186 do Código Civil, ela é reconhecida como deve de indenizar àquele que cometeu o ilícito, cabendo a este quando da contratação de sua apólice contratar ou não este tipo de garantia.

Se contratada dita garantia para Dano Moral e sendo o segurado demandado nesse sentido, poderá se fazer valer do contrato de seguro, no entanto, se não contratado e for demandado, não poderá utilizar outra garantia para fazer suas vezes.

No tocante aos artigos do Código Civil mais específicos do seguro de Responsabilidade Civil, quais sejam, artigos 787 e 788, além do artigo 206, embora sejam novos no tocante a seguro, posto que não havia dispositivos semelhantes no Código anterior, a nós nos parece que guardam o princípio de ser o seguro de Responsabilidade Civil típico de reembolso, ou seja, a obrigatoriedade da seguradora é de honrar o contrato com o seu segurado, ou para evitar burocracias, depois de delineado responsabilidade e valores, conjuntamente com segurado efetuar o pagamento ao terceiro.

Os parágrafos do artigo 787 do Código Civil Brasileiro determinam o dever de informação por parte do segurado à seguradora, sob pena de perda do direito à indenização, porém, nos parece que a ausência da comunicação prevista nesse artigo não necessariamente significa a perda de direito, e que o segurador fique isento da responsabilidade de indenizar, por ter ocorrido o sinistro. Dependerá do tipo de situação, do que consta clara e expressamente do contrato e do agravamento.

De outro lado, o silêncio, contudo, também não caracteriza ausência de conseqüências. Há na situação em exame, uma obrigação legal imposta ao segurado. Este, se for omissor, deverá responder por quaisquer perdas e danos que a sua inação provocar ao segurador, e dependendo, inclusive não receber a indenização, verificado caso a caso.

Nos casos de seguros de Responsabilidade civil Facultativos, o artigo 787 do Código Civil não permite a conclusão de que o terceiro, desde que vitimado, possa intentar diretamente ação judicial contra o segurador, por autorização expressa do segurado ou por sua livre vontade, em face de ser cientificado da existência do seguro.

*Art. 787 – no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.”*

A ação direta **só** cabe no caso de seguro obrigatório de responsabilidade civil, o terceiro poderá ingressar diretamente contra o segurador com ação para receber o capital que lhe é devido, conforme dispões o artigo 788, **não** sendo possível no facultativo.

Nos seguros de Responsabilidade Civil Facultativos, o segurado não contratou o seguro para beneficiar terceiro, que sequer conhece no momento da contratação posto que aleatório, mas sim para proteger o seu próprio patrimônio ao se ver diante do risco de desfalcá-lo com o desembolso para reparar dano que involuntariamente causar a alguém, razão suficiente para inexistir responsabilidade direta da seguradora frente a esse terceiro, que, por sua vez, não teria ação direta, por lhe faltar pretensão a deduzir frente à seguradora.

A responsabilidade civil nasce, invariavelmente, da obrigação de reparar o dano ocasionado a outrem. O sujeito dessa obrigação é o causador de

prejuízos, por isso ele próprio há de ser o sujeito passivo da demanda, contra quem o jus dicere deve ser dado diretamente, acrescido, se caso, da garantia do regresso contra o segurador. É que, se não há relação de direito material a desatar entre o terceiro e a seguradora, carece aquele do direito de ação contra esta, também porque a ação que se funda a pretensão do terceiro,

De outro lado, eliminando toda controvérsia antes existente sobre a possibilidade de ação direta do terceiro contra o segurador e findando, como se deseja e espera, as discussões judiciais nesse tocante, acertadamente o Código Civil no artigo 788 passou a admiti-la nos seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios, muitos deles com forte conotação de socialidade, privilegiando, nesse caso, a vítima, como que se o seguro fosse mesmo em favor de terceiro, ai sim, realizado muito mais em seu benefício do que no do patrimônio do segurado, até diante da possibilidade de este inexistir para responder a uma execução.

O pagamento da indenização por ter existido dano ao interesse garantido é, em regra, efetuado, nos demais tipos de seguro, pelo segurador ao segurado.

Muito embora o alhures aduzido já seja suficiente para demonstrar a inviabilidade da ação direta do terceiro perante à seguradora nos seguros de responsabilidade civil facultativos, cabente nos seguros de responsabilidade obrigatórios, outro ponto que igualmente demonstra isso no novo Código Civil Brasileiro, está no critério adotado pelo mesmo legislador para o estabelecimento do prazo prescricional para ditos seguros e seu início.

No tocante aos facultativos artigo 206, § 1º, inciso II, letra a, prevê-se que o dies a quo da prescrição é o momento em que o segurado é citado para a ação que lhe promove o terceiro, não havendo outra previsão legal específica quanto a prescrição da pretensão do terceiro contra o segurador, no entanto, prevê que há dito prazo para o seguro de responsabilidade civil legalmente obrigatório, tal como estabelecido no § 3º, inciso IX, do mesmo art. 206, que é de 03 anos. Como sabemos onde o legislador limita não cabe interpretação extensiva, bem como não usa ele, legislador, palavras inúteis. Repise-se cabe ação direta apenas nos seguros obrigatórios.

*Art. 788 – nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.*

*Parágrafo único - demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.*

Em se tratando de seguro de responsabilidade civil obrigatório, o artigo 788 do Novo Código Civil obriga que a liquidação do sinistro seja feita pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado, isto é, a quem foi vítima do dano.

Como cedição<sup>11</sup>, as normas de ordem absoluta não aceitam interpretação ou prova em contrário. No caso, quer nos parecer que a norma em vigor é de ordem absoluta, ao determinar que só cabe ação direta nos casos de seguro de Responsabilidade Civil obrigatório, e, em sendo assim, havendo expressa e clara determinação legal sobre a questão, com dita força, não sendo possível interpretação extensiva ao contrário.

A institucionalização do seguro obrigatório é considerada pela doutrina como saudável medida de alcance social. É inquestionável, em face dos resultados apresentados desde que ele passou a existir, a resposta positiva de sua atuação, impondo, aperfeiçoando e garantindo os legítimos interesses das pessoas lesadas por atividades que estão subordinadas às suas regras.

Na perfeita colocação de Pedro Alvim<sup>12</sup>, o direito brasileiro distingue duas espécies de estipulação. Uma disciplinada pela legislação especial de seguros. Outra, do direito comum, tratada no Código Civil. Tanto no antigo código de 1916 (arts. 1098/1100), como no atual (arts. 436/438). Na primeira hipótese, o estipulante contrata o seguro por conta de terceiros, sendo apenas mandatário dos segurados. Na segunda, o seguro é contratado em favor de terceiros, sendo que o estipulante equipara-se ao segurado.

A diferença é que na estipulação por conta de terceiros, no contrato de seguro, o risco incide sobre o segurado e não sobre o estipulante, razão pela qual este assume a posição de representante daquele para transferir o risco ao segurador; na estipulação em favor de terceiros, o risco é do próprio estipulante que se confunde com o segurado perante o segurador, como acontece, por exemplo, no seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos (DPVAT), regulado pela Lei nº (6.194/74), alterada pela Lei nº 8.441, de 14/7/92, onde o proprietário do veículo é um simples estipulante.

Nos seguros obrigatórios o estipulante supre a vontade do segurado, de cuja manifestação se prescinde para a transferência do risco ao segurador. Por isso o estipulante se equipara ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro. Pratica todos os atos jurídicos perante o segurador, como se fosse o próprio segurado, salvo para receber o pagamento da indenização ou quantia segurada. Assim, a melhor alternativa é do chamamento ao processo. E como o chamamento ao processo é admitido, nos termos do art. 77 do CPC, para todos os devedores solidários, e que neste caso a exegese do § do 788 indica que há uma solidariedade decorrente, a nós parece que a seguradora requererá a citação do segurado mediante chamamento.

## **2. MODALIDADE DE CLÁUSULAS POSSÍVEIS PARA SEGUROS DE RESPONSABILIDADE**

Ainda com relação aos seguros de Responsabilidade Civil, atualmente no Brasil, em conformidade com as normas da Superintendência de Seguros

Privados, notadamente as de nºs 336/07 e 348/07, podem ser oferecidos dois formatos de apólice de Responsabilidade Civil para os segurados, para opção destes quando a que modelo pretendem contratar.

Os formatos são a modalidade à base de ocorrência e a modalidade à base de reclamação – a denominada "claims made basis".

Nas apólices de latência prolongada ou sinistro de manifestação tardia, é possível (não obrigatório) às partes contratarem seguro de Responsabilidade Civil, na modalidade à base de ocorrência ou à base de reclamação.

Relembrando as definições:

- *Base de Ocorrência*: garante o pagamento de indenização, a título de reembolso (ou pagamento) – autorização e reconhecimento entre os envolvidos, por danos causados pelo segurado a terceiro e que estejam garantidos na apólice, em acordo aprovado pela seguradora, ou decisão judicial definitiva, devendo guardar as seguintes características:

Os danos tenham ocorrido durante a vigência da apólice e o terceiro pleiteie do segurado a indenização, e este da seguradora, observados os prazos legais.

- *Base de Reclamação*: garante o pagamento de indenização, a título de reembolso (ou pagamento) –autorização e reconhecimento entre os envolvidos, por danos causados pelo segurado a terceiro e que estejam garantidos na apólice, em acordo aprovado pela seguradora, ou decisão judicial definitiva, devendo observar as seguintes premissas:

Os danos ocorridos durante o período de vigência da apólice ou durante o período de retroatividade e o terceiro apresente a reclamação ao segurado durante a vigência da apólice, ou no prazo complementar, ou ainda durante o prazo suplementar.

Notificação: é ato por meio do qual, durante a vigência da apólice, o segurado expressamente comunica à seguradora fatos ou circunstâncias potencialmente danosos ocorridos durante a vigência da apólice, incluído o período de retroatividade.

Prazo complementar: prazo adicional, de no mínimo 01 ano, para apresentação de reclamações ao segurado, por parte de terceiros, concedido, obrigatoriamente, pela seguradora, sem cobrança de prêmio adicional, tendo início na data de finalização da apólice, ou seu cancelamento.

Prazo suplementar: prazo adicional para apresentação de reclamações ao segurado, por parte de terceiros, concedido, obrigatoriamente, pela seguradora, **com** cobrança de prêmio adicional, cujo valor já deve



previamente constar da apólice Dito prazo inicia-se ao fim do prazo complementar.

Justo lembrar que no Brasil validade da chamada cláusula "claims made", já foi incluída pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, através da Portaria SDE n° 03/2001, como cláusula abusiva ao consumidor, tornando-a, então ilegal. Porém, a posteriori, também aquela Secretaria através de Portaria editada em 2004, a retirou do rol de tais cláusulas, por verificar que aplicabilidade era só para latência prolongada, comuns a pessoas jurídicas, por ser uma opção do próprio segurado/tomador, e com dita decisão a claims made voltou a ser recepcionada, sendo que nesse período foi editado o novo e atual Código Civil Brasileiro (vigência a partir de janeiro de 2003).

Uma discussão que surgiu com a nova regra emanada do órgão regulador e as normas do Código Civil seria se ao cobrir um período de retroatividade, ainda que desconhecido do segurado, a "claims made" afrontaria a legalidade ante a definição do seguro, e nessa seara atentaria contra o artigo 773 do diploma civil.

*Art. 773 O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.*

Muito embora a princípio possa conduzir a conclusão de que de fato não se poderia recepcionar dito concessão do período de retroatividade, note-se que numa visão mais detida pode-se mudar dito entendimento momentâneo, quando se nota que uma das características do seguro é a álea, e seu conseqüente risco.

Nesse sentido, observe-se que o que o período de retroatividade garante são os riscos de reclamações que podem advir de um acontecimento. Se considerarmos que o risco seria exatamente causar danos a alguém e receber reclamações para indenizá-las, o risco que se pretende cobrir não é um risco já havido e encerrado no passado.

O risco citado no período de retroatividade é um risco pós-contratação de haver danos e conseqüentemente pedidos de indenização, após a contratação do seguro, risco este, então, que não foi (ou é) um risco passado e terminado, e que não mais ocorrerá. Este risco ainda estar por vir, e como recomenda a álea, não se sabe se virá ou não, tanto pode acontecer, como não, que é uma essência do seguro. Não há a certeza que o risco ocorrerá, e nem a certeza de que não ocorrerá.

Observado, que tratam-se de seguros de latência prolongada, o que se concede no período de retroatividade é resguardar que eventuais riscos futuros de danos e reclamações futuras ao contrato seguro, onde não se tenha precisão sobre o fato gerador tenha sua cobertura evitando discussões estéreis, sobre se o que conta é o fato gerador ou se o surgimento do dano. Até

por isso há determinação que só se pode contratar o período de retroatividade se houver a declaração do segurado assegurando que desconhece a existência de danos por qualquer ato seu e nem reclamações.

Se informar que há, em que pese a demonstração de boa-fé, a seguradora não poderá conceder dito período em função do acima citado de não poder cobrir riscos passados e conhecidos.

Como se colhe da cláusula "claims made" com notificação não há qualquer afronta ou alteração de prazo prescricional previsto em lei. O que se quer é que o segurado informe, *logo que saiba, qualquer ato seu que possa trazer conseqüências de danos a terceiros e futura reclamação, a fim de que a seguradora possa promover suas reservas e etc.*

Caso ele assim não faça perderá o direito de pleitear a garantia securitária, conforme os entabulado no contrato e prazos previstos na apólice. Caso ele faça esta notificação, poderá acionar as garantias do seguro, de acordos com os prazos normativos/legais estatuídos para requerê-las administrativamente ou em Juízo, como claramente consta da Circular da Susep.

Notado isto, quer nos parecer que as características previstas na norma da Susep encontra guarida e amparo no artigo 771 do Código Civil, que prevê a possibilidade de perda de direito se o segurado não comunicar à seguradora o evento logo que saiba, gozando, pois, de características decadenciais. E quando a lei põe a palavra "poderá", significa exatamente que dependerá do previsto em contrato e do caso a caso.

### **3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DAS APOLICES A BASE DE OCORRENCIA E A BASE DE RECLAMAÇÃO**

#### **▪ Ocorrência**

Vantagens:

- Cobertura para os sinistros ocorridos durante a vigência, mesmo que reclamados posteriormente existindo ou não seguro.
- A transferência do seguro para outra Cia. de Seguros nada afeta
- Mais conhecida tecnicamente e mais palpável
- Difícilmente contestável em Juízo

Desvantagens:

- Possibilidade da Seguradora não mais existir no momento da reclamação efetiva no sinistro
- Desvalorização da moeda - limite segurado etc.

- Discussões mais acirradas em relação à data da ocorrência do sinistro; Teorias da Exposição, Manifestação e Reclamação.
- Constituição de reservas dificultada - IBNR expressivo

▪ **Á base de reclamações (claims made)**

Vantagens:

- Não se discute com relevância a data do fato notificado
- Importâncias seguradas atualizadas
- Custo inferior nos primeiros anos
- Maior facilidade na constituição de reservas
- Possibilidade de reação frente às possíveis variações do risco e de outros fatores
- Solvência da Seguradora
- Subscrição com base no presente

Desvantagem:

- necessário melhor entendimento dos órgãos julgadores sobre suas regras.

*Exemplo de como o seguro de Responsabilidade Civil pode ser facilitador de desenvolvimento da empresas e auxiliar nas relações de consumo*

O que há que se atentar é que o segurador nos seguros facultativos de responsabilidade é um reembolsador do que for obrigado o segurado, ou ainda e quando previsto, face às cadeias de impostos existentes, pagar à vitima mas por conta e ou ordem do segurado e não em nome próprio. Isso é o que decorre dos dispositivos do código civil, sendo que quanto aos obrigatórios, paga, ai sim, diretamente à vitima em nome próprio.

Quer nos parecer que a previsão legislativa pátria é em nosso tempo a melhor alternativa, pois não fosse assim poderíamos estar diante de uma “irresponsabilização” do causador do dano, posto que a entender que todos as obrigações de indenizar à vitima, nos casos dos seguros de responsabilidade civil facultativo, seriam transferidos ao segurador que inclusive, responderia judicialmente e diretamente à vitima, por certo poderia causar distorções no intuito de Responsabilidade Civil, posto que ao verificar uma leniência neste sentido poderiam alguns agentes serem menos cuidadosos em suas atividades, o que contraria a intenção original da Responsabilidade Civil que além de indenizar a vitima tem também como intenção fazer com que o agente causador do dano previna eventos futuros, sob pena de punições maiores. Por outro lado, como se sabe, o seguro é mutualismo e como tal, é possível ao segurador (nos facultativos) particularizar os riscos que queira aceitar e, como tal excluir outros e prevê ações/prevenções para aceita-los.

Disso evidencia-se que a responsabilidade perante a vítima será, e deve ser sempre do causador/segurado, servindo o seguro (se dentro dos riscos cobertos) para informar à sociedade que o causador não irá à ruína, e, portanto, continuará suas atividades (que interessa a muitos trabalhadores diretos e indiretos), e em última análise fazer o pagamento à vítima por conta e ordem do segurado.

Lembra-se: desde que os fatos estejam no formato particularizado entre segurador e segurado. Nota-se que essa é uma das funções do seguro, sendo que outro ponto a ser destacado é que, ao contrário do que se pode supor, o seguro não visa causar um enfraquecimento de preservação de danos, ao contrário, nos seguros de responsabilidade civil os seguradores em verdade recomendam uma série de melhorias para o segurado, visando a prevenção e isso influencia proporcionalmente a aceitação ou recusa de riscos e o valor do prêmio, o que em verdade traz grande contribuição à coletividade, já que os agentes envidam esforços para controlar suas atividades e mitigar riscos.

Como exemplo disso basta notar a influência dos seguros na atividade industrial, com diversas implementações de medidas preventivas na atividade de fabricação de produtos, onde melhoram-se os próprios, suas informações e etc. E isso começa a se notar no meio-ambiente (seguros de Responsabilidade Civil ambiental) e nas atividades corporativas (seguros D&O).

## ▪ Seguro de Responsabilidade Civil Produtos

### *Evolução*

Vale notar a evolução histórica da responsabilidade do produtor/ fornecedor/ distribuidor, que o conduz a contratar um seguro de Responsabilidade Civil, no Brasil e em outros países.

### EUA

- Privity of contract – obsta alargamento da RC do fornecedor
- MacPherson vs. Buick Motors Co. case (NY, 1916) reconhecimento do "duty of care e to warn" e do "products liability"
- Henningsen vs. Bloomfield Motors Co. case (New Jersey, 1927)
- Garantia não limitada a relação comercial, vinculado à mercadoria. Reconhecimento do interesse público, abusividade de cláusulas, responsabilização do fabricante por todos os danos causados por produtos defeituosos.
- Greenman vs. Yuba Power Products Inc. (Calif. 1963) –reconhecimento da "strict liability"– teoria da culpa objetiva

## ITÁLIA

- Até o CC de 1942 se provada que desconhecia a falha havia isenção da culpa de fabricante e vendedor, e havia liberdade de alterar, incluir e excluir garantias, e a vítima tinha que provar a culpa do fabricante, apesar da tentativa da doutrina de dar outro entendimento à lei.
- Decreto 224 de 1988 aceitando a Diretiva do CEE (1985) determinou a responsabilidade objetiva do produtor.

## PORTUGAL

- Lei nº 29/1981 regulamenta a Defesa do Consumidor
- DL 383/1989 consagra a responsabilidade civil do fornecedor, decretando a responsabilidade objetiva para tal situação

## ALEMANHA

- Em 01/1990 entra em vigor lei disciplinando a responsabilidade pelo fato do produto com a criação da responsabilidade objetiva do produtor/fornecedor.
- A lei adaptada em 1994 para se enquadrar na Diretiva da CEE.

## BRASIL

- Com inspiração na tendência mundial, como se vê das normas e histórias dos países citados, surge no Brasil em 11.09.90 o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90).
- A Rentabilidade e lucro devem reverter em favor da melhoria dos produtos
- Com base nisso, criam-se alguns entendimentos e definições no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam:
- Considera-se que o fornecedor é sempre responsável pelos danos que possam causar seus produtos, caracterizando-se:
  - fornecedor real (fabricação do produto acabado)/ fabricante final
  - fornecedor aparente (coloca seu nome no produto)
  - fornecedor presumido (importa o produto, vende sem identificação clara).
- Já o produto, para efeito do Código e para os danos que possa causar não é apenas o produto acabado, mas seriam igualmente:
  - catálogo de venda; propaganda; instruções de uso;

- garantias implícitas e explícitas;
- serviços;
- acessórios; instalação;
- montagem; empacotamento; manutenção.

O Código consumerista prevê que produtos não devem na origem acarretar riscos à saúde e segurança dos consumidores (art.8º). Inocuidade e qualidade, porém aceitam-se riscos normais e previsíveis.

As informações devem ser adequadas e claras sobre o produto, sendo totalmente vedado vedação de produtos que apresentem alto grau de periculosidade ao consumidor (quando do lançamento no mercado). Se descoberto depois, deve o fornecedor/distribuidor informar ao público, mediante anúncio (artigo 10º).

Havendo acidente de consumo incide a responsabilização do fornecedor/distribuidor do produto (art 12 a 17, e 18 a 21).

A responsabilidade pelos danos de produtos é objetiva no caso de danos por fato do produto (art.12 Código de Defesa do Consumidor). Já o artigo 931 do Código Civil determina a responsabilidade objetiva, seja ou não relação de consumo. Nas IV Jornadas de Direito Civil do STJ emitiu-se enunciado considerando-se que aplica-se o art. 931, do Código Civil, haja ou não relação de consumo.

#### ▪ Seguro de Responsabilidade Civil

A importância social dos danos que os acidentes com produtos podem causar, e as severas, e a nosso ver necessárias, normas existentes para a responsabilidade pelo fato do produto, despertou o interesse de dar alguma segurança nos efeitos dessas situações (defeitos e danos). Igualmente, a produção em série e o aumento do consumo; a sofisticação dos produtos, concorrência, produtos mais perecíveis, consumidores mais exigentes, também geraram mais casos de danos aos consumidores e reclamações. Como exemplo desse maior índice de reclamações notemos que nos Estados Unidos da América passou de 500 mil reclamações em 1970 para 2 milhões em 1997.

Em função disso surge a necessidade do seguro de Responsabilidade Civil Produtos, não só como uma forma de dispersão do risco, como também de criação de melhores práticas.

No Brasil não há norma tornando-o obrigatório ainda, mas é certo que todas as empresas que prezam por seus consumidores, e por que não dizer por seu patrimônio, tem como costume contratar esse tipo de seguro, que além de garantir eventuais indenizações, também servem para melhoria de seus processos e procedimentos, prevenção de riscos e etc, posto que na análise

do risco as seguradoras podem fazer recomendações que melhorem a segurança de seus produtos, e mesmo barateiem os custos do seguro.

Em função da cadeia do que é considerado fornecedor na lei pátria, da solidariedade existente na lei, em verdade, é recomendável que as empresas mais sólidas e que façam as “vendas” de produtos, passem a requerer de seus “fornecedores”, fabricantes de peças e etc, a contratação dessa modalidade de seguro.

A garantia securitária é para responsabilidade do fato. Não garante vício de qualidade ou quantidade. Garante os danos provocados por defeito do produto especificado na apólice.

Visa garantir proteger o segurado de perdas patrimoniais que venha a incorrer em decorrência de danos causados por produto fabricado, vendido ou distribuído. Não garante, à evidência, comercialização ilegal e prazo de validade, desempenho e recall, e testes, erro de projeto, propaganda enganosa.

Há ainda seguro de Responsabilidade Civil Produtos no Exterior, que por vezes é exigido pelo importador, em função das obrigações e responsabilidades previstas naquele País, como alhures se viu da evolução de responsabilidade civil estrangeiro.

Para ser realizado é necessário relatório SCQ, o foro para responder pelo vício do fato do produto do seguro pode ser escolhido pelo segurado, seria o foro nacional o estrangeiro, sendo que no primeiro só há cobertura para as condenações sofridas por Cortes nacionais (dano no exterior, mas processo judicial no Brasil), ou para sentenças estrangeiras que tenha sido homologada nos tribunais superiores.

A garantia pode ser feita em moeda nacional ou estrangeira, mas o "punitive damages" é excluído.





**Ponencia 6**  
**CONSIDERACIONES ACERCA DEL SEGURO DE TRANSPORTE DE  
MERCANCIAS Y SU COEXISTENCIA CON EL SEGURO DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR**

**Leonardo Umaña**  
Director de la Cámara de Transportes  
FASECOLDA

SUMARIO

1. Introducción. 2. Tipos de seguro de transporte. 3. Coexistencia del seguro de transporte de mercancías el seguro de responsabilidad civil del transportador. 4. Ineficiencia económica derivada de la práctica comercial. 5. Alternativas de coexistencia entre el seguro de daños a la mercancía y el seguro de responsabilidad civil del transportador; a) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad; b) Las cláusulas de renuncia a la subrogación; c) Consideraciones de eficiencia económica; d) Efectos en el ordenamiento jurídico de la responsabilidad. 6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El seguro de transporte de mercancías y las normas que lo gobiernan se han desarrollado a partir del seguro marítimo. Inclusive, en el lenguaje jurídico anglosajón, el término *marine insurance* involucra a los seguros de transporte terrestre, aunque cuando se quiere precisar alguna diferencia entre los seguros marítimo y terrestre es común que se utilice la expresión *inland marine insurance*.

El seguro terrestre surge mucho después que el seguro marítimo, como consecuencia de la utilización masiva del ferrocarril como vehículo de carga. Pero es con la aparición y progresivo desarrollo del transporte por carretera, donde el seguro adquiere relevancia.

En términos generales, el seguro de transporte es el seguro contra los riesgos que amenazan el interés del asegurado durante el transporte de los bienes, y en los momentos que le preceden, interrumpen o le siguen. El común denominador de este tipo de seguros es entonces, que los daños se produzcan con ocasión o a consecuencia del transporte. De ello se infiere la estrecha relación que existe entre el contrato de transporte suscrito por el transportador de la carga con su respectivo generador, remitente o consignatario y el contrato de seguro de transporte.

Dentro del ramo general de los seguros de transporte terrestre, deben diferenciarse los seguros del transporte fluvial, por ferrocarril y por medio de camiones, cada uno de ellos con sus particularidades. En este trabajo, nos referiremos en general al seguro del transporte terrestre por medio de camiones.

Por último cabe resaltar, que el mercado de los seguros de transporte tiende a ser cada día más, un mercado internacional. Con el propósito de atender esta realidad, el análisis que propone este documento se hace con base principalmente en el marco jurídico colombiano, pero prestando también atención a las reglas del comercio internacional y al de los países de América Latina.

## 2. TIPOS DE SEGUROS DE TRANSPORTE

En el mercado de seguros de transporte pueden distinguirse cuatro tipos principales:

- *El seguro de transporte para el dueño de la carga o usuario del transporte, también llamado seguro de mercancías:* este seguro, ampara al propietario legal de la mercancía (generador) en caso de daño o pérdida de la misma y forma parte de los seguros de daños.
- *El seguro de transporte para el transportador de la carga, también llamado seguro de responsabilidad civil contractual:* Este seguro cubre el riesgo de que le sean reclamados daños o pérdidas de mercancía en aplicación del contrato de transporte. Las reglas del transporte internacional están basadas en un sistema de responsabilidad limitada y culposa del transportista, en virtud del cual éste asume el compromiso de transportar indemnes las mercancías hasta el lugar pactado, debiendo responder por los daños o pérdidas que pudieran ocasionarse a las mismas por su culpa o negligencia.

El seguro que adquiere un transportador de carga es entonces un seguro de responsabilidad civil contractual, pues su objetivo es proteger el patrimonio de este ante el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas con el generador, siempre y cuando el incumplimiento pudiera haber sido evitado o prevenido por el transportador. Cabe resaltar, que en la legislación colombiana la aseguradora solo amparará al transportador, si el daño a la mercancía fue fruto de una acción u omisión “culposa”. Si la acción fue dolosa, la aseguradora no está obligada a pagar, por lo que en este caso, el transportador deberá responder con su patrimonio. Si el daño fue fruto de una causa extraña o fuerza de la naturaleza, el transportador esta exento de responsabilidad y ni el, ni su aseguradora, están obligados a pagar.

- *El seguro del medio utilizado para transportar o seguro de cascos:* la finalidad de este seguro es cubrir la pérdida o daño del medio utilizado para transportar (buque o camión) por diversos motivos como por ejemplo, eventos fortuitos del mar, fuego, robo con violencia, choque, etc. Vale la pena mencionar, que en Colombia el seguro de casco de camiones hace parte de la producción del ramo de automóviles y el de buques de la producción del ramo de transporte.
- *El seguro del flete o del beneficio esperado por la realización del transporte:* este seguro pueden adquirirlo tanto generadores de carga como transportadores, para amparar el riesgo de lucro cesante derivado de un daño o pérdida de la mercancía.

### **3. COEXISTENCIA DEL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR**

La principal singularidad que presenta el ramo del seguro del transporte terrestre radica en que, en muchos casos, no se produce una clara delimitación entre el seguro que ampara al dueño de la carga, que es un seguro de daños a las cosas materiales, y el de responsabilidad civil del transportador. Como es evidente, en la operación de transporte concurren al menos dos intereses asegurables distintos: aquellos de las personas dueñas de los bienes objeto del transporte, y aquellos propios del sujeto que ejecuta el transporte. Pero el hecho de que esos dos intereses asegurados recaigan sobre un mismo valor asegurable, el de la mercancía, ha venido planteando en el ámbito del transporte terrestre dificultades de delimitación entre ambos tipos de coberturas, con los consiguientes problemas jurídicos y actuariales que ello conlleva.

El seguro contra daños, en el que el asegurado es el interesado en la mercancía, ya sea como generador, remitente o como consignatario, es diferente al seguro por el que el transportador se cubre en caso de pérdida, avería o retraso en la entrega de la mercancía, que es un seguro de su patrimonio o de la responsabilidad civil. Cada uno de ellos ampara intereses diversos, cumpliendo funciones económicas y sociales propias en el comercio. Las mercancías se aseguran para cubrir los riesgos del transporte en defensa de los intereses de titulares de la carga. Por su parte, la cobertura del seguro de responsabilidad civil para el transportador tiene por único objeto liberar a éste del eventual desembolso a que se vería obligado frente al usuario del servicio o a quien pruebe un derecho sobre las mercancías: en este seguro, por tanto, no se cubren bienes concretos del asegurado, sino todo su patrimonio.

Por ello conviene referirse, de un lado al Seguro del Transporte Terrestre de Mercancías, en sentido estricto, adquirido generalmente por el propietario de las mercancías o el usuario del servicio de transporte, y del otro, al Seguro de

Responsabilidad del Transportador, al que con mucha frecuencia se denomina también “seguro de transporte de mercancías”.

Así, los riesgos inherentes a la operación de transporte se reparten entre transportadores y generadores según el criterio de la culpa: si las mercancías sufren daños por causa atribuible al transportador, éste asume el deber de indemnizar a los titulares de aquéllas, mientras que el riesgo de que la carga sufra daño o avería por causa no imputable al transportista lo asumirá el generador.

Este reparto de los riesgos entre las partes del contrato de transporte implica que cada una de ellas debe procurar la cobertura de seguros de su propio interés. El transportador se asegura contra el riesgo de que le sean reclamados unos daños a las mercancías en virtud del contrato de transporte, pero sin incluir en la póliza riesgos por los que no este obligado a responder o que excedan el límite de la responsabilidad.

El generador, por su parte, no logra cubrir todos sus riesgos a través del seguro de responsabilidad civil del transportador, que sólo opera si las mercancías sufren daños o pérdidas por culpa o negligencia del transportista. Para completar la cobertura, el generador puede adquirir un seguro de daños a las mercancías, completamente independiente de la relación contractual mantenida con el transportador, que le permita dirigirse directamente contra el asegurador en caso de siniestro.

Por consiguiente, mientras que el seguro de responsabilidad civil del transportador, cubre el riesgo de que las mercancías sufran daño o se pierdan por culpa del transportador y dentro de los límites legales de responsabilidad, todos los demás riesgos inherentes a la operación de transporte han de ampararse bajo el seguro de mercancías, de forma que, en caso de que se produzca un siniestro, si su origen no es imputable al transportador, será el asegurador de las mercancías el que soporte íntegramente la carga de indemnizar al asegurado, mas si se comprueba culpa o negligencia del transportista, el asegurador de las mercancías podrá subrogarse en la posición de su asegurado, repitiendo contra el transportador o directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil de éste. Por ello puede afirmarse que, bajo el marco jurídico colombiano, el seguro de daños a las mercancías transportadas y el seguro de responsabilidad civil del transportador cumplen un papel complementario, correspondiendo a cada uno de ellos su propio ámbito de cobertura de los riesgos inherentes a la operación de transporte.

De la necesidad de que el seguro de mercancías y el seguro de responsabilidad civil del transportador operen como coberturas complementarias se deduce la importancia de que se lleve a cabo una adecuada delimitación entre ambas modalidades asegurativas. En efecto, la correcta separación de coberturas facilita la determinación de los riesgos y mejora el cálculo de las primas. Sin embargo, es frecuente encontrar en el mercado colombiano, que la

función complementaria entre el seguro de mercancías y el seguro de responsabilidad civil del transportador se distorsione o no opere a plenitud.

#### **4. INEFICIENCIA ECONÓMICA DERIVADA DE LA PRÁCTICA COMERCIAL**

La confusión que existe entre el seguro de daños y el seguro de responsabilidad civil para el transportador se deriva principalmente de la práctica comercial.

En primera instancia, puede atribuirse la confusión de dos coberturas, que conceptualmente aparecen bien diferenciadas, a razones históricas, debido a la falta de experiencia de las compañías aseguradoras en el aseguramiento de un fenómeno relativamente reciente, en comparación con otros medios de transporte.

Hoy, sin embargo, la confusión se explica principalmente por motivos de orden económico. Por ciertas razones puede afirmarse que asegurar los riesgos inherentes al transporte mediante dos seguros diferentes es un sistema ineficiente desde el punto de vista económico, pues contribuye a encarecer innecesariamente los costos del seguro. Por este motivo, las aseguradoras tienden a emplear otros mecanismos que faciliten el abaratamiento de tales costos, generalmente mediante la redacción de una misma póliza para el seguro de mercancías y para el seguro de responsabilidad civil del transportador. Con tales prácticas se intenta ofrecer respuesta a las exigencias del mercado, pero a través de alternativas poco técnicas que crean graves problemas de interpretación.

Como se menciono anteriormente, para que los riesgos inherentes a la operación de transporte terrestre queden adecuadamente cubiertos, es preciso que tanto el transportador como el generador negocien la cobertura de los riesgos que respectivamente asumen en defensa de su propio interés, siendo necesarios dos seguros diferentes para asegurar una misma operación: de un lado, el de daños, y, del otro, el de responsabilidad civil del transportador. Ambas coberturas recaen sobre el mismo objeto material (las mercancías) y se activan cuando concurre un mismo riesgo (que la carga sufra daños durante su transporte), aunque en defensa de intereses distintos.

Se produce, por tanto, la concurrencia de seguros sobre los mismos riesgos, ya que diversos aseguradores cubren el riesgo de que la mercancía transportada se deteriore o se pierda por culpa o negligencia del transportador, siendo precisamente esta concurrencia la que da lugar al ejercicio de la acción de subrogación, puesto que el asegurador de las mercancías intentará recuperar por esa vía todo o parte de la indemnización pagada a su asegurado. Se puede afirmar entonces, que el seguro de responsabilidad civil del transportador es en la práctica, un seguro contra el ejercicio de la acción de subrogación del asegurador de la carga. Claro está, que lo anterior procede sólo cuando las mercancías sufran daño por culpa o negligencia del transportador. Si el origen

del daño es, por el contrario, un hecho no imputable al transportador, no opera la cobertura del seguro de responsabilidad civil, asumiendo la totalidad de la indemnización el asegurador del generador.

Cabe resaltar, que la superposición de coberturas de los seguros del transporte, denominada en el derecho anglosajón *overlapping Insurance*, no debe confundirse con otras situaciones en que de forma directa o indirecta, varias compañías de seguros cubren un mismo riesgo. No existe la duplicidad de coberturas en el aseguramiento simultáneo de generador y transportador, pues para que esto suceda la cobertura debe recaer no sólo sobre un mismo riesgo, sino además sobre un mismo interés. Tampoco existe la concurrencia de seguros o doble seguro, pues la indemnización sólo la paga un asegurador, bien el de la carga o bien el de la responsabilidad del transportador, por efecto de la acción de subrogación.

Por diversos motivos, la mencionada superposición de coberturas conlleva un incremento de los costos de aseguramiento, del conjunto de los riesgos inherentes al transporte: i) parece evidente que la necesidad de pagar dos primas encarece el precio total del transporte y, consecuentemente, el precio final del producto en destino, sin que por ello la mercancía viaje más segura. ii) el ejercicio de la acción de subrogación por medio de la cual el asegurador de daños intentará recuperar todo o parte de lo pagado a su asegurado, repitiendo contra el transportador o su respectiva aseguradora, implica unos costos burocráticos y legales, de manera que aunque se consiga recuperar parte de lo abonado como indemnización al asegurado (lo que no siempre ocurre pues hay que probar la culpa o negligencia del transportador), muchas veces tal cantidad no compensará los gastos ocasionados por la reclamación. iii) las compañías de seguros negocian entre si sobre lo subrogable para evitar ir a pleito, por lo que por esta razón, también en la práctica lo recuperado es frecuentemente inferior a lo pagado<sup>341</sup>. iv) si una misma aseguradora ampara al generador y también al transportador, implícitamente está renunciando a la posibilidad de subrogarse. v) el asegurador del generador puede acceder, por razones exclusivamente comerciales, a renunciar a la subrogación en contra del transportador, sin que necesariamente compense esta situación, aumentando las primas.

Con base en lo anterior, puede concluirse que en Colombia, la actual estructura asegurativa del transporte terrestre no es la más adecuada desde el punto de vista económico.

Desde un punto de vista teórico, pueden proponerse distintas fórmulas para evitar esta superposición de seguros. Por ejemplo, el generador podría adquirir una cobertura en la que el asegurador responda sólo en los casos en que no se pueda reclamar al transportador una indemnización por daños a la mercancía. Sin embargo, esta alternativa no satisfaría al generador. El interesado en que

---

<sup>341</sup> Para el año 2007, la tasa de subrogación en Colombia, con base en lo subrogable, es cercana al 35%.

las mercancías lleguen indemnes a su destino prefiere en la mayoría de los casos un seguro que cubra también la posibilidad de que los daños a la carga sean originados por la culpa o negligencia del transportador por lo que preferirá negociar un seguro todo riesgo. Con ello el generador evita la preocupación de tener que demandar al transportador en caso de siniestro, pues ocurrido el accidente reclama el daño al asegurador, siendo éste el que por medio de la acción de subrogación se encargará de ejercer, si procede, las acciones que correspondan al asegurado. Por consiguiente, en la mayoría de los casos, de producirse el siniestro el asegurador pagará la indemnización. Si el origen del daño es una fuerza mayor, el asegurador soportará el riesgo, pero si el siniestro es imputable al transportador, el asegurador se subrogará en los derechos del asegurado, dirigiéndose contra el transportador, o directamente contra su asegurador de responsabilidad civil.

## **5. ALTERNATIVAS DE COEXISTENCIA ENTRE EL SEGURO DE DAÑOS A LA MERCANCIA Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR**

- *Sistema de responsabilidad civil objetiva del transportador*

Una de las soluciones posibles para evitar la duplicidad de coberturas sobre los mismos riesgos es la implantación de un sistema de responsabilidad objetiva del transportador; de esta forma, el transportador absorbería todos los riesgos de la operación de transporte (incluyendo caso fortuito, fuerza mayor y culpa grave) salvo contadas excepciones como la guerra o las huelgas. En este sistema, sería innecesario que el generador se asegurara, puesto que podría reclamar al transportador o a su aseguradora, sea cual sea la causa del daño. Sólo sería necesario que el generador comprara una póliza de mercancías específica para amparar las contadas excepciones de responsabilidad del transportador y el exceso en el límite de responsabilidad del mismo. De esta forma, no procedería la acción de subrogación que los aseguradores del generador ejercen contra los aseguradores de la responsabilidad de los transportadores y tampoco se incurriría en los gastos relacionados con la doble cobertura de los mismos riesgos por parte de los seguros de daños y los seguros de responsabilidad civil.

Por otro lado, con este sistema se reducirían considerablemente los costos derivados de la investigación de las causas del siniestro, y los costos judiciales derivados de las demandas o arbitrajes, inevitables cuando las partes no alcanzan acuerdo sobre el origen o culpable del daño. Precisamente, uno de los grandes inconvenientes del sistema de responsabilidad por culpa es que existe la necesidad de determinar la responsabilidad del transportador para poder proceder con la indemnización, lo que dificulta la acertada valoración de las coberturas, al no ser siempre posible el cálculo de los riesgos que terminará asumiendo cada una de las partes.

Finalmente, puede suponerse que en un régimen de responsabilidad objetiva, por definición es más estricto, se fomenta el profesionalismo del transportador lo que a la postre disminuiría la siniestralidad y por consiguientes el valor de las primas.

- *Absorción total de riesgos por parte del generador*

A pesar de las mencionadas bondades del sistema de responsabilidad civil objetiva, razones de orden práctico permiten afirmar que la cobertura de los riesgos de transporte se realiza de forma mas adecuada a través de un seguro de daños, que ofrece una garantía directa sobre el objeto transportado y no, sobre la responsabilidad civil del transportador. Entre las alternativas de mercado tendientes a restar importancia al seguro de responsabilidad civil del transportador y trasladar todo el riesgo al generador, merecen especial atención las cláusulas de exoneración de responsabilidad ni las cláusulas de renuncia a la subrogación.

*A). Las cláusulas de exoneración de responsabilidad*

En virtud de estas cláusulas se excluye la responsabilidad del transportador por daños o pérdidas de la mercancía transportada. Esto tiene un efecto directo sobre la relación entre el asegurado y su asegurador en el seguro de daños, puesto que al privar al generador de sus derechos contra el transportador, se imposibilita que el asegurador de la carga pueda, por medio de la acción de subrogación, recuperar la cantidad abonada al asegurado en concepto de daños sufridos por las mercancías. Desde el punto de vista económico, parece evidente la incidencia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del transportador: al absorber todos los riesgos de la operación de transporte el generador, se hace innecesaria la cobertura de la responsabilidad civil del transportador, por lo que mediante un solo seguro, el de daños, se aseguran los riesgos inherentes al transporte.

En Colombia, el generador debe pactar las cláusulas de exoneración de responsabilidad con el transportador, de cara a su aseguradora, so pena de perder el derecho a la indemnización del seguro de daños, por cuanto la aseguradora de las mercancías no podrá subrogarse contra el transportador. En teoría, si la aseguradora de las mercancías acepta asegurar al generador conociendo el pacto de exoneración de responsabilidad, lo hace a cambio de un incremento en la prima, que desde el punto de vista actuarial, compense la imposibilidad de ejercer la acción de subrogación.

*B) Las cláusulas de renuncia a la subrogación*

En virtud de estas cláusulas, el asegurador de las mercancías renuncia a ejercer la acción de subrogación en contra del transportador responsable de la pérdida o daño de la carga, una vez haya indemnizado al generador. Se trata entonces de un acuerdo entre el generador y su asegurador, por medio del cual el segundo renuncia al derecho que tiene legalmente. Cabe resaltar, que la



existencia de una cláusula de renuncia a la subrogación entre el generador y su aseguradora, no impide que el generador reclame directamente al transportador la indemnización a la que hubiere lugar, como si ocurre con la cláusula de exoneración de responsabilidad.

Como sucede con las cláusulas de exoneración de responsabilidad y solo desde el punto de vista teórico, la aseguradora de las mercancías acepta las cláusulas de renuncia a la subrogación a cambio de un incremento en la prima, que desde el punto de vista actuarial, compense la imposibilidad de ejercer la acción de subrogación.

Finalmente, es importante anotar que aunque el seguro del generador cubra todo el riesgo de la operación de transporte, es frecuente que existan deducibles o límites de cobertura, por lo que el generador podrá repetir contra el transportador, si la indemnización no repone la totalidad del daño o la pérdida. Por lo tanto, si el transportador quiere protegerse de forma suficiente, deberá adquirir un seguro de responsabilidad civil específico, que ampare lo que el generador no recibe de su seguro, siempre y cuando el daño o la pérdida sea imputable al transportador. Por supuesto que este seguro de responsabilidad civil específico, al amparar un riesgo mucho menor, deberá ser más económico.

### *C). Consideraciones de eficiencia económica*

El impacto económico para la sociedad, de la utilización de cualquiera de los dos tipos de cláusulas, en términos del precio del transporte, será positivo en la medida en que el seguro de responsabilidad civil específico que en este escenario deberá comprar el transportador, sea lo suficientemente más económico como para compensar el aumento en la prima del seguro del generador, que se genera a causa de la inexistencia de la subrogación. En caso contrario, esta alternativa resultaría más onerosa que el esquema tradicional.

### *D). Efectos en el ordenamiento jurídico de la responsabilidad*

Aunque existan beneficios de tipo económico, el desplazamiento de los riesgos de la operación del transporte al generador, a través de la adopción de las cláusulas de exoneración de responsabilidad o de renuncia a la subrogación, las implicaciones en términos de justicia material pueden ser graves. En efecto, el ordenamiento jurídico impone el deber de reparación a aquel que causa los daños, considerando que resulta injusto que quien se comporta de manera culposa o negligente pueda evadir su responsabilidad. Por esta razón, el régimen de responsabilidad civil del transportador no debe responder solo a la eficiencia económica, si no también distribuir de la forma más equitativa el riesgo de la operación de transporte entre las partes.

## 6. CONCLUSIONES

El éxito de la coordinación entre el seguro de daños a la mercancía y el seguro de responsabilidad civil de transportador, depende del establecimiento de un régimen adecuado de responsabilidad civil del transportador y de una adecuada delimitación de las coberturas entre los dos seguros.

Esta coordinación requiere también un esquema eficiente de distribución de riesgos en la operación de transporte entre las partes.

El mercado parece orientarse a dar primero solución al problema de la eficiencia económica, mas aun cuando los argumentos de justicia material son de orden filosófico y conceptual<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> No puede comprobarse fácilmente, que la exoneración de responsabilidad del transportador es un desincentivo en su desempeño profesional.

**Ponencia 7**  
**BREVES NOTAS SOBRE A ACÇÃO DIRECTA CONTRA OS P. & I. CLUBS**

**Luis Filipe Caldas**<sup>343</sup>  
Saecção AIDA de Portugal

SUMARIO

1. Génese e evolução. 2. “Protection” e “Indemnity”. 3. A legalidade da regra “pay first to be paid”. 3.1. Princípios legais em Inglaterra. 3.2. Decisões da *House of Lords*. 3.3. A validade da regra “pay first to be paid” noutras jurisdições. 4. Decisões dos tribunais portugueses. 5. Casos de acção directa contra os P. & I. Clubs.

## 1. GÉNESE E EVOLUÇÃO

É consabido que os P. & I. Clubs (*Protection & Indemnity Clubs*) tiveram origem em Inglaterra e constituíram uma reacção dos armadores ingleses ao monopólio dos seguros instituído em 1720.

Com efeito, só a Royal Exchange Assurance e a London Assurance estavam autorizadas a exercer a actividade seguradora em Inglaterra. Em consequência, os prémios cobrados pelas duas únicas sociedades autorizadas a exercer a actividade seguradora naquele país atingiram valores proibitivos. A cobertura então em causa era de algum modo a correspondente ao chamado seguro de casco e máquinas (contra os riscos de perda ou danos na embarcação) mas muito limitada para as necessidades dos armadores.

O fim daquele monopólio, decretado em 1824, e a concorrência daí resultante fizeram entrar em declínio os P. & I. Clubs uma vez que estes cobriam os riscos correspondentes ao seguro de casco.

---

<sup>343</sup> Advogado, Mestre em Direito Europeu e também Mestre em Direito Criminal. Pós Graduado em: Direito Penal Económico e Europeu; Direito das Sociedades Comerciais; Direito Bancário da Bolsa e dos Seguros; Direito da Regulação e da Concorrência; Legística e Ciência da Legislação. Diplomado em Alta Direcção de Empresas da AESE - Escola de Direcção e Negócios. Membro da Direcção da Secção Portuguesa da AIDA; Membro da Comissão Jurídica do Instituto Português de Corporate Governance; Membro do Conselho Geral da Caixa de Previdência de Advogados e Solicitadores de Portugal e ainda membro do Instituto de Valores Imobiliários. É membro da IBA - International Bar Association e da UIA - Union Internationale des Avocats. Antigo Director Executivo de Companhias de Seguros dos Grupos AGF e Allianz em Portugal. Advogado em Serra Lopes, Cortes Martins & Associados, Sociedade de Advogados RLRua General Firmino Miguel, nº 3 (Torre 2) 12º, 1600-100 Lisboa, Portugal [www.lfc@sclm.pt](http://www.lfc@sclm.pt); [www.lfcaldas@netcabo.pt](mailto:www.lfcaldas@netcabo.pt)

Porém, a revolução industrial, o aparecimento de novos tipos de navios, o incremento do comércio e o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil em virtude de riscos que, de forma mais gravosa, afectavam terceiros – riscos para os quais os seguradores de casco não ofereciam cobertura – fizeram renascer a importância dos *P. & I. Clubs* em meados do Sec. XIX, mas agora tendo em vista a cobertura de outros riscos.

Assim, os actuais *P. & I. Clubs* estão sobretudo vocacionados para a prestação de serviços aos armadores seus associados, dos mais diferentes países, que incluem quer a protecção quer o reembolso em caso de pagamento de indemnizações a terceiros (responsabilidade civil contratual e extracontratual).

## 2. PROTECTION E INDEMNITY

Os termos e condições da “protecção” e “indemnização” concedidas aos associados constam de um conjunto de regras (*Book of Rules*) onde se determina, além do mais, a lei que rege o contrato entre mútua e associados e quais os termos e condições de cobertura desta modalidade de seguro. Na generalidade, a cobertura de *P. & I. Clubs* rege-se pela lei inglesa visto que é sobretudo neste país que estão sediados ou têm a sua administração efectiva.

A “protecção” (*Protection*) consiste no apoio técnico com vista à prevenção de sinistros, no aconselhamento e apoio jurídico sempre que o associado esteja confrontado com uma pretensão de terceiros de que possa resultar o pagamento de uma indemnização, prestação de informação sobre legislação em matérias de interesse para os associados no exercício da sua actividade (que os põe em contacto com diferentes ordens jurídicas), prestação de garantias para obstar ao arresto de navios, entre outros serviços.

Porém, a inscrição dos navios promovida pelo associado junto do seu *P. & I. Club* não acarreta a transferência da responsabilidade civil do associado para a mútua.

A “indemnização” (*Indemnity*) consiste no direito conferido ao associado através do qual este pode reclamar o reembolso da indemnização ou indemnizações que tiver, previamente, pago a terceiros. Daqui decorre que o associado tem sempre de cumprir, efectiva e previamente, a obrigação que lhe for imposta por decisão judicial e só depois disso poderá pedir o reembolso ao Clube. A obrigação de cumprir previamente resulta da chamada regra “pay first to be paid”.

Parece, por isso mais adequado dizer que as regras que regem a cobertura conferida pelos *P. & I. Clubs* aos seus associados permitem que estes sejam “reembolsados” (é esse o sentido da expressão “indemnity”) em função (e na medida) do que tiverem contratado com a mútua, a qual, naturalmente, impõe sempre quantias a cargo do associado (designadas por “deductibles”) definidas

no chamado “certificado de inscrição” do navio na mútua já que os *P. & I. Clubs* não emitem apólices.

### 3. A LEGALIDADE DA REGRA “PAY FIRST TO BE PAID”

Como nalgumas jurisdições é legalmente permitida a acção directa do lesado contra o segurador (nos chamados seguros “especulativos”) tem havido casos em que se pretende aplicar idêntica solução às coberturas conferidas pelos *P. & I. Clubs* aos seus associados.

Como a esmagadora maioria dos *P. & I. Clubs* tem administração e sede em Inglaterra (ou sede nominal em nações da *Commonwealth*, nomeadamente nas Bermudas, mas administração em Londres) recorda-se, de forma resumida, os princípios legais e os “precedent cases” da *House of Lords* relativos a esta cobertura de protecção e indemnização (ou reembolso).

#### 3.1 Princípios legais em Inglaterra

O contrato celebrado entre o *P. & I. Club* e cada armador seu associado é um contrato de associação. Constitui condição prévia ao exercício do direito de obter o reembolso, a partir dos fundos da associação (*Club*), que o associado tenha, previamente, ressarcido os terceiros ou pago os custos ou despesas inerentes aos litígios com fundos próprios (do associado). A *ratio* desta regra é a de que o *P. & I. Club* não é um “straight insurer” (literalmente: segurador directo).

Os livros de regras dos *Clubs* contêm ainda duas outras importantes regras, a saber:

- Se houver um litígio entre o *P. & I. Club* e o associado, este terá de ser dirimido pela Comissão da Associação. Se tal decisão não for aceite, a disputa terá de ser resolvida por arbitragem em Londres;
- A cobertura concedida pelo *P. & I. Club* rege-se pela lei inglesa.

Constitui princípio fundamental da lei inglesa que só quem for parte num contrato poderá accionar judicialmente a outra parte contratante (*Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd* [1915] AC 847).

A lei inglesa não contempla o *jus quaesitum tertio* no domínio das relações contratuais. Assim, se “A” contratar com “B”, o terceiro “C” não poderá demandar judicialmente nem “A” nem “B” com fundamento em tal contrato, ainda que tal contrato tenha sido celebrado por aqueles (“A” e “B”) em seu benefício (“C”).

### 3.2 Decisões da *House of Lords*

Para de algum modo afastar o excessivo rigor desta disposição, foi promulgado o *Third Party (Rights against the insurers) Act, 1930*. Este Decreto permite, em casos muito limitados, nomeadamente em caso de insolvência ou liquidação do segurado, que o terceiro lesado demande directamente o segurador.

Todavia, as consequências deste *1930 Act* relativamente às coberturas conferidas pelos *P. & I. Clubs* foram analisadas pela *House of Lords* no caso precedente “Fanti” e “Padre Island” [1990] 2LL 191.

Face à insolvência do armador, o terceiro reclamante, interessado em carga que sofrera avarias, demandou directamente o *P. & I. Club* invocando para tanto o *1930 Act*. Porém, a Câmara dos Lordes decidiu que, como o armador e associado da mútua só era titular de um direito de reembolso, o terceiro reclamante não poderia ficar numa situação mais vantajosa do que aquela em que se encontraria o próprio associado.

O direito ao reembolso só operaria na medida em que o armador (ou a massa insolvente) tivesse satisfeito o pagamento dessa indemnização ao terceiro reclamante.

Ficou, pois, assente pela mais alta instância Inglesa que os terceiros não podiam demandar directamente os *P. & I. Clubs*.

O *1930 Act* veio depois a ser alterado pelo *The Contracts (Rights of third parties) Act 1999*, mas as disposições deste último Decreto não afectaram a validade da regra “*pay first to be paid*”, que continua a reger as relações entre *P. & I. Clubs* e os seus associados.

### 3.3 A validade da regra “*pay first to be paid*” noutras jurisdições

Todavia, o princípio “*pay first to be paid*” não é exclusivo dos *P. & I. Clubs* cuja cobertura se rege pela lei inglesa.

Com efeito, idêntico princípio foi adoptado por outros *P. & I. Clubs* com sede noutros países, nomeadamente escandinavos, onde esta regra tem igualmente consagração legal e obsta à chamada acção directa de terceiros.

Na Noruega foi publicado o *Insurance Contracts Act de 16.06.1989* (ICA).

Este Decreto confere a um terceiro lesado o direito de demandar directamente o segurador do autor da lesão caso haja transferência da responsabilidade civil. Porém, a secção 7-6, Regra 28.5, do ICA exclui a possibilidade de acção directa sempre que esteja em causa uma cobertura de *P. & I.* que obrigue o associado a cumprir previamente o pagamento de qualquer indemnização

(como acontece sem excepção) e lhe confira apenas um direito de reembolso (decorrente da condição “*pay first to be paid*”).

Mas ao contrário do que sucede em Inglaterra, a lei norueguesa permite a acção directa contra o *P. & I. Club* em caso de insolvência do associado.

Nos EUA também foi decidido que compete ao segurado ou associado do *P. & I.* pagar a indemnização por perdas e danos devida a terceiros para poder reclamar o reembolso da mútua, dispondo-se ainda que o *P. & I. Club* não é directamente responsável perante credores do armador associado, ainda que este seja declarado insolvente, uma vez que não se trata de uma cobertura de responsabilidade civil, mas de reembolso (*Ali Galeb Ahmed v. American Steamship Owners Mutual P. & I. Association*).

#### 4. DECISÕES DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

São reduzidos os casos em que a questão da admissibilidade da acção directa contra os *P. & I. Clubs* foi suscitada perante os tribunais portugueses, concretamente junto do Tribunal Marítimo de Lisboa.

Tem sido pacífico o entendimento de que – atenta a lei que rege a cobertura dos *P. & I. Clubs* e os termos e condições em que tal cobertura é conferida – não há fundamento para um terceiro lesado (seja em sede de responsabilidade civil contratual seja de responsabilidade civil extracontratual) demandar directamente o *P. & I. Club* do armador. Significa isto que aquele Tribunal de competência especializada tem acolhido nas suas (poucas) decisões os princípios legais e disposições contratuais referidos em 3.1, 3.2. e 3.3. *supra*.

Os fundamentos invocados contra a acção directa têm sido os seguintes:

- Cumpre atender à Lei que rege o contrato de associação entre o armador / associado e o *P. & I. Club* / associação;
- Cumpre também ter em conta os termos e condições dessa cobertura, nomeadamente a obrigação de o associado dever cumprir com fundos próprios, previamente, qualquer indemnização que lhe seja imposta judicialmente, dispondo apenas de um direito a ser reembolsado pelos fundos da mútua;
- A Lei que rege o contrato entre o armador e o *P. & I. Club* não permite que um terceiro accione o *P. & I. Club*;
- A cobertura de *P. & I.* não opera nem tem a finalidade de transferir a responsabilidade civil contratual do associado;
- Também não transfere a responsabilidade civil extracontratual do armador / associado para o *P. & I. Club* / associação, não podendo o terceiro demandar directamente a associação.

Tanto quanto se pode aduzir, as decisões do Tribunal Marítimo de Lisboa têm tido em conta os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade

em Direito Internacional Privado, comum à esmagadora maioria dos sistemas nacionais, princípio este que se manifesta na liberdade que é reconhecida às partes de designarem o Direito aplicável. Como esclarece Lima Pinheiro, para a justificação da eficácia jurídica da convenção sobre o Direito aplicável (*professio juris*) concorrem “(...) razões de certeza, previsibilidade e de facilidade para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à protecção da confiança recíproca. Enfim, é de partir do princípio que a conexão operada mediante a designação feita pelas partes exprime, numa concreta relação de vida, uma solução adequada aos seus interesses.” (DIP, Vol. II, Direito de Conflitos, parte especial, 2ª Ed., Almedina, p. 182).

Registe-se que os associados de um dado *P. & I. Club* são armadores sediados em diferentes países. A lei que rege o contrato de associação é a que corresponde ao país onde a mútua tem a sua administração efectiva, como ficou referido acima.

Afigura-se-nos que a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, que entrou em vigor para Portugal em 01.09.1994, também não constituirá obstáculo à designação da lei do local onde o *P. & I. Club* tem a sua administração efectiva como Direito aplicável ao contrato.

Parece ainda não se vislumbrar que a designação como Direito aplicável ao contrato entre armador e *P. & I. Club* constitua reserva de ordem pública internacional do Estado Português impeditiva dessa designação. Para a reserva ou excepção de ordem pública internacional intervir, será sempre necessário, nas palavras de Baptista Machado “(...) que o direito estrangeiro aplicável atropеле grosseiramente a concepção de justiça de direito material, tal como o Estado do foro o entende. Será sempre preciso que esse direito estrangeiro comova ou abale os próprios fundamentos da ordem jurídica interna.” (Lições de DIP., Coimbra, 1974, p. 263).

Já em França, onde há lei expressa que permite a acção directa do terceiro contra o segurador de responsabilidade civil (não é o caso dos chamados *P. & I. Clubs*), a questão da acção directa contra os *P. & I. Clubs* tem sido muito debatida, havendo decisões dos tribunais num e noutro sentido.

Ao que parece, em Espanha (e provavelmente noutras jurisdições da América do Sul, tributárias do Direito Espanhol) é igualmente possível a acção directa contra os seguradores que cobram prémios “especulativos” em virtude de disposição legal própria.

Entre nós admite-se também a acção directa contra o segurador para quem é transferida a responsabilidade civil do segurado causador do dano, mas mais por força da doutrina e decisões dos tribunais portugueses do que por via de disposição legal expressa. Sempre, claro está, no domínio das coberturas conferidas pelas chamadas seguradoras “comerciais”, em que ocorre a transferência da responsabilidade civil do segurado para o seu segurador (v.g. no seguro de responsabilidade civil automóvel).



Porém, outra é a realidade em apreço já que a cobertura proporcionada pelos *P. & I. Clubs* aos seus associados não acarreta a transferência de tal responsabilidade, regendo-se ainda a cobertura por leis que acolhem a validade dos termos e condições dessa específica modalidade de cobertura de seguro, incluindo a disposição contratual “pay first to be paid”.

## 5. CASOS DE ACÇÃO DIRECTA CONTRA OS *P. & I. CLUBS*

Para além do que acima vai referido, importa aduzir que em Portugal tem havido casos em que os *P. & I. Clubs* são demandados por terceiros sem que daí resulte qualquer dificuldade ou problema para o autor da acção.

É, por exemplo, frequente que um terceiro lesado intente a acção judicial não apenas contra o armador mas também contra o *P. & I. Club* deste, concretamente sempre que o *P. & I. Club* haja prestado garantia (em regra fiança) através da qual assuma a posição de fiador e principal pagador.

É o caso da fiança que é emitida pelo *P. & I. Club* a favor do lesado para obviar a arresto do navio. Idêntica situação ocorrerá, por exemplo, em casos de poluição por hidrocarbonetos, importando aqui salientar que nesses casos, para além da cobertura de *P. & I.* estrita, referida acima de forma brevíssima, o *P. & I. Club* presta, de forma concreta, uma garantia financeira a favor de terceiros mediante a emissão do chamado “Blue Card” (a chamada carta azul), garantia que decorre de exigência imposta pela Convenção de Bruxelas de 1969 relativa à responsabilidade civil em caso de poluição por hidrocarbonetos (*CLC Convention*) para certo tipo de navios.

Estamos, pois, perante mais uma situação específica em que o *P. & I. Club* responderá em função de obrigações expressas que assume perante terceiros, independentemente do que disponham as regras que delimitam a cobertura.

De resto, neste caso (defesa do ambiente e protecção dos interesses dos lesados) como em outro casos em que possa estar em causa interesse relevante de ordem pública, a imposição aos armadores da obrigatoriedade de serem portadores de garantias financeiras adequadas à salvaguarda dos interesses dos Estados e de terceiros conferirá a possibilidade de acção directa contra os *P. & I. Clubs* (se estes vierem a assumir novos riscos e emitirem as correspondentes garantias).

Claro está que o assumir de todas e quaisquer novas (ou mais amplas) responsabilidades (seja pelos *P. & I. Clubs* seja por outrém) acarretará os correspondentes custos, que em última análise serão repercutidos pelos armadores nos fretes marítimos.



# TEMA V EL SEGURO DE GRANDES RIESGOS

## Ponencia 1 EL SEGURO DE GRANDES RIESGOS

**Geraldine Ifrán<sup>344</sup> y Andrea Signorino Barbat<sup>345</sup>**  
República Oriental del Uruguay

### SUMARIO

1. Introducción. 2. Soluciones de derecho comparado. 2.1. España. 2.2. Francia.. 2.3. Chile. 2.4. Uruguay

### 1. INTRODUCCIÓN

Existe a nivel de derecho comparado el principio de protección al consumidor asegurado y de restricción de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en materia de seguros.

---

<sup>344</sup> Abogada egresada de la Universidad de la República, Uruguay; Master en Derecho de la Universidad de Montevideo. Autora del libro Curso de Derecho de Seguros y de artículos especializados. Integra el Consejo de Redacción de la “Revista de Derecho de Seguros, Jurisprudencia y Doctrina”. Docente de Derecho de la Empresa en la Universidad ORT Uruguay. Miembro de la Comisión de Abogados de la Asociación Uruguaya de Empresas Aseguradoras y de la Sección Uruguaya de AIDA. Integra el Departamento de Seguros de FERRERE Abogados. Mail: GIfran@ferrere.com

<sup>345</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay; Traductora Pública en Idioma Francés, Universidad de la República; Postgrado en Gerencia, Universidad ORT Uruguay; Postgrado en Habilidades Gerenciales, Universidad de la Empresa. Miembro de la Junta Directiva (Tesorera) de A.I.D.A., Sección Uruguaya; Asesora Legal de A.U.D.E.A. (Asociación Uruguaya de Empresas Aseguradoras) y Coordinadora de su Comisión de Abogados; Miembro de la Comisión Honoraria Asesora del Poder Ejecutivo en materia Seguros; Gerente de Recursos Humanos y de Administración Legal de REPÚBLICA AFISA (Fideicomiso del Banco de la República Oriental del Uruguay); Perito judicial. Directora de la “Revista de Derecho de Seguros- Jurisprudencia y Doctrina”; Corredactora de proyectos de Ley en materia Seguros; Autora de diversos artículos y disertante en Jornadas, nacionales e internacionales de Derecho de Seguros. Mail: asignorino@netgate.com.uy

Esta protección surge de la aplicación de legislaciones generales sobre consumo o de normas mercantiles específicas para el sector asegurador usualmente contenidas en leyes sobre el contrato de seguro. En algunas jurisdicciones, el régimen es dual. Coexisten las regulaciones sobre defensa del consumidor y las regulaciones sobre el contrato de seguro. El estatuto legal protector del asegurado suele ser de carácter preceptivo. No se admite, en principio, pactar en contrario.

La obligatoriedad de estas leyes protectoras del asegurado encuentra su justificación en la calificación del tomador del seguro como un “contratante débil”. Se considera que el asegurado es la parte débil en el contrato de seguro, entendida esa debilidad en el sentido económico y de conocimiento técnico, respecto de la compañía de seguros. Lo anterior en el contexto de un contrato típico de adhesión como lo es el contrato de seguros. Algunas regulaciones a nivel de derecho comparado han dejado de lado los sistemas rígidos de protección al asegurado y se han orientado a establecer normas semi-imperativas. Si bien el principio protector sigue siendo aplicable para la generalidad de los asegurados, algunas legislaciones consagran, no obstante, ciertas excepciones al mismo.

Una de estas excepciones son los Seguros de Grandes Riesgos. El principio protector del consumidor-asegurado es flexibilizado, o incluso dejado de lado, en los casos de verdaderos imperios empresariales. Estos poseen potencial económico de tal índole que no necesitan ser protegidos. Las relaciones que este tipo de asegurados mantienen con las compañías de seguros se entablan en un plano de igualdad. En estos casos la contratación no se produce según la técnica de la adhesión sino mediante una previa negociación entre pares. Incluso el tomador del seguro puede llegar a ser la parte “fuerte” de la relación contractual.

Los Seguros de Grandes Riesgos se definen por el especial carácter de los tomadores del seguro. Se trata de contratantes que, por verificar ciertos parámetros definidos en las regulaciones, se consideran en un pie de igualdad con la empresa aseguradora al momento de contratar el seguro. La Ley presume que los tomadores de los Seguros de Grandes Riesgos tienen una entidad económica tal que los excluye de la consideración como “parte débil” del contrato de seguro.

En los Seguros de Grandes Riesgos el mercado asegurador adquiere una mayor libertad de contratación y más amplia autonomía de la voluntad. Las partes del contrato de seguro optan por el derecho contractual aplicable a la póliza. Pueden modificar las soluciones legales, en forma favorable o desfavorable al asegurado.

También se flexibiliza el control administrativo de los entes reguladores. Se considera que los tomadores de Seguros de Grandes Riesgos, por sus especiales características, no requieren ser tutelados por las autoridades administrativas. En tal sentido, por ejemplo, los condicionados de estos

seguros quedan excluidos de los regímenes de previa comunicación o aprobación por parte del ente regulador. Asimismo existe la posibilidad de que los grandes riesgos localizados en un determinado país puedan ser cubiertos por compañías de seguros extranjeras, sin necesidad de ningún tipo de autorización administrativa. Los Seguros de Grandes Riesgos plantean, sin lugar a dudas, una problemática interesante a considerar.

No está difundido a nivel de derecho comparado el tratamiento específico de los Seguros de Grandes Riesgos. La ausencia de regulación determina la rigidez de ciertos ordenamientos jurídicos ante la realidad de los grandes riesgos. Es el caso de nuestro país, entre otros países latinoamericanos.

Existen legislaciones que sí abordan a los Seguros de Grandes Riesgos, con diferente profundidad. No obstante, aún en estos casos de regulación expresa se generan problemas interpretativos en cuanto al alcance de estos seguros.

Por ejemplo su definición. Ciertos ordenamientos definen a los Seguros de Grandes Riesgos en función de su pertenencia a ramas de seguros que hacen presumir el poderío económico del asegurado. Otros consideran los seguros que pertenecen a ciertas ramas si, además, el tomador del seguro alcanza determinada entidad económica. Algunas legislaciones requieren la combinación de ambos criterios. La práctica demuestra que muchas de estas soluciones son insuficientes o imprecisas y que debe trabajarse en la delimitación de un concepto razonable y adecuado.

Asimismo se plantea la problemática del impacto de la regulación de los Seguros de Grandes Riesgos en los terceros independientes de los contratantes. En algunos ordenamientos las leyes de consumo o específicas del contrato de seguro no solo protegen al asegurado y a los beneficiarios, sino también a ciertos terceros. Este es el caso, por ejemplo, de regímenes que establecen la acción directa de la víctima o de sus herederos contra la compañía de seguros para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.

En los Seguros de Grandes Riesgos las partes del contrato de seguro tienen libertad para regular su relación. No obstante, se plantea la problemática de si éstos pueden con dicha libertad afectar a terceros protegidos por las regulaciones. De lo que venimos de resumir resulta evidente la utilidad de examinar y discutir este tema, las diferentes normativas que se emplean en las legislaciones para tratarlo y los eventuales inconvenientes que genera su aplicación.

A efectos de propiciar el análisis respecto de los distintos temas involucrados en los Seguros de Grandes Riesgos, analizaremos a continuación las soluciones de las legislaciones de España, Francia, Chile y Uruguay.

## 2. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

### 2.1 España

#### A) Normativa aplicable

La Ley 21/1990 adapta el derecho español a la segunda Directiva comunitaria 88/359/CEE que completa las disposiciones de la primera Directiva 73/239/CEE. Con tal objeto, la Ley 21/1990 modifica la redacción de determinados preceptos de la Ley 50/1980 de 8 de octubre sobre Contrato de Seguro y de la Ley 33/1984 de 2 de agosto sobre Ordenación del Seguro Privado.

#### - Ley 50/1980 de Contrato de Seguro

El art. 2º de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro otorga el carácter imperativo a la norma: *Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que le sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.*

No obstante la imperatividad decae respecto de los Seguros de Grandes Riesgos, según lo establece el art. 44.2 de la misma Ley:

*Art. 44 LCS: 2. No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art. 2 de la misma.*

Por su parte, el art. 107.2 de la Ley de Contrato de Seguro delimita el concepto de los Seguros de Grandes Riesgos:

*Art. 107 LCS: 2. En los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la Ley aplicable.*

*Se considerarán grandes riesgos los siguientes:*

- a) *Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad de transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).*
- b) *Los de crédito y caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad comercial, industrial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.*

c) *Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:*

- *Total del balance: 6.200.00 ecus [ahora euros]*
- *Importe neto de volumen de negocio: 12.800.000 ecus [ahora euros]*
- *Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados*

*Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado."*

- *Ley 33/1984 sobre Ordenación del Seguro Privado*

El contenido de las pólizas que cubran grandes riesgos puede quedar excluido, mediante pacto, de la Ley de Ordenación del seguro privado (art. 23.2 de la Ley y art. 60 en la redacción dada por al Ley 21/1990).

Según el art. 23.4 de la Ley de Ordenación del seguro privado en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 21/1990, el Ministerio de Economía y Hacienda sólo podrá exigir la comunicación sistemática de la documentación contractual y técnica relativa a los grandes riesgos.

## *B) Aspectos vinculados a Seguros de Grandes Riesgos*

De la normativa analizada podemos destacar varios aspectos relacionados al tratamiento de los Seguros de Grandes Riesgos en la normativa española, los cuales analizaremos seguidamente:

- *Seguros de Grandes Riesgos y autonomía de la voluntad*

En la normativa española destaca el énfasis en la autonomía de la voluntad, derivada de la especial característica que reviste el tomador del Seguro de Grandes Riesgos que no requiere tutela de parte de la ley.

El destacado profesor español Fernando Sánchez Calero<sup>346</sup>, señala que los preceptos de la Ley española de Contrato de Seguro tienen en principio carácter imperativo. Agrega que existen, sin embargo, dos hipótesis en las que se daría el carácter dispositivo de los preceptos de la Ley de Contrato de Seguro:

---

<sup>346</sup> Fernando Sánchez Calero, "Ley del contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y sus modificaciones", págs. 77 a 79, 3ª edición Aranzadi, 2005

- Cuando las propias normas de la Ley de Contrato de Seguro establecen el carácter dispositivo, de manifiesto mediante la utilización de la fórmula “salvo disposición contraria de las partes”.
- En los contratos de seguros en los que la propia Ley de Contrato de Seguro excluye su imperatividad a texto expreso y para el conjunto de dichos seguros. No caso a caso, sino en bloque.

En este último caso incluye el contrato de reaseguro y el contrato de Seguro de Grandes Riesgos.

Fundamenta la eliminación de la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro respecto al contrato de reaseguro que, al ser ambas partes aseguradores, en tales contratos no estamos ante un “contratante débil” que precise una especial tutela por parte de la Ley. Esto tanto por el carácter profesional del reasegurador y del reasegurado como por la frecuente internacionalidad del contrato de reaseguro y su clara especialidad.

El otro supuesto de exclusión de la imperatividad es el referente a los Seguros de Grandes Riesgos en la forma indicada por el art. 44.2 que se remite para su delimitación al art. 107.2 tal como quedó redactado por la Ley 30/1995.

En efecto, la redacción actual del apartado 2 del art. 44 procede de la Ley 30/1995 que alteró ligeramente la innovación introducida por la Ley 21/1990 como consecuencia de las exigencias de la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos de vida que hizo relevante el concepto de grandes riesgos en derecho contractual<sup>347</sup>.

La Exposición de Motivos de la Ley 21/1990 señaló que en el contrato de Seguros de Grandes Riesgos “el tomador no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, y habida cuenta de la nueva escala de concurrencia en que el mercado asegurador ha de desenvolverse a partir de ahora, es conveniente dotar a dicho mercado en lo referente a los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente...”.

#### - Alcance del carácter dispositivo en los Seguros de Grandes Riesgos

En los Seguros de Grandes Riesgos, las partes pueden elegir libremente la Ley aplicable al contrato, de forma tal que pueden sustraerse de la aplicación de la Ley española. No obstante, no pueden eludir la aplicación de las normas de orden público contenidas en ella.

Sánchez Calero señala que los Seguros de Grandes Riesgos no se encuentran excluidos del régimen de la Ley del Contrato de Seguro. Tales contratos están sometidos a sus preceptos que tendrán una naturaleza dispositiva respecto a

---

<sup>347</sup> Fernando Sánchez Calero, obra citada, págs.803 a 805, 3ª edición Aranzadi, 2005



ellos. Las partes pues, lo que poseen es la facultad de elegir una Ley aplicable al contrato distinta de la española, siempre que se respeten las normas de orden público, las normas que hacen a la naturaleza del contrato de seguros y los preceptos que reconocen derechos propios a terceros<sup>348</sup>.

A efectos de evitar la desnaturalización del contrato de seguros no podrían derogarse por voluntad de las partes algunos preceptos de la Ley del Contrato de Seguro como ser la necesidad de los elementos del contrato (por ejemplo: la onerosidad, art. 1º, el riesgo, art. 4, el interés asegurable, art. 25) ni tampoco normas que reconocen a un tercero un derecho propio que como tal está al margen del poder de disposición de las partes del contrato (por ejemplo: la acción directa).

#### *- Delimitación de los Seguros de Grandes Riesgos en la normativa española*

La Ley de Contrato de Seguro española delimita a los grandes riesgos en su art. 107.2 adoptando dos criterios, siguiendo a la Directiva comunitaria 88/357/CEE.

El primer criterio refiere a los contratos de seguros que encuadren en determinadas ramas, sin más, y el segundo tiene en cuenta los contratos de seguros de determinadas ramas, siempre que el tomador del seguro alcance cierta entidad económica.

De acuerdo al primer criterio, quedan comprendidos dentro de los Seguros de Grandes Riesgos los contratos de seguros de las siguientes ramas: a) Los de vehículos ferroviarios, aeronaves, cascos de buques, mercancías transportadas, responsabilidad civil derivada del uso de aeronaves o de buques; b) Los de crédito y los de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad comercial, industrial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

La Ley española presume que los tomadores de seguros de dichas ramas tienen una entidad económica que los excluye de la consideración de “contratante débil” que es uno de los fundamentos esenciales de la imperatividad de la Ley de contrato de seguros tanto española como de otros países.

De acuerdo al segundo criterio, el art. 107 de la Ley de Contrato de Seguro española enumera contratos de seguros pertenecientes a las ramas relativas al aseguramiento de los vehículos terrestres no ferroviarios, incendios, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, con la condición de que el tomador del seguro supere al menos dos de los tres límites siguientes:

Total del balance: 6.200.00 ecus (ahora euros) (refiere al activo del balance):

---

<sup>348</sup> Fernando Sánchez Calero, obra citada, págs. 77 a 79, 3ª edición Aranzadi, 2005

- Importe neto de volumen de negocio: 12.800.000 ecus (ahora euros) (refiere a su cifra de negocio)
- Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados (refiere al ejercicio anterior a la fecha de la póliza)

En este caso, la presunción relativa a que el tomador no es un “contratante débil”, no opera, sino que es preciso que el tomador alcance los límites que señala la norma para estimar que de hecho se encuentra en un plano de igualdad con el asegurador a la hora de contratar el seguro.

#### - Seguros de Grandes Riesgos y control público

El tratamiento legislativo de los Seguros de Grandes Riesgos se concreta también en un menor control público.

Esto surge esencialmente del art. 23.4 de la Ley de Ordenación del seguro privado en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 21/1990, estipulando que el Ministerio de Economía y Hacienda sólo podrá exigir la comunicación sistemática de la documentación contractual y técnica relativa a los grandes riesgos.

El motivo que sirve de fundamento es nuevamente la no necesidad de protección del asegurado<sup>349</sup>.

#### - Acción Directa contra el asegurador de Grandes Riesgos

La cuestión que se plantea es si, al amparo de la autonomía de la voluntad en el seguro de responsabilidad civil por grandes riesgos, excluida la imperatividad de las normas de la Ley 50/1980, puede privarse al perjudicado o sus herederos de la acción directa contra el asegurador.

Una posición sostiene que, por la misma razón que no se hace necesaria la tutela del asegurado en estos casos, tampoco resulta necesaria la tutela de la víctima cuyo deudor de indemnización, por su potencial económico ofrece, en principio responsabilidad patrimonial suficiente. De acuerdo a esta opinión, la protección del interés del perjudicado no requeriría el remedio de la acción directa contra el asegurador de grandes riesgos, siendo suficiente la normal indemnización contra el responsable del daño.

Sin embargo, de acuerdo al autor español Olivencia Ruiz, ésta no sería la solución correcta conforme al derecho español, la que debe buscarse en la propia interpretación de las normas que introducen las especialidades de los

---

<sup>349</sup> Manuel Olivencia Ruiz, “El seguro de responsabilidad Civil y la protección a la víctima En especial, en los daños causados por la empresa, la acción directa y las excepciones oponibles”, págs. 198 a 209, en Obra publicada por MUSINI- Conmemoración al XXV del Aniversario de su fundación.

grandes riesgos en el ordenamiento jurídico español<sup>350</sup>. Entiende este autor que, cuando se sustituye el principio de la tutela del asegurado por el de la autonomía de la voluntad, las partes del contrato quedan en libertad de regular sus propios intereses. Pero justamente sus propios intereses, no los intereses o derechos de terceros protegidos por la propia Ley que quedan fuera del ámbito de disposición de los contratantes.

De ahí que por muy amplio que sea el poder dispositivo de las partes en el seguro de responsabilidad civil por grandes riesgos, no puede atentar contra el carácter imperativo y de orden público que, en el derecho español, ha alcanzado el régimen de acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador.

En opinión del autor antes citado, el tercero no puede perder el derecho propio a la indemnización del asegurador por el hecho de ser víctima de un “gran riesgo”, convertido en siniestro, de una “gran empresa”<sup>351</sup>. Ese derecho protege un interés que la Ley considera digno de tutela y que constituye una cuestión de orden público. Y tal posición resulta avalada por la jurisprudencia “pacífica y reiterada” en las palabras de Olivencia Ruiz, citando antes la sentencia SSTS, Sala 2 de 26 de diciembre de 1986 y 26 de abril de 1988.

## 2.2 Francia

### *A) Normativa aplicable*

Encontramos en el Código de los Seguros de Francia, diversas normas que refieren a los grandes riesgos. Asimismo, muchas de ellas dejan librados algunos extremos a la reglamentación mediante decreto del Conseil d' État.

Dichas normas son las siguientes:

- Libro I: El Contrato- TÍTULO I- Reglas comunes para los seguros de daños no marítimos y los seguros de personas- Capítulo I: Disposiciones generales, Artículo L111-6<sup>352</sup> Se contemplan como grandes riesgos:

1º Aquellos que resultan de las categorías siguientes:

- a) Los cuerpos de vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, así como la responsabilidad civil correspondiente a dichos vehículos;

---

<sup>350</sup> Manuel Olivencia Ruiz, obra citada, págs. 198 a 209.

<sup>351</sup> Manuel Olivencia Ruiz, obra citada, págs. 198 a 209.

<sup>352</sup> Transferido por Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994 art. 6 II Boletín Oficial de 5 de enero de 1994 en vigor el 1º de julio de 1994.

b) Las mercancías transportadas;

c) El crédito y la garantía, cuando el suscriptor ejerce a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal, a condición de que el riesgo esté relacionado con dicha actividad;

2º Los que conciernen al incendio y los elementos naturales, demás daños a bienes, la responsabilidad civil general, las pérdidas pecuniarias diversas, los cuerpos de vehículos terrestres a motor así como la responsabilidad civil, comprendida la del transportista, con relación a estos vehículos, cuando el suscriptor ejerce una actividad cuya importancia sobrepasa ciertos parámetros definidos por decreto en el Conseil d'Etat.

- Decreto N° 92-1356 del 22/12/1992 (art. 4) y Decreto N° 94-635 del 25/7/1994 (art. 17 I):

Una operación relacionada a las ramas mencionadas en 3,8,9,10,13 y 16 del artículo R 321-1 se considera como cubriendo un gran riesgo para la aplicación del artículo L.111-6 si el suscriptor reúne al menos dos de las tres condiciones siguientes:

1º- El total de su último balance es superior a 6,2 millones de unidades cuenta de la Comunidad Económica europea;

2º- El monto de su volumen de negocios del último ejercicio es superior a 12,8 millones de unidades de cuenta de la Comunidad Económica europea;

3º- El número de personas empedadas en promedio durante el último ejercicio es superior a 250.

Si el suscriptor forma parte de un conjunto de empresas sometidas a una obligación de consolidación contable, los parámetros mencionados ut-supra en 1º, 2º y 3º se aplican sobre una base consolidada.

- Capítulo II: Conclusión y prueba del contrato de seguro - Forma y transmisión de las pólizas, Artículo L112-3<sup>353</sup>:

El contrato de seguro y las informaciones transmitidas por el asegurador al suscriptor y mencionadas en el presente Código se redactarán por escrito, en

---

<sup>353</sup> Fuentes:

- Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989 art. 9 Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1º de mayo de 1990.
- Ordenanza N° 2001-350 de 19 de abril de 2001 art. 6 XXXI Boletín Oficial de 22 de abril de 2001.

francés y en caracteres visibles. Exceptuando las disposiciones del precedente apartado relativas al empleo de la lengua francesa, cuando en virtud de lo dispuesto en los artículos L. 181-1 y L. 183-1, las partes del contrato tienen la posibilidad de aplicar otra Ley que no sea la Ley francesa, los documentos mencionados en el primer apartado del presente artículo podrán ser redactados en otra lengua que no sea el francés. La elección de otra lengua que no sea el francés se efectuará de común acuerdo entre las partes y, salvo cuando el contrato cubra **grandes riesgos** definidos en el artículo L. 111-6, a petición escrita del suscriptor y él sólo únicamente...

- Sección III: Seguro de responsabilidad. Título VIII-Ley aplicable a los contratos de seguro para los riesgos situados sobre el territorio de uno o varios Estados partes del acuerdo sobre el Espacio económico europeo y para los compromisos que en ellos sean tomados. Capítulo I: Seguros de daños no obligatorios.

Artículo L181-1<sup>354</sup>:: (...) 5°. Para los **grandes riesgos** tal como son definidos en el artículo L. 111-6, las partes podrán escoger libremente la Ley aplicable al contrato. Sin embargo, la elección por las partes de otra Ley que no sea la francesa no podrá, cuando todos los elementos del contrato están localizados en el momento de dicha elección sobre el territorio de la República francesa, constituir obstáculo a la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias las cuales no pueden ser exceptuadas por contrato en aplicación del artículo L. 111-2.

Artículo L111-2<sup>355</sup>. No pueden ser modificadas por convenio las prescripciones de los títulos I, II y III del presente libro, salvo las que otorgan a las partes una simple facultad y que están contenidas en los artículos L. 112-1, L. 112-5, L. 112-6, L. 113-10, L. 121-5 al L. 121-8, L. 121-12, L. 121-14, L. 122-1, L. 122-2, L. 122-6, L. 124-1, L. 124-2, L. 127-6, L. 132-1, L.-13210, L. 132-15 y L.132-19.

- Título V: Libre prestación de servicios y coaseguro relativos a los Estados partes del acuerdo sobre el Espacio económico europeo no miembros de la

---

<sup>354</sup> Fuentes:

- Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989 Art. 2 Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de julio de 1993.
- Ley N° 92-665 de 16 de julio de 1992 Art. 17 I, II Boletín Oficial de 17 de julio de 1992 en vigor el 20 de mayo de 1993.
- Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994 Art. 7 II, Art. 36 Boletín Oficial de 5 de enero de 1994 en vigor el 1° de julio de 1994.

<sup>355</sup> Fuentes:

- Ley N° 81-5 de 7 de enero de 1981 art. 28-1 Boletín Oficial de 8 de enero de 1981 rectificativo JORF de 8 de febrero de 1981.
- Ley N° 82-600 de 13 de julio de 1982 art. 9 Boletín Oficial de 14 de julio de 1982.
- Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989 art. 7 Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de julio de 1990.

Comunidad Europea. Capítulo I: Disposiciones relativas a la libre prestación de servicios en los seguros de daños. Sección II: Condiciones de ejercicio.

Artículo L351-4<sup>356</sup>: Bajo la sola reserva de informar previamente al Ministro de Economía y Hacienda toda empresa de seguros podrá cubrir en el territorio de la República Francesa los *grandes riesgos* definidos en el artículo L. 111-6 en libre prestación de servicios. Un decreto del Conseil d'Etat establecerá los documentos que deberán presentarse como fundamento de esta información.

Artículo L351-5<sup>357</sup>: Toda empresa de seguros podrá cubrir en el territorio de la República Francesa en libre prestación de servicios los restantes riesgos no mencionados en el artículo L. 351-4, cuando no dispusiera, en Francia, de un establecimiento que hubiera obtenido para las ramas interesadas la aprobación del artículo 321-7. Sin embargo, ninguna empresa podrá operar en Francia en libre prestación de servicios sino después de haber obtenido una aprobación expedida por el Ministro de Economía y Hacienda en las condiciones previstas en el artículo L. 321-8.

Artículo L351-6<sup>358</sup>: Toda empresa de seguros que cubriera en el territorio de la República Francesa en libre prestación de servicios un riesgo diferente de los mencionados en el artículo L. 351-4, estará obligada a remitir al Ministro de Economía y Hacienda todos aquellos documentos que le fueran requeridos en las mismas condiciones que para las empresas aprobadas en virtud del artículo L. 321-1.

---

<sup>356</sup> Fuentes:

- Art.1 de la Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989, Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de julio de 1990.
- Art. 1 VIII de la Ley N° 91-716 de 26 de julio de 1991, Boletín Oficial de 27 de julio de 1991 en vigor el 20 de noviembre de 1992.
- Art. 14 de la Ley N° 92-665 de 16 de julio de 1992, Boletín Oficial de 17 de julio de 1992 en vigor el 20 de mayo de 1993.
- Art. 6 I, II y Art. 30 I de la Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994, Boletín Oficial de 5 de enero de 1994 en vigor el 1° de julio de 1994.

<sup>357</sup> Fuentes:

- Art.1 de la Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989, Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de julio de 1990.
- Art. 14 de la Ley N° 92-665 de 16 de julio de 1992, Boletín Oficial de 17 de julio de 1992 en vigor el 20 de mayo de 1993.
- Art. 30 I, IV de la Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994, Boletín Oficial de 5 de enero de 1994 en vigor el 1° de julio de 1994.

<sup>358</sup> Fuentes:

- Art.1 de la Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989, Boletín Oficial de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de julio de 1990.
- Art. 14 de la Ley N° 92-665 de 16 de julio de 1992, Boletín Oficial de 17 de julio de 1992 en vigor el 20 de mayo de 1993.
- Art. 30 I de la Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994, Boletín Oficial de 5 de enero de 1994 en vigor el 1° de julio de 1994.

Toda empresa de seguros que cubriera en el territorio de la República Francesa **grandes riesgos** en libre prestación de servicios estará obligada, cuando el requerimiento le fuera efectuado con el fin de controlar la adecuación a las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables a estos riesgos, a remitir al Ministro de Economía y Hacienda las condiciones generales y especiales de las pólizas de seguro, las tarifas, formularios y otros impresos que la empresa se propusiera utilizar.

### *B) Análisis de la normativa aplicable*

La legislación francesa define a los Seguros de Grandes Riesgos considerando, por un lado, ciertas categorías de riesgos que expresamente prevé la normativa. Y, por otra parte, otras categorías de riesgo siempre que el tomador o suscriptor supere ciertos parámetros que determina la reglamentación que hemos citado. Estos parámetros son similares a los establecidos por la Ley española.

Por otra parte, el art. 181.1, al referir a la Ley aplicable al contrato de daños no obligatorios en sede de responsabilidad civil, establece que para los Seguros de Grandes Riesgos, las partes podrán escoger libremente la Ley aplicable al contrato.

No obstante, la norma aplica limitantes a tal libertad de las partes. Establece que en caso que, en el momento de la elección de la Ley aplicable, *todos los elementos del contrato están localizados sobre el territorio de la República francesa*, las partes no podrán librarse, mediante la aplicación de tal Ley diferente, de la aplicación imperativa de las disposiciones legislativas y reglamentarias francesas, referenciadas en el art. 111.2. Por *contrario sensu* podemos concluir que, en caso de que *no todos los elementos del contrato estén localizados sobre el territorio de la República francesa*, las partes podrán pactar libremente la Ley aplicable sin restricción alguna.

Cabe pues analizar cuales son las disposiciones legislativas de las que las partes no pueden excepcionarse en virtud del art. 111.2. Se trata de las prescripciones de los títulos I, "Reglas comunes para los seguros de daños no marítimos y los seguros de personas", título II, "Reglas relativas a los seguros de daños no marítimos" y III, "Reglas relativas a los seguros de personas y las operaciones de capitalización" del libro I, Del contrato, salvo las que otorgan a las partes una simple facultad (artículos L. 112-1, L. 112-5, L. 112-6, L. 113-10, L. 121-5 al L. 121-8, L. 121-12, L. 121-14, L. 122-1, L. 122-2, L. 122-6, L. 124-1, L. 124-2, L. 127-6, L. 132-1, L. 132-10, L. 132-15 y L. 132-19 del mencionado Código). De acuerdo al artículo L112-3, en los Seguros de Grandes Riesgos las partes pueden elegir otra lengua que no sea el francés.

La normativa francesa establece que existen otras hipótesis en las cuales las partes pueden elegir otra lengua, en cuyo caso esta elección debe ser de común acuerdo entre las partes y, salvo cuando el contrato cubra grandes

riesgos definidos en el artículo L. 111-6, a petición escrita del suscriptor y él sólo únicamente. Por lo tanto, cabe interpretar que en el caso de los seguros de grandes riesgos, no es necesaria la petición escrita del suscriptor o tomador y además que la otra parte, es decir la empresa aseguradora, puede solicitar al igual que el tomador, la utilización de otra lengua diferente al francés, en el contrato.

Luego encontramos en el Título V relativo a la Libre prestación de servicios y coseguro relativos a los Estados partes del acuerdo sobre el Espacio económico europeo por no miembros de la Comunidad Europea, el artículo L351.4 en el capítulo sobre condiciones de ejercicio en los seguros de daño. Este establece que *con la sola condición de informar previamente al Ministro de Economía y Hacienda* toda empresa de seguros podrá cubrir en el territorio de la República Francesa *los grandes riesgos* en libre prestación de servicios.

Dicha información incluye la presentación de ciertos documentos que establece la reglamentación entre otros: certificado de solvencia expedido por la autoridad de control del estado sede incluyendo discriminación de ramas y riesgos que la empresa está habilitada a cubrir, un listado de las ramas y riesgos a cubrir en Francia, la designación de un representante a fin de gestionar los siniestros (último decreto modificativo: Decreto n° 2004-221 de 12/3/2004 art. 2 VI)

No resulta pues, exigible a estas empresas de seguros la exigencia contenida en el art L351.5 que establece la obligatoriedad de toda empresa de seguros de lograr la *aprobación administrativa* expedida por el Ministro de Economía y Hacienda en las condiciones previstas en el artículo L. 321-8. Es decir, que para la cobertura de los grandes riesgos, no se exige la aprobación administrativa sino únicamente comunicar previamente la cobertura a brindar y aportar la información requerida por la reglamentación.

Por último, el artículo L 351-6 refiere a la cobertura de nuevos riesgos, que no sean grandes riesgos, en cuyo caso *deberá remitir* al Ministro de Economía y Hacienda todos aquellos documentos que le fueran requeridos en las mismas condiciones que para las empresas aprobadas en virtud del artículo L. 321-1.

Si en cambio se trata de una empresa de seguros que cubriera en el territorio de la República Francesa *grandes riesgos* en libre prestación de servicios estará obligada, *cuando el requerimiento le fuera efectuado*, a remitir al Ministro de Economía y Hacienda las condiciones generales y especiales de las pólizas de seguro, las tarifas, formularios y otros impresos que la empresa se propusiera utilizar, con el fin de controlar la adecuación a las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables a estos riesgos. Es decir, que para la cobertura de grandes riesgos no se exige la obligatoria presentación de las pólizas y demás documentación relacionada, sino simplemente cuando lo requiera la autoridad administrativa a efectos de su contralor.



## 2.3 Chile

### A) Normativa aplicable

El seguro de los grandes riesgos está regulado en Chile en el Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 22 de mayo de 1931. El art. 3 (literal e) del DFL establece la obligación de las compañías de seguros de comunicar a la Superintendencia de Valores y Seguros los textos de las condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado:

Art. 3°.- Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia:

e) Mantener a disposición del público, los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado. Las entidades aseguradoras podrán contratar con dichos modelos a partir del sexto día que hubieren sido incorporados al Depósito de Pólizas que, para esos efectos, llevará la Superintendencia.

Sin perjuicio de este principio general, la norma exceptúa de esta obligación ciertos casos que califican como Seguros de Grandes Riesgos: las compañías de seguros del primer grupo, en los casos de seguros de Transporte y de Casco Marítimo y Aéreo, como asimismo en los contratos de seguros en los cuales, tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a 200 unidades de fomento, no tendrán la obligación señalada en el párrafo precedente, y podrán contratar con modelos no depositados en la Superintendencia, debiendo la póliza respectiva ser firmada por los contratantes.

### B) Análisis de la normativa aplicable

En los Seguros de Grandes Riesgos el asegurado y la compañía de seguros pueden contratar con modelos no depositados en la Superintendencia de Valores y Seguros. Ello implica, en definitiva, que rija a su respecto el principio de autonomía de la voluntad para acordar los términos y condiciones contractuales.

La norma chilena adopta dos criterios para la calificación de los grandes riesgos. En primer lugar, los define por la rama a la cual pertenecen. Se consideran seguros de grandes riesgos, demostrativos de potencialidad económica del asegurado, los seguros de transporte y de casco marítimo y aéreo.

En segundo lugar, constituyen seguros de grandes riesgos, independientemente de la rama a la que pertenezcan, los seguros que cumplen acumulativamente las siguientes condiciones:

- el asegurado y el beneficiario son personas jurídicas, y
- el monto de la prima anual no es inferior a 200 unidades de fomento que, a la fecha, ascienden a aproximadamente 7.200 dólares estadounidenses.

El caso chileno pone de manifiesto uno de los aspectos de la problemática de los seguros de grandes riesgos. Nos referimos a la importancia de una correcta delimitación de la categoría.

En Chile se encuentran excepcionados de la regulación protectora los casos de asegurados personas jurídicas que contratan seguros cuya prima anual asciende a US\$ 7.200. No obstante, estos requisitos no hacen presumir de por sí que en todo caso los tomadores de estos seguros tienen una entidad económica que los excluye de la consideración de “contratante débil”. Si bien se trata de un asegurado “empresa”, existen empresas poco significativas, sin mayor fortaleza económica. Por otra parte una prima anual de US\$ 7.200 anuales no es, en nuestras economías, una cifra tan abultada que haga presumir fortaleza económica del contratante. Las carencias de la definición chilena pueden determinar, en consecuencia, que queden por fuera de la regulación protectora del consumidor-asegurado ciertos contratantes “débiles” que no se enfrentarían a la compañía de seguros en un pie de igualdad, quedando desvirtuada la finalidad de la norma.

## 2.4 Uruguay

### *A) Normativa aplicable*

Uruguay no cuenta con regulación de los Seguros de Grandes Riesgos. No existe en nuestro país una Ley de Contrato de Seguro. El contrato de seguro es regulado en escasas y arcaicas disposiciones del Código de Comercio de 1866. Este cuerpo normativo desactualizado no contiene soluciones a temas actuales del negocio asegurador. Por ejemplo, la problemática de los Seguros de Grandes Riesgos.

Sí existe en Uruguay regulación en materia de defensa del consumidor. La Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250 regula, entre otros aspectos, los contratos de adhesión entre los cuales queda comprendido, como ejemplo típico, el contrato de seguro.

Por último existen Leyes y Decretos relativos a la Supervisión y Regulación del mercado asegurador. Citamos en tal sentido la Ley N° 16.426 y su Decreto Reglamentario N° 354/94.

### *B) Análisis de la normativa aplicable*

- Ley de Relaciones de Consumo

La Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay consagra un estatuto protector del consumidor en general, que aplica al consumidor asegurado. Esta Ley no regula a los Seguros de Grandes Riesgos como una exclusión al estatuto protector. El primer párrafo del artículo 2 de la Ley de Relaciones de Consumo

considera consumidores a: *Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.*

Junto a este concepto positivo de consumidor, el segundo párrafo de la misma Ley incluye un concepto negativo, según el cual: *No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.* En virtud de lo anterior, los consumidores de seguros, como los de cualquier otra actividad, solo son considerados tales y protegidos por la Ley de Relaciones de Consumo si son “destinatarios finales del servicio”. Cabe distinguir un “asegurado consumidor” y un “asegurado no consumidor”.

En el ámbito del seguro, el consumidor protegido por la Ley de Relaciones de Consumo es el “destinatario final” de la cobertura del seguro, que la aprovecha en el ámbito de su economía personal. Este asegurado consumidor está protegido jurídicamente por la Ley de Relaciones de Consumo. Es el caso indudable de las personas físicas.

El no consumidor, por su parte, sería aquel que no es el destinatario final de la cobertura del seguro. En este aspecto existen diferentes interpretaciones en cuanto a la delimitación de su alcance. Una posición restrictiva interpreta que, cuando la Ley de Relaciones de Consumo establece que *no es consumidor* quien *“adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”*, se está refiriendo estrictamente a las empresas que adquieren materia prima para incorporarla a un proceso de producción o que adquieren productos o servicios para su reventa. Según esta posición una empresa tomadora de un contrato de seguro siempre sería consumidor y amparada preceptivamente por el estatuto protector. Incluso la empresa contratante de grandes riesgos.

Una posición amplia sostiene, en cambio, que las empresas no son en ningún caso destinatarias finales de los productos o servicios que adquieren. Ello en la medida que las utilizan al servicio de un proceso empresarial. Bajo esta posición las empresas no califican como “consumidores” y, por tanto, no resultan amparadas por el estatuto protector de la Ley de Relaciones de Consumo. Siguiendo esta última interpretación, las disposiciones protectoras de la Ley de Relaciones de Consumo no resultarían imperativas para el asegurado que reviste la calidad de empresa, pudiéndose apartar de las soluciones previstas en dicha ley.

En base a esta solución tan amplia resultaría inconducente analizar si se trata de una empresa tomadora de grandes riesgos o no pues quedaría excluida del estatuto protector por el hecho de ser empresa.

- Ley N° 16.426 y Decreto Reglamentario N° 354/94

Sin perjuicio de lo anterior debe tenerse presente que la Ley N° 16.426 y su Decreto Reglamentario N° 354/94 establece un sistema preceptivo de comunicación de los condicionados a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros previa a su comercialización en plaza. Esta comunicación supone la revisión de los textos por parte de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros que suele realizar observaciones por cuestiones legales.

La Superintendencia de Seguros y Reaseguros –en una interpretación dudosa de la normativa- se ha irrogado incluso el contralor de los temas de defensa del consumidor en el mercado asegurador. Por tanto, la exigencia legal de la previa comunicación de los condicionados de la póliza, *en todo caso y sin excepciones*, genera en los hechos un proceso de revisión de la Superintendencia en materia de cumplimiento del estatuto protector del consumidor.

No existe en nuestro ordenamiento una norma que libere a las aseguradoras de la previa comunicación administrativa en el caso de los condicionados para tomadores de grandes riesgos. Tampoco una norma que flexibilice el contralor de la Superintendencia en estos casos. En virtud de lo anterior, si bien existen en nuestra opinión argumentos para sostener que los asegurados empresas, más aún incluso las empresas tomadoras de grandes riesgos, se encuentran excluidos del estatuto protector de defensa del consumidor, la exigencia de la previa comunicación al ente regulador no permite una real flexibilización del sistema.

Uruguay es, por tanto, un ejemplo de la rigidez de los sistemas que no contienen normativa que recoja la realidad de los grandes riesgos y la necesidad de un carril diferente para el tratamiento de los mismos.

## Ponencia 2

### ASPECTOS JURÍDICOS DA CLÁUSULA DE DEPRECIAÇÃO NOS CONTRATOS DE SEGUROS DE DANOS

**Sergio Ruy Barroso De Mello**<sup>359</sup>

Membro do Conselho Mundial da AIDA  
Presidente Sección Brasileña de AIDA

Depreciação, do ponto de vista estritamente jurídico, conforme informa Maria Helena Diniz<sup>360</sup>, significa “diminuição ou perda de valor de uma coisa em razão de desvalorização econômica, uso ou decurso do tempo”.

Para fins de conceituação jurídica com reflexos diretos no contrato de seguro, ou, melhor dizendo, dentro da atividade seguradora, é possível dizer que há depreciação quando um bem, *móvel ou imóvel*, sofre *redução* em seu valor por *uso, deterioração ou desgaste*.<sup>361</sup>

É fácil perceber que a depreciação de um bem se verifica pela perda de seu valor à medida que os objetos envelhecem ou tornam-se obsoletos, cuja avaliação poderá ser feita por perícia ou por mera estimativa. Já do ponto de vista da técnica do seguro, a depreciação será sempre representada por um

---

<sup>359</sup> É advogado formado em 1988 pela Faculdade de Direito da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Tem experiência em direito civil, comercial, trabalhista, seguro e responsabilidade civil em geral, resseguros e previdência complementar adquiridos na consultoria e atuação judicial para diversas companhias seguradoras no Brasil e exterior, especialmente na Companhia Internacional de Seguros, tendo exercido o cargo de Gerente Jurídico e atuado na empresa por quatorze anos. Doutorando em Contrato de Seguro e Resseguro pela Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Pós-graduado, *lato sensu*, em Direito Privado pela UFF (Universidade Federal Fluminense). Professor de Direito e Previdência Complementar Privada do MBA em Previdência Complementar da UFRJ/COPPE, da Cadeira Direito de Seguros e Resseguros MBAs da Universidade Cândido Mendes, da Fundação Nacional Escola de Seguros - FUNENSEG, do IBMEC, da Fundação Getúlio Vargas - FGV e da Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte - PUC/MG. É membro da Seção Brasileira da AIDA e do seu e do Conselho Mundial (Associação Internacional de Direito de Seguros), do Conselho Diretor da ANSP (Academia de Seguros e Previdência), do Comitê Brasileiro de Mercosseguros, da Comissão Especial de Arbitragem da FENASEG e da Comissão de Assuntos Jurídicos da ANAPP (Associação Nacional de Previdência Privada), da qual foi vice-Presidente. É Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, instituído pela FIRJAN (Federação das Indústrias do Rio de Janeiro), ACRJ (Associação Comercial do Rio de Janeiro) e FENASEG (Federação Nacional das Empresas de Seguro e de Capitalização). Mail: [Sergiom@pellon-associados.com.br](mailto:Sergiom@pellon-associados.com.br)

<sup>360</sup> In, *Dicionário Jurídico*, V2, 2ª ed., SP, 2005, p. 87

<sup>361</sup> In, *Dicionário de Seguros*, FUNENSEG, 1996, RJ, 1ª ed., p.52

percentual *matematicamente calculado que indica o desgaste material de um bem, considerando, dentre outros elementos, a idade e as condições de uso, funcionamento ou operação* do próprio bem.

A depreciação, no cenário técnico do seguro de dano, nada mais é do que o valor percentual matematicamente calculado que, deduzido do *valor de novo* de um determinado bem, conduzirá ao *valor atual* desse bem, ou seja, o seu valor na data de eventual sinistro.

Se o segurado declara risco inferior ao efetivamente existente, deve responder na proporcionalidade pelos prejuízos suportados. Mesmo porque, o prêmio é calculado sobre o risco declarado e não sobre o risco real, razão pela qual o percentual que representa a diferença entre aquele e este deve ser assumido pelo segurado.

Ao comentar a cláusula de rateio, Sílvio de Salvo Venosa<sup>362</sup> leciona:

“Nem sempre bem compreendida é a chamada cláusula de rateio. Vimos que no seguro de danos o teto segurável é sempre o valor da coisa. Isto é, o valor segurado não pode suplantá-lo. Contudo, problemas poderão advir, quando a cobertura contratada for insuficiente, inferior ao valor da coisa e dos danos. *Essa diferença será suportada pelo segurado que, na hipótese, assumiu o risco do valor que sobejou, ou seja, é segurador de si mesmo*”. (n.g.)

Isso significa que, quando o segurado declara na proposta de contratação do seguro valor em risco demasiadamente inferior àquele a que realmente se encontra sujeito, impõe-se a aplicação da cláusula que estabelece a proporcionalidade (ou, no jargão corrente no mercador segurador, um rateio) do valor da indenização, e segundo a qual se considera o segurado como responsável por parte proporcional dos danos, partícipe, portanto, na liquidação dos prejuízos pelo mesmo sofridos.

Isso significa, ainda nas oportunas nas palavras de Sílvio Salvo Venosa, que “o segurador não contrata a indenização de um dano, mas se responsabiliza pela repartição do risco que assume”. E complementa: “Essa orientação é tradicional do contrato de seguro. Não depende de norma expressa (...)”<sup>363</sup>.

Com efeito, a cláusula de rateio é de uso corrente nos contratos de seguro de danos e se justifica plenamente frente a critérios técnico-atuariais, tendo sido, por tal motivo, inclusive, de há muito ratificada pela jurisprudência emanada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ e consagrada pelo artigo 783, do Código Civil de 2002.

---

<sup>362</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*, p. 393, vol. III, 3ª ed., Editora Atlas S/A, São Paulo: 2003.

<sup>363</sup> Idem, p.394

De fato, visa a referida cláusula evitar que, na contratação do seguro, consigne o segurado um “valor em risco” inferior àquele a que o seu estabelecimento encontra-se realmente exposto. Destarte, estaria tirando vantagem ilícita da Seguradora quando da ocorrência de sucessivas perdas parciais no seu imóvel, em razão do pagamento de um prêmio menor ao que seria efetivamente devido caso o valor em risco, e também o limite máximo indenizável tivessem sido estimados e informados corretamente.

A inclusão dessa cláusula no contrato não deriva de um simples capricho do segurador, como à primeira vista a um leigo possa parecer, e sim, muito pelo contrário, de um imperativo de ordem técnico-atuarial que objetiva impedir a majoração excessiva do valor do prêmio e, conseqüentemente, a inviabilização da comercialização deste seguro.

Nesse ponto, vale citar Ernesto Tzirulnik<sup>364</sup> que, ao mencionar as lições de Fábio Konder Comparato, assim se pronuncia:

“Na verdade, a aplicação da regra proporcional no infra-seguro resulta do próprio mecanismo operacional do contrato, simples elemento de uma mutualidade de riscos, como acima se disse. Com efeito, *se o prêmio é sempre calculado em função da freqüência e da intensidade dos sinistros previsíveis, a colocação na mutualidade de riscos de valor superior ao declarado falseia os cálculos operacionais, acarretando no limite o pagamento de indenizações de montante superior à massa de prêmios recebidos do conjunto dos segurados (...).*”

A regra proporcional se funda, pois, em última análise, no fato da *insuficiência do prêmio pago em relação ao valor do interesse posto em risco*”. (n.g.)

Já PEDRO ALVIM, em “O Contrato de Seguro”<sup>365</sup>, ensina que “a aplicação da cláusula de rateio ou da regra proporcional se prende ao fato de ser o prêmio calculado em função do valor integral do bem segurado, *como foi esclarecido. Tecnicamente, seria possível a reformulação dos cálculos para a concessão de uma cobertura ampla e geral, nos seguros insuficientes, mas a elevação do prêmio, sensivelmente, poderia desestimular a comercialização, em prejuízo dos segurados e dos seguradores*” (n.g.).

O Código Civil de 2002, como referido, consagra a validade da referida cláusula em seu artigo 783, estabelecendo, expressamente, que “*salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial*”.

---

<sup>364</sup> TZIRULNIK, Ernesto. *O Contrato de Seguro: Novo Código Civil Brasileiro*. p. 122/123. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, São Paulo: 2002.

<sup>365</sup> Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, pag. 325.

As companhias seguradoras no Brasil normalmente operam a cláusula de rateio com a sua inserção nas Condições Gerais das Apólices, sob a denominação de “Seguro a 1º Risco Relativo”, com os seguintes dizeres:

“Fica entendido e acordado que, tendo o Segurado pago o Prêmio estabelecido com base na tabela Coeficiente de Agravação em vigor, admite-se a contratação das: Cobertura Básica, as do ramo Lucros Cessantes e Quebra de Máquinas previstas nas Condições Gerais do Seguro, a 1º Risco Relativo, respondendo a Seguradora pelos prejuízos cobertos que excedam a Franquia estabelecida até o limite de Indenização previsto na Apólice.

Fica igualmente, entendido que se o *Valor em Risco, apurado no momento de qualquer Sinistro, for superior a 1,25 do Valor em Risco expressamente declarado na Apólice, correrá por conta do Segurado a parte proporcional do prejuízo correspondente à diferença entre o Valor em Risco declarado e o Valor em Risco apurado no momento do Sinistro*. Se houver mais de um Valor em Risco especificado na Apólice, este ficará separadamente sujeito a esta condição, não podendo o Segurado alegar excesso de Valor em Risco declarado em uma verba para compensação de insuficiência em outro.” (n.g.)

Logo, do ponto de vista legal, é razoável afirmar que a citada cláusula é absolutamente válida. Ademais, com apoio na interpretação doutrinário e jurisprudencial podemos mesmo considerar pacificado o entendimento, como se pode verificar da interpretação formulada pelo Ministro José Augusto Delgado, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, aos tecer os seguintes comentários a respeito<sup>366</sup>:

“É com base, portanto, no valor declarado que serão produzidos os efeitos do contrato de seguro, tanto no referente à fixação do preço do prêmio, *como no tocante à indenização a ser paga em caso de ocorrer o sinistro*.(...) A fixação do valor declarado nos seguros de dano assume relevante importância porque *será o marco extremo a quantificar a indenização a ser paga pelo segurador, se o sinistro ocorrer e produzir diminuição patrimonial*”. (n.g.)

E conclui: “O Código Civil de 2002, ao introduzir o art. 783, manifestou, explicitamente, o seu apoio à denominada regra proporcional, seguindo a *tendência da legislação estrangeira*”<sup>367</sup> (n.g.). Como destacado pelo referido autor, no cálculo do prêmio esta cláusula assume especial relevo, mesmo porque, caso não existisse, o valor do preço do seguro seria excessivamente majorado, podendo até, em determinados situações, inviabilizar a sua comercialização.

---

<sup>366</sup> DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XI, Tomo I, p. 487, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>367</sup> *Idem*, p. 498



E toda essa explanação funda-se no argumento segundo o qual se o valor declarado como risco é meramente parcial, forçosamente há de se concluir que a indenização também o será, e na mesma proporção.

Além do mais, ao dispor que correrá por conta do segurado a parte proporcional do prejuízo correspondente à diferença entre o valor em risco declarado e o valor em risco apurado no momento sinistro, visa a referida cláusula tão-somente a permitir um ajustamento entre o valor do prêmio pelo mesmo pago e a amplitude da cobertura oferecida pela seguradora, do contrário, haveria um flagrante enriquecimento ilícito por parte do segurado. Para prevenir-se contra tal situação, é que a referida cláusula foi ajustada e que o legislador a consagrou no código civil de 2002.

Nesse sentido, aliás, decisão proferida pelo Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no julgamento do Recurso Especial nº 5.734-PR, datado de 04/12/91, do qual foi Relator o eminente Ministro Waldemar Zveiter, *em que se decidiu pela juridicidade da cláusula que estabelece a proporcionalidade da indenização*, quando o valor da importância segurada (capital segurado) indicado pelo segurado na proposta de contratação do seguro afigurar-se inferior ao do valor total e real em risco.

Na ementa do V. Acórdão, destaca-se que o direito pretoriano e a doutrina acolhem a tese da PROPORCIONALIDADE ou do “rateio” dos riscos, eis que, *“se o seguro é parcial, o segurador somente segura o valor indicado na apólice”*, de sorte que, *“ocorrendo o sinistro, o dano é repartido entre segurador e o segurado na proporção em que aquele cobriu o risco e em que esse ficou com o risco descoberto”*. (n.g.)

No seu voto, o julgador reproduz o pensamento de PONTES DE MIRANDA, que já entendia válida a cláusula que estabelece o rateio do valor da indenização quando o risco exceder o da importância segurada; bem como o de PEDRO ALVIM, emérito conhecedor da matéria securitária, para quem, nesses casos, defendia que havia de se aplicar o disposto no art. 1.460, do Código Civil anterior, segundo o qual, *“quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”*.

Na mesma linha de raciocínio a jurisprudência emanada dos tribunais regionais, como pode ser verificado pelo acórdão paradigmático proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da apelação cível nº 2002.001.26788, assim ementado:

*“A cláusula contratual de depreciação nos seguros de dano é válida, porque o intuito é o de impedir indenização por um bem usado, como se fosse novo. reforma da sentença que declarou nula a cláusula que assim estipulava, por abusiva.”*

Atualmente, como já visto, o Código Civil de 2002 consagrou a validade da referida cláusula em seu artigo 783, assim como estava permitida sob a ótica da doutrina como da jurisprudência.

Ademais, a cláusula de depreciação nos seguros de danos é apenas restritiva do direito do consumidor, jamais leonina, pois encontra fundamento na própria lei ao realçar o *caráter indenitário* desses tipos de seguro, como pode ser visto do teor do texto do art. 781 do Código Civil: “a indenização não pode ultrapassar o valor do *interesse segurado* no momento do *sinistro*, e, em hipótese alguma, o limite *máximo da garantia fixado na apólice*, salvo em caso de *mora* do segurador.”

O dispositivo do mencionado art. 781 tem por fim evitar o enriquecimento sem causa do segurado e preservar, com clareza solar e ênfase inquestionável, o *princípio indenitário* do seguro de dano ao criar o limite do interesse legítimo segurável (valor econômico da coisa), como o limite máximo do prejuízo.

Neste ponto, com razão Ricardo Bechara Santos<sup>368</sup>, para quem a cláusula de depreciação é “*apenas restritiva ao direito do consumidor, permitida pelo próprio CDC, já que expressa no contrato com toda clareza, pois o Código de Consumo veda apenas as cláusulas abusivas, que não é o caso, pois a delimitação do risco é da própria natureza do contrato de seguro, com base na qual o segurador pode dimensionar sua responsabilidade e calcular atuariamente a taxa do prêmio devida, que levou em conta inclusive a projeção de depreciação do bem segurado.*”

Aliás, prossegue referido autor, o *caráter indenitário dos seguros de danos, e daí esses rigorosos limites estabelecidos pelo legislador como intransponíveis, tem o efeito didático e moralizador de não permitir que o sinistro possa interessar, como no jogo e na aposta, ao segurado.*<sup>369</sup>

Note-se que o citado art. 781, do C.C., cria dois limites intransponíveis no que tange a indenização securitária objeto de obrigação contratual por parte do segurador: i) o do valor do interesse segurado no momento do sinistro (valor do próprio prejuízo); ii) em *hipótese alguma*, o *valor do limite máximo da garantia*.

A ciência do seguro é tão precisa e dependente de alguns conceitos fundamentais, como o princípio indenitário, razão pela qual as palavras de J. J. de Souza Mendes ainda se mostram atuais nos seguintes termos: “*prejuízo depreciado* pode parecer uma expressão absurda. se se raciocina, porém, em função da perda ou diminuição de patrimônio sofridas pelo segurado, chega-se à conclusão de que *o que ele de fato perdeu foi um valor menor do que o do custo de reposição*, pois seus bens não tinham por força do uso, da idade, do estado em que se encontravam, este último valor, o qual só poderá ser

---

<sup>368</sup> *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Forense, 2006, 1ª ed., RJ, p. 632/633

<sup>369</sup> Ricardo Bechara Santos, ob., cit., p. 632

integralmente indenizado, em fase posterior, se o valor do seguro o comportar...”<sup>370</sup>.

Em realidade, a depreciação é elemento natural dentre os critérios da indenização de bens móveis e imóveis, até em função da regra inserida no citado art. 781 do C.C., segunda a qual a indenização se mede pelo *valor apurado na época do sinistro*, e não o da contratação.

A depreciação, por sua previsibilidade, não integra o conceito do risco, cujos efeitos econômicos se pretendeu transferir ao segurador, pois não se trata de um dano súbito ocasionado pelo sinistro, existe previamente a este e, obviamente é estranho à álea, razão pela qual costuma ser excluída por meio de cláusulas contratuais expressas.

A depreciação tem grande influência na liquidação do sinistro, dado que o segurador indenizará o valor real do risco segurado no momento da produção do evento danoso.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar o tema, em um estudo apressado e pouco rigoroso, lançado no acórdão lavrado nos autos da apelação cível nº 70012710992, entendeu que a cláusula de depreciação de imóvel era abusiva ao sustentar ser uma “violação dos princípios da boa-fé e da comutatividade dos contratos, uma vez que o valor do prêmio é calculado de acordo com o valor do imóvel.”

No entanto, duas foram as premissas equivocadas da decisão acima referida: i) o contrato de seguro *não é comutativo*, é aleatório, motivo pelo qual há que se considerar que a depreciação já era de conhecimento das partes quando da celebração do contrato de seguro; e ii) o *prêmio considera a depreciação* no valor do bem segurado, o que significa dizer que se não houvesse tal componente em seus cálculos atuariais, o valor seria sobremaneira elevado.

Em sede de jurisprudência, contudo, está consolidado o entendimento, como já declinado nas decisões acima referidas, de forma que as incompreensões técnicas foram superadas pelo texto do novo código civil brasileiro, especialmente o do seu artigo 783.

E não seria difícil enumerar outros fundamentos de ordem jurídica e técnica a conferir legalidade a cláusula de depreciação nos seguros de dano, de forma a afastar o equivocado entendimento de sua abusividade. Para este efeito, há que se considerar os seguintes elementos:

- 1) é cláusula apenas *restritiva* ao direito do consumidor, permitida pelo Código de Defesa do Consumidor, já que expressa no contrato com toda clareza;

---

<sup>370</sup> *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Forense, 2006, RJ, p. 634

- 2) a delimitação do risco é da própria natureza do contrato de seguro, com base na qual o segurador pode *dimensionar sua responsabilidade* e calcular atuarialmente a taxa do prêmio devida, que leva em conta, inclusive, a *projeção de depreciação* do bem segurado;
- 3) o seguro contratado por critério diverso do previsto na cláusula de depreciação ocasiona *enriquecimento sem causa para o segurado*, rompendo o critério indenitário com base no qual se funda o seguro de dano;
- 4) os cálculos dos prêmios incorporam a depreciação e não devem ser considerados caso a caso, porque *seguro só pode ser pensado como uma coletividade*, tendo no *mutualismo* a base técnica;
- 5) a ausência da cláusula de depreciação *estimula a fraude*, porque o segurado receberá aquilo que não perdeu;
- 6) pagar indenização maior que o valor do prejuízo experimentado pelo segurado, afronta a boa administração do *fundo comum*, formado pela *contribuição da massa segurada*, para a qual todos contribuem com a sua parcela; e
- 7) a utilização da cláusula de depreciação *flexibiliza o preço do produto*, *democratizando o acesso ao seguro*;

Em conclusão, pode-se asseverar a licitude contratual da cláusula de depreciação nos seguros de danos, cuja fonte primária se verifica no fundamento técnico dessa espécie de seguro, representado pelo princípio indenitário, este que é hoje consagrado pelo próprio texto legal (art. 781 do C.C.), e no princípio geral da aleatoriedade, presente em toda espécie de seguro, a teor do artigo 757<sup>371</sup>, do mesmo diploma legal.

---

<sup>371</sup> **Art. 757.** Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o **pagamento do prêmio**, a garantir **interesse legítimo** do segurado, relativo a **pessoa** ou a **coisa**, contra riscos predeterminados.

## Ponencia 3 EL SEGURO DE GRANDES RIESGOS

**Alberto Javier Tapia Hermida**<sup>372</sup>  
Sección Española de AIDA

### SUMARIO

1 La finalidad de régimen especial del seguro por grandes riesgos: evitar la protección desproporcionada de determinados tomadores. 2. La armonización comunitaria del seguro por grandes riesgos en 1988 y la adaptación del régimen español en 1990. 2.1. La armonización comunitaria del seguro por grandes riesgos mediante la segunda directiva 88/357/CEE del consejo. 2.2 La adaptación del derecho español al régimen comunitario del seguro por grandes riesgos. 3. El supuesto de hecho: delimitación del seguro por grandes riesgos en la Ley de Contrato de Seguro. 4. Las consecuencias jurídicas: la libre

---

<sup>372</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1.989)

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (1990).

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1.990.

Socio de Estudio Jurídico Sánchez Calero.

Director de la Tesis Doctoral sobre, "Contenido del Contrato de Seguro de Asistencia en Viaje", presentada por María Ángeles Pérez Albuquerque, en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Extremadura. Cáceres, en 2005.

Autor, entre otros, de las monografías sobre:

*"El contrato de gestión de carteras de inversión"* (Madrid 1995).

*"Sociedades y fondos de inversión y fondos de titulización"* (Madrid 1998).

*"Fusiones y OPAs transfronterizas"* (Madrid 2007).

Autor de tres manuales universitarios sobre:

*"Derecho del Mercado de Valores"* (2ª Edición, Barcelona 2003).

*"Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones"* (3ª Edición, Editorial Thomson/Aranzadi, Pamplona 2006).

*"Derecho Bancario"*, (Barcelona 2002).

Autor de otros estudios sobre:

*"El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión"*, en la Revista Española de Seguros nº 126, 2006, págs. 229 a 264.

*"Aspectos polémicos y novedosos del Seguro de Vida"*, publicado como E-Print del Departamento de Derecho Mercantil en la página web de la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, documento 2006/2, marzo 2006.

*"El seguro de defensa jurídica"*, Comentario a Sección 9ª del Título II de la Ley de Contrato de Seguro, en SANCHEZ CALERO, F. Dir., *"Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones"*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, junio 2005, págs. 1449 a 1581.

*"Planes y Fondos de Pensiones"*, preparación del apartado IV de la "Legislación de Seguros Privados", Editorial COLEX, Madrid 2003, págs. 653 a 866.

*"El Derecho comunitario de seguros"* (Capítulo 6), en Derecho Comunitario Económico (Vol. I), Las libertades fundamentales, Editorial COLEX Madrid 2001, págs. 243 a 276.

*"Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil. Reflexiones sobre la Jurisprudencia reciente"*, en la Revista de Derecho Mercantil nº 233, julio/septiembre 1999 (págs. 977 a 1050).

elección de la ley aplicable y el carácter dispositivo de la ley española. 4.1 La libre elección de la ley aplicable. 4.2 El carácter dispositivo de la ley española. 4.3. La aplicación de las disposiciones del seguro por grandes riesgos al coaseguro comunitario. 5 Conclusiones.

## **1. LA FINALIDAD DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL SEGURO POR GRANDES RIESGOS: EVITAR LA PROTECCIÓN DESPROPORCIONADA DE DETERMINADOS TOMADORES**

La regulación del contrato de seguro, tanto en España como en los Estados que conforman la Unión Europea y, en general, en todos los países desarrollados, parte del presupuesto del desequilibrio económico que mantienen el asegurador y el tomador o asegurado –y, por extensión, en su caso, el beneficiario o tercer perjudicado- y pretende compensar y corregir la debilidad de la posición de éste último atribuyéndole derechos irrenunciables que le protejan frente a abusos potenciales del asegurador. En particular, la Ley da por supuesta la falta de negociación individual de las condiciones de los contratos de seguro y la imposición por el asegurador de condiciones generales a las que se adhiere el tomador del seguro. Por ello, se da carácter imperativo a las leyes de contrato de seguro que establecen aquellos instrumentos para proteger al tomador o asegurado.

Esta asimetría tuitiva del asegurado se manifiesta en la Ley española 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) empezando por el carácter imperativo que el artículo 2 atribuye a sus preceptos, salvo que las cláusulas contractuales sean más beneficiosas para el asegurado. Además, los mecanismos tuitivos de manifiestan tanto en la fase precontractual, en la que, por ejemplo, el artículo 10 de la impone al asegurador el deber de someter el cuestionario de riesgo y libera al asegurador únicamente en caso de que exista ocultación dolosa o gravemente culposa de circunstancias por parte del tomador; como en la fase propiamente contractual, en la podemos ver que el artículo 20 de la LCS configura un régimen de mora especialmente riguroso para el asegurador).

Sin embargo, el presupuesto anterior –la debilidad del tomador del seguro- es incorrecto cuando el tomador del seguro es un empresario o un profesional que no precisa protección porque –a la vista del tipo de seguro, del volumen económico de su empresa o de la vinculación del seguro contratado a su actividad profesional o empresarial- se le supone una capacidad de autoprotección<sup>373</sup>. En tales casos, identificados en la Unión Europea como

---

<sup>373</sup> Ver el comentario del art.2 de la LCS por parte de Sánchez Calero, F. (Dir.) en “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 3ª ed., Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 63 donde dice: “el asegurado debe ser protegido con normas imperativas cuando sea un «consumidor», un «contratante débil», pero que tal protección carece en gran medida de sentido cuando el contratante del seguro tenga una potencia económica y unos medios de asesoramiento (tanto en el campo jurídico como en el técnico) en los que la

“seguros por grandes riesgos”, en los que se negocian –o, cuando menos, se pueden negociar- las cláusulas de los contratos, otorgar al tomador capaz de negociar las condiciones y autoproteger sus intereses en la contratación del seguro la protección extraordinaria que se dispensa, por regla general, al tomador o asegurado débil resultaría desproporcionado a las circunstancias y dañoso para el asegurador. Además, sería ineficiente también para las dos partes contratantes limitar la libertad de elección de la normativa aplicable, máxime cuando estos seguros por grandes riesgos tienen una tendencia común al carácter transfronterizo. Por ello, en el Derecho comunitario y en los Derechos nacionales de los Estados de la UE se prevé un régimen especial para los seguros por grandes riesgos.

## **2. LA ARMONIZACIÓN COMUNITARIA DEL SEGURO POR GRANDES RIESGOS EN 1988 Y LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN ESPAÑOL EN 1990**

### **2.1 La armonización comunitaria del seguro por grandes riesgos mediante la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo**

Antes de abordar la armonización comunitaria del régimen de los seguros por grandes riesgos, conviene reparar en un antecedente que, aun cuando es sobradamente conocido, no por ello resulta menos importante y relevante para esta comunicación. Dicho precedente consiste en la falta de una armonización comunitaria del régimen del contrato de seguro. En efecto, el último intento oficial de lograr dicha armonización lo encontramos en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que rigen el contrato de seguro presentada por la Comisión el 30 de diciembre de 1980 cuyo artículo 13º contenía la previsión de que los Estados miembros adecuarían sus Ordenamientos antes del 1 de julio de 1983. La consideración de esta Propuesta es significativa como antecedente de la posterior armonización de los seguros por grandes riesgos porque ya en su considerando 2º anticipaba que la Segunda Directiva relativa al seguro directo distinto del seguro de vida concedería a las partes *“la libertad de elegir el derecho aplicable al contrato, de una parte, para los riesgos de transportes, en razón fundamentalmente de su carácter a menudo internacional y, de otra parte, para algunos riesgos definidos por criterios precisos”* que no se llegaron a concretar pero que cabe deducir que coincidirían en parte con los ramos que después integrarían los seguros por grandes riesgos. Ello es así cuando observamos que el considerando 5º de aquella Propuesta anunciaba *“que ha parecido oportuno excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a los seguros marítimos, aéreos y de transportes, en razón de su carácter ampliamente internacional y de la libertad*

---

*tutela otorgada por la LCS carezca de sentido”.* También puede verse nuestra obra Tapia Hermida, A.J. “Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones”, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 159 y ss

*tradicionalmente dejada a las partes para la conclusión de contratos relativos a estos seguros (...); que los ramos de seguros de crédito y caución presentan particularidades tales que, a reserva de coordinación ulterior, no se justifica la aplicación tal cual de las disposiciones de la presente Directiva*". En consecuencia, el artículo 1º excluía de su ámbito los seguros relativos a los ramos clasificados bajo los números 4 (cascos de vehículos ferroviarios), 5 (cascos de vehículos aéreos), 6 (cascos de vehículos marítimos, lacustres y fluviales), 7 (mercancías transportadas), 11 (R.C. vehículos aéreos), 12 (R.C. vehículos marítimos, lacustres y fluviales), 14 (crédito) y 15 (caución).

Del antecedente expuesto podemos deducir que, ya en 1980, existía la intención de permitir la libertad de ley aplicable para determinados contratos de seguros que se correspondían con los ramos que, ocho años más tarde, integrarían sustancialmente los seguros por grandes riesgos.

Entrando ya en la armonización comunitaria del régimen de los seguros por grandes riesgos, vemos que la "Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE" añade un régimen especial de los seguros por grandes riesgos para facilitar a determinados tomadores un acceso libre a un mercado de seguros amplio<sup>374</sup>. Para ello, estableció, en su artículo 5, que las definiciones del artículo 5 de la primera Directiva 73/239/CEE se completarían con un nuevo apartado d) relativo a los grandes riesgos<sup>375</sup> y, en su artículo 7, estableció las disposiciones sobre la determinación de la ley aplicable a los contratos de seguros que cubrieran riesgos localizados en los Estados

---

<sup>374</sup> Así vemos como su Considerando señalaba: *"Conviene conceder a aquellos tomadores de seguro, que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse, no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo, completa libertad de acceso al mercado más amplio posible de seguros"*.

<sup>375</sup> Este precepto definía los grandes riesgos del modo siguiente: *"iii) los riesgos clasificados en los ramos 4, 5, 6, 7, 11 y 12 del punto A del Anexo; iii) los riesgos clasificados en los ramos 14 y 15 del punto A del Anexo cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad; iii) los riesgos clasificados en los ramos, 8, 9, 13 y 16 del punto A del Anexo siempre que el tomador supere los límites de al menos dos de los tres criterios siguientes: Primera etapa: hasta el 31 de diciembre de 1992: - total del balance: 12,4 millones de ECU; - importe neto del volumen de negocios: 24 millones de ECU; - número medio de empleados durante el ejercicio: 500. Segunda etapa: a partir del 1 de enero de 1993: - total del balance: 6,2 millones de ECU; - importe neto del volumen de negocios: 12,8 millones de ECU; - número medio de empleados durante el ejercicio: 250. Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establece con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 83/349/CEE (7), los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado. Cada Estado miembro podrá añadir a la categoría mencionada en el punto iii) los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, "joint ventures" y asociaciones de carácter temporal"*.



miembros, tomando en especial consideración la libertad de elección de ley aplicable por las partes cuando se tratara de aquellos grandes riesgos<sup>376</sup>.

Después, el artículo 2 de la Directiva 90/618/CEE, de 8 de noviembre de 1990 modificó la letra d) del artículo 5 de la Primera Directiva para ampliar el ámbito de los grandes riesgos.

Por último, el artículo 27 de la Tercera Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio, dio nueva redacción a la letra f) del apartado 1 del artículo 7 de la Segunda Directiva 88/357/CEE ampliando la libre elección de ley aplicable a todos los grandes riesgos contemplados en la letra d) del artículo 5 de la Primera Directiva 73/279/CEE<sup>377</sup>.

## **2.2 La adaptación del Derecho español al régimen comunitario del seguro por grandes riesgos**

El Derecho español introdujo, por vez primera, el régimen especial del seguro por grandes riesgos mediante la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357CE.

Esta adaptación afectó a los dos ámbitos básicos de la regulación aseguradora.

Por una parte, afectó a la normativa de control de los seguros privados, para flexibilizar dicho régimen<sup>378</sup>, introduciéndose en la entonces vigente Ley 33/1984, de Ordenación de los Seguros Privados, una definición de grandes riesgos en su artículo 52<sup>379</sup> y exceptuando a este tipo de seguros de

---

<sup>376</sup> Así, la letra f) de su apartado 1 señalaba: “f) Para los riesgos contemplados en el punto i) de la letra d) del artículo 5 de la primera Directiva, las partes contratantes podrán elegir cualquier ley”.

<sup>377</sup> Sobre este proceso comunitario, ver por todos Almajano de Pablos, L.M., “El Derecho comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos” en Sánchez Calero, F. (Dir.), “Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad de la gran empresa”, Madrid 1994, pág.41 y ss.

<sup>378</sup> Así, el párrafo 3º de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, decía: “La normativa de control ha de introducir igualmente las especialidades propias de los llamados «grandes riesgos», y que justifican los períodos transitorios que a España se reconocen en la Directiva 88/357/CEE. Este tipo de riesgos se sitúa bajo un control administrativo que en algunos aspectos, y por imperativo de dicha norma comunitaria, queda flexibilizado en atención al especial carácter de los tomadores”.

<sup>379</sup> Este artículo 52 sobre “Grandes riesgos” decía: “A los efectos de lo establecido en la presente Ley y disposiciones complementarias se entenderán por grandes riesgos los siguientes: a) Los de vehículos ferroviarios, aeronaves, cascos de buques, mercancías transportadas, responsabilidad civil derivada del uso de aeronaves o de buques. b) Los de crédito y los de caución cuando el tomador del seguro ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad. c) Los de incendio, otros daños a los bienes, responsabilidad civil general y pérdidas pecuniarias diversas siempre que el tomador del seguro supere al menos, dos de los tres límites siguientes: Contravalor en pesetas de 6,2 millones de Ecus como suma total del Balance. Contravalor en pesetas de 12,8 millones de Ecus como cifra neta de negocio. Doscientas cincuenta como número medio de personas empleadas durante el último

determinadas exigencias de remisión de documentación técnica y contractual a la autoridad administrativa<sup>380</sup>.

Por otra parte, la introducción de los seguros por grandes riesgos impuso la reforma de la LCS para reconocer, en estos casos, una mayor libertad a la autonomía de la contratación de las partes<sup>381</sup>. Para ello, se introdujo el nuevo Título IV de “*normas de Derecho Internacional Privado*” que, en su artículo 107, definió los “*grandes riesgos*”<sup>382</sup>.

Con posterioridad, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los seguros privados incidió nuevamente en la regulación de los seguros por grandes riesgos en los dos ámbitos señalados:

En cuanto a la normativa de control, su artículo 53 exceptúa los contratos de seguro por grandes riesgos de determinados deberes de información al tomador del seguro. En cuanto al régimen del contrato de seguro, la Disposición Adicional Sexta modifica la LCS –entre otros, en los artículos que después veremos que son relevantes para los seguros por grandes riesgos (33.a, 44 y 107)- y le da la redacción actual.

Por último, el Texto Refundido de la LOSSP (en adelante, TRLOSSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, recoge los aspectos antes señalados de los seguros por grandes riesgos.

En el Derecho Comparado Europeo, podemos recordar que el vigente régimen de los seguros por grandes riesgos se estableció en Francia por el artículo L111-6 del Código de seguros, incluido por el artículo 6 de la Ley nº 94-5 de 4

---

*ejercicio terminado con anterioridad a la fecha de la póliza. Reglamentariamente se determinará la forma de calcular el número medio de empleados. Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.”*

<sup>380</sup> En este sentido, el artículo 60 de esta Ley 33/1984 disponía: “4. Lo dispuesto en el número anterior no será de aplicación a los grandes riesgos, sin perjuicio de que el Ministerio de Economía y Hacienda pueda exigir la comunicación no sistemática de la documentación contractual y técnica empleada”.

<sup>381</sup> En tal sentido, el párrafo 8º de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, decía: “El concepto de grandes riesgos tiene relevancia en el Derecho contractual. Si en ellos el tomador no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, y habida cuenta de la nueva escala de concurrencia en que el mercado asegurador ha de desenvolverse a partir de ahora, es conveniente dotar a dicho mercado, en lo referente a los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente, tal como el legislador español reconoció al seguro marítimo al no derogar los artículos 737 y siguientes del Código de Comercio, con motivo de la promulgación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre”.

<sup>382</sup> Sobre la incorporación del régimen comunitario al Derecho español ver Almajano de Pablos, L.M., ob.cit., pág.55 y ss.

de enero de 1994<sup>383</sup> y, en Italia, por el Decreto Legislativo de 17 de marzo de 1995, n.175, de trasposición de la Directiva 92/49/CEE en materia de seguro directo diverso del seguro de vida.

### 3. EL SUPUESTO DE HECHO: DELIMITACIÓN DEL SEGURO POR GRANDES RIESGOS EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

El seguro por grandes riesgos se delimita, en la LCS vigente, conforme a tres criterios: atendiendo al tipo de seguro y al objeto asegurado; o atendiendo al tipo de seguro y a las circunstancias del tomador; o atendiendo al tipo de seguro, al objeto asegurado y a las circunstancias del tomador. Veamos cada categoría:

- a) Atendiendo al tipo de seguro y al objeto asegurado, se consideran grandes riesgos *“los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista)”* (art.107.2.a) LCS).

Se trata de una tipología de seguros que no se corresponde con la clasificación de los seguros contra daños del Título II de la LCS, sino que hay que buscarla en la normativa de pública de control de la actividad aseguradora y, más en concreto, en la clasificación de los ramos de seguro del artículo 6 del TRLOSSP. Así vemos cómo este primer bloque de seguros debe integrarse por las definiciones de los siguientes ramos de seguro directo distinto del seguro de vida: *“4. Vehículos ferroviarios, 5. Vehículos aéreos, 6. Vehículos marítimos, lacustres y fluviales, 7. Mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), 11. Responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y 12. Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista)”*.

- b) Atendiendo al tipo de seguro y a las circunstancias profesionales del tomador, se consideran grandes riesgos *“los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad”* (art.107.2.b) LCS).

En este caso, se encuentra la referencia a estos seguros tanto en la normativa de control, donde el art.6.2 del TRLOSSP menciona, entre los ramos de seguro directo distinto del seguro de vida, los dos siguientes: *“14. Crédito. Comprende insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola y 15. Caución (directa e*

---

<sup>383</sup> Ver el Journal Officiel de 5 de enero de 1994 en vigor desde el 1 de julio de 1994.

*indirecta*)<sup>384</sup>, como en la LCS<sup>384</sup>, donde las Secciones 6ª y 7ª del Título II, relativo a los seguros contra daños, regulan, respectivamente los seguros de caución<sup>385</sup> y de crédito<sup>386</sup>.

- c) Atendiendo al tipo de seguro, al objeto asegurado y a las circunstancias económicas del tomador, se consideran grandes riesgos *“los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóbiles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: Total del balance: 6.200.000 euros, importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros y número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados”* añadiéndose que *“si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado”* (art.107.2.c) LCS).

Vuelve a ser preciso acudir a la clasificación de ramos de seguro directo distinto del seguro de vida contenida en el apartado 2 del artículo 6 del TRLOSSP para encontrar el acomodo adecuado a estos tipos de seguros, susceptibles de ser tratados como grandes riesgos. En concreto, es preciso integrar la mención del artículo 107.2 con las definiciones de los ramos siguientes: *“3. Vehículos terrestres (no ferroviarios). 8. Incendio y elementos naturales. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno. 9. Otros daños a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el ramo 8. 10. Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóbiles (comprendida la responsabilidad del transportista). 13. Responsabilidad civil en general y 16. Pérdidas pecuniarias diversas. Incluye riesgos*

---

<sup>384</sup> Sobre el régimen de los seguros de crédito y caución, ver nuestra obra Tapia Hermida, A.J. *“Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones”*, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 210 y ss

<sup>385</sup> En concreto, el art.68 de la LCS define el seguro de caución diciendo: *“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*.

<sup>386</sup> El art.69 de la LCS define el seguro de crédito del siguiente modo: *“Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores”*.

*del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias”.*

#### **4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS; LA LIBRE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE Y EL CARÁCTER DISPOSITIVO DE LA LEY ESPAÑOLA**

##### **4.1 La libre elección de la ley aplicable**

La primera consecuencia de calificar un contrato como de seguro por grandes riesgos consiste en que las partes podrán elegir libremente la ley aplicable al contrato (art.107.2)<sup>387</sup> si bien con ciertos condicionamientos y limitaciones. Entre los primeros, se encuentra el deber de expresar la ley elegida en el contrato o desprenderse claramente de su contenido cual es la ley elegida (art.107.5). Entre los límites, podemos señalar que la libre elección de la ley aplicable no empece la aplicación de las normas de orden público contenidas en la ley española (art.107.6)<sup>388</sup>.

Por último, se prevé la forma de determinar la ley aplicable, en caso de falta de elección (art.107.5)<sup>389</sup>.

En el Derecho Comparado Europeo, podemos recordar que, en Francia, el artículo L181-1 del Código de seguros, incluido por la Ley nº 94-5 de 4 de enero de 1994<sup>390</sup> dispuso que *«para los grandes riesgos tal y como son*

---

<sup>387</sup> En general, sobre los aspectos propios del Derecho internacional privado, ver el comentario conjunto del Título IV de la LCS (arts. 107, 108 y 109) por parte de Fernández Rozas, J.C. y Fuentes Camacho, V. en Sánchez Calero, F. (Dir.) *“Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”*, 3ª ed., Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 2201 y ss.

<sup>388</sup> Este precepto establece: *“Lo dispuesto en los números precedentes se entenderá sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro contra daños. Sin embargo, si el contrato cubre riesgos localizados en varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo se considerará que existen varios contratos a los efectos de lo previsto en este número y que corresponden cada uno de ellos únicamente a un Estado”*.

<sup>389</sup> El segundo inciso de este art.105.2 dispone: *“Si faltare la elección, el contrato se regirá por la ley del Estado de entre los mencionados en los números 2 y 3 de este artículo, con el que presente una relación más estrecha. Sin embargo, si una parte del contrato fuera separable del resto del mismo y presentara una relación más estrecha con algún otro Estado de los referidos en este número, podrá, excepcionalmente, aplicarse a esta parte del contrato la ley de ese Estado. Se presumirá que existe relación más estrecha con el Estado miembro del Espacio Económico Europeo en que esté localizado el riesgo.”*

<sup>390</sup> Ver el Journal Officiel de 5 de enero de 1994 en vigor desde el 1 de julio de 1994.

*definidos en el artículo L. 111-6, las partes tienen la libre elección de la ley aplicable al contrato» ; si bien se añade que, en todo caso, la elección por las partes de una ley distinta de la ley francesa no puede ser obstáculo para la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias inderogables por aplicación del artículo L 111-2, cuando todos los elementos del contrato están localizados en el territorio de la República francesa en el momento de aquella elección.*

## **4.2 El carácter dispositivo de la Ley española**

La segunda consecuencia, en orden lógico, es que, si las partes eligen libremente la ley española como reguladora del contrato de seguro por grandes riesgos, esta ley –que será la LCS de 1980- se aplicará con carácter dispositivo, esto es, se admitirán pactos en contrario, por establecerlo así el segundo párrafo del artículo 44 de la LCS<sup>391</sup>; y no imperativo, como es la regla general del artículo 2 de la LCS<sup>392</sup>. En este sentido, cabe destacar que ha sido precisamente la introducción de la regulación de los seguros por grandes riesgos derivada del régimen comunitario la limitación más relevante de la regla general del carácter imperativo de la LCS que se introdujo tras su promulgación inicial<sup>393</sup>.

En todo caso, la eliminación del carácter imperativo de los preceptos de la LCS en los contratos de seguro de daños por grandes riesgos no implica la exclusión de la aplicación de dicha Ley a tales contratos, si las partes han optado por someterse a la Ley española. Lo que significa es que las partes gozan de una mayor autonomía de la voluntad –prevista en el artículo 1255 del Código Civil español- para autorregular sus relaciones en las condiciones contractuales. Por otro lado, la atribución de un carácter dispositivo a los preceptos de la LCS en los seguros por grandes riesgos no los limita a una función supletoria, sino que también les otorga una función ordenadora de los intereses en juego en supuestos normales, cuya exclusión estará sometida a los límites generales del artículo 6.2 del Código Civil. Además, los preceptos de la LCS que configuran la esencia del contrato de seguro en general –tales como su onerosidad del artículo 1 o la existencia de riesgo del artículo 4- y del

---

<sup>391</sup> Que dispone: *“No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma”.*

<sup>392</sup> Este precepto establece: *“Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.”*

<sup>393</sup> Ver el comentario del art.2 de la LCS por parte de Sánchez Calero, F. (Dir.) en *“Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”*, cit. págs. 63 y 64.

seguro de daños en particular –tal como el respeto al principio indemnizatorio del artículo 26- no podrán desvirtuarse por voluntad de las partes, al igual que no podrán desvirtuarse los preceptos que reconocen derechos a terceros, como es el caso de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76)<sup>394</sup>. Adviértase que esta segunda consecuencia de calificar un contrato de seguro como por grandes riesgos esta plagada de “efectos colaterales” con referencia a los preceptos imperativos más relevantes de la LCS tales como, por ejemplo, la obligatoria sumisión al juez del domicilio del asegurado establecida en el artículo 24 de aquella LCS. En este caso, se ha considerado que las partes pueden pactar una sumisión diversa a la del domicilio del asegurado tanto si el mismo se encuentra fuera de España como si han elegido una Ley aplicable diversa a la española. Sin embargo, si las partes han elegido la Ley española, se ha considerado que el artículo 24 de la LCS podría considerarse como una norma de orden público que resultaría aplicable en todo caso a los seguros por grandes riesgos en virtud del mandato contenido en el apartado 6 del artículo 107 de la LCS<sup>395</sup>.

### **4.3 La aplicación de las disposiciones del seguro por grandes riesgos al coaseguro comunitario**

Otro aspecto del régimen del seguro por grandes riesgos es su aplicación a las aseguradoras que participen en una operación de coaseguro comunitario en España, bien como abridoras o bien como coaseguradoras [art.33.a).2 LCS]<sup>396</sup>. En este sentido, debe mantenerse que las partes gozan de plena libertad para elegir la Ley aplicable al contrato de seguro por remisión a lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LCS y que, cuando eligen la Ley española, sus preceptos tendrán carácter dispositivo<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> Ver el comentario del art.44 de la LCS por parte de Sánchez Calero, F. (Dir.) en “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, cit. págs. 804 y 805.

<sup>395</sup> Ver el comentario del art.24 de la LCS por parte de Sánchez Calero, F. (Dir.) en “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, cit. pág. 453.

<sup>396</sup> Este precepto señala: *“Las aseguradoras que participen en España en una operación de coaseguro comunitario en calidad de abridoras, así como sus actividades como tales coaseguradoras, se regirán por las disposiciones aplicables al contrato de seguro por grandes riesgos”*.

<sup>397</sup> Ver el comentario del art.33.a) de la LCS por parte de Sánchez Calero, F. (Dir.) en “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, cit., págs. 586 y 587.

## 5. CONCLUSIONES

### Primera

La delimitación del supuesto de hecho de los seguros por grandes riesgos contenida en el apartado 2 del artículo 107 de la LCS española resulta compleja y discordante. Decimos que es compleja porque utiliza criterios heterogéneos que se refieren a los objetos o riesgos asegurados, al tipo de seguro o a las circunstancias cualitativas (por referencia a la actividad profesional) o cuantitativas (por referencia a las cifras de balance, volumen de negocios o número de empleados) del tomador. Y decimos también que es discordante porque no se basa en la tipología de los seguros de daños contenida en el Título II de la propia LCS, sino en la clasificación de los ramos del seguro directo distinto del seguro de vida contenida en el apartado 1 del artículo 6 del TRLOSSP<sup>398</sup>.

### Segunda

La anterior crítica no va dirigida tanto al legislador español –que, en términos penales, gozaría de una excusa absolutoria porque se ha limitado a transponer la delimitación comunitaria de los grandes riesgos– como al legislador comunitario, a quien se le debería reconocer también la circunstancia atenuante de que, dado que no existe armonización comunitaria del régimen del contrato de seguro y por lo tanto, tampoco existe una clasificación armonizada de los tipos de contratos de seguro; se ha visto en la necesidad de utilizar la clasificación de ramos de seguro propia de la normativa de control público.

### Tercera

La primera consecuencia jurídica de la clasificación de un contrato como seguro por grandes riesgos, consistente en reconocer a las partes la libre elección de la ley aplicable conforme al primer inciso del apartado 2 del artículo 107 de la LCS debe entenderse matizada por la necesidad de respetar las normas de orden público contenidas en la ley española ordenada en el apartado 6 del mismo artículo 107.

---

<sup>398</sup> Sobre las diferencias y relaciones entre la clasificación jurídico-pública de los ramos de seguro y la clasificación jurídico-privada de los contratos de seguro, ver nuestra obra Tapia Hermida, A.J. “Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones”, cit., págs. 153 y ss.



#### Cuarta

La segunda consecuencia jurídica de la clasificación de un contrato como seguro por grandes riesgos, consistente en atribuir carácter dispositivo –y no imperativo como es la regla general- a los preceptos de la LCS, cuando las partes hayan elegido libremente esta ley española como ley aplicable al contrato; debe entenderse limitada porque las partes deben respetar, en todo caso, los principios esenciales que configuran el contrato de seguro y que constan en dicha LCS. A saber: tanto los principios genéricos de todo contrato de seguro, tales como su carácter oneroso y sinalagmático (artículo 1 LCS), la necesaria existencia de riesgo (artículo 4 LCS), el pago de la prima por el tomador (artículo 14 LCS), el pago de la prestación por el asegurador (artículo 19 LCS), etc.; como los principios esenciales que configuran los seguros contra daños, como el indemnizatorio (artículo 26 LCS).

#### Quinta

La tercera consecuencia jurídica, consistente en aplicar el régimen del contrato de seguro por grandes riesgos al coaseguro comunitario, tipificado en el artículo 33.a) de la LCS, debe extenderse en general a las actividades de las aseguradoras españolas que participen en dicho coaseguro.



# TEMA VI

## LA DEFENSA DEL ASEGURADO: JUSTICIA ORDINARIA, ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y DEFENSOR DEL ASEGURADO

### Ponencia 1

#### LA MEDIACIÓN Y LA DEFENSA DEL ASEGURADO

**Carlos Alberto Schiavo**<sup>399</sup>  
Sección Argentina de AIDA

#### SUMARIO

1. Las partes en la relación de seguro. 2. Los conflictos entre las partes en el contrato de seguro. 3. La resolución alternativa de conflictos contractuales en el ámbito de la actividad aseguradora. Significación e importancia de los métodos alternativos. 4. La mediación en la actividad aseguradora. 5. Algunas experiencias de arbitraje en la práctica aseguradora argentina.

---

<sup>399</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires - Argentina. Egresado del Curso Superior de Seguros dictado en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires - Argentina. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros. Miembro del Instituto de Derecho de Seguros Isaac Halperin, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y miembro invitado al Instituto de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora- Argentina. Vicepresidente de la Asociación de Defensa del Asegurado. Titular en la materia Seguros de Vida, Instituto de Formación Técnica Superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor Adjunto (i) de Derecho Comercial en Seguros de Personas, Contratos Mercantiles Aleatorios y Empresa y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Cátedra de Derecho Comercial. CoDirector y Profesor del Curso de Posgrado de Derecho de Seguros Profundizado de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Co Director de la colección de Derecho de Seguros Editorial Hammurabi. Autor de las siguientes obras: El contrato de Seguro Reticencia y Agravación de Riesgo Ed. Hammurabi; Responsabilidad civil médica; Colaborador de Código Civil Comentado y Coautor de La ley 17418 y 22400 comentada. Mail: carlos@estudioks.com.ar

# 1. LAS PARTES EN LA RELACIÓN DE SEGURO

## 1.1 Presentación

La Asociación Argentina de Derecho de Seguros (Sección Nacional de AIDA) fue honrada con el tema del título para su exposición en este X Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros y esta Comisión Relatora asumió el trabajo en la inteligencia que el mismo será enriquecido con el debate, los aportes y experiencias nacionales que otras Secciones habrán de efectuar.

## 1.2 Complejidad de la celebración del contrato de seguro

Con causa en una necesidad del asegurable, se llega a la preventiva satisfacción de un interés mediante la celebración de un contrato de seguro. Pero la real concepción de esta necesidad en la contratación masiva, está entorpecida por carencias en el conocimiento de esas necesidades, como de todas aquellas alternativas posibles para una preventiva satisfacción tal como pretende, o cree entender, el asegurable. Este tiempo en la celebración de contratos masivos de seguro nos permitimos denominarlo “etapa de información al asegurado”, puesto que el asegurable carece de suficiente conocimiento del complejo normativo contractual de seguros y fundamentalmente de las razones que determinan cada una de las disposiciones y cláusulas de la póliza<sup>400</sup>.

## 1.3 La suma de tres “f” da como resultado un litigio

Habitualmente la falta de conocimiento es sustituida por una “fantasiosa” idea del asegurable de lo que cree o considera que tiene a cubierto. Pero la realidad demuestra que por este camino se llega normalmente al “fracaso” lo que genera una lógica “frustración” de aquellas expectativas que inicialmente llevaron a la celebración del contrato.

## 1.4 El valor relativo del principio “pacta sum servanda”

La jurisprudencia y doctrina se inclinan por otorgar un efecto relativo a las palabras y estipulaciones contractuales<sup>401</sup>, que en el caso de la legislación mercantil argentina esta regulado en los arraigados principios de interpretación contractual. Esta tendencia se afirma con mayor énfasis en los casos de

---

<sup>400</sup> Sin perjuicio que ambas partes se deben una equivalencia en el conocimiento e incertidumbre respecto del riesgo y sus circunstancias,

<sup>401</sup> **Morandi, Juan C.F.** Proyecto de ley modelo sobre el contrato de seguro para Latinoamérica Art. 26, en especial incs. b), d), e), f),l)

adhesión a cláusulas predispuestas en la contratación masiva, trocando aquel concepto por el cual las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, hacia nuevas formas de abordar la interpretación contractual<sup>402</sup>. El art. 1.198 del Código Civil Argentino establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y *de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*, por lo cual se puede afirmar que el asegurador debe necesariamente considerar que el asegurado resulta “ignorante” de los básicos principios técnicos del seguro, de la legislación especial, como también del contenido normativo del contrato.

El asegurador debe saber que esta ignorancia hace que el asegurado, luego, pueda considerar que resulta injustificadamente insatisfecha su expectativa contractual, que concluirá viendo frustrados sus derechos y entonces toda esta situación continuará con una nueva y no deseada etapa del inter contractual y negocial: “el litigio”. La justicia es favorable a esa interpretación relativa del principio de la “*pacta sum servanda*”, y concluye resolviendo a favor de la parte débil, del no profesional, más allá de las palabras frías del contrato. El asegurador debe considerar la vigencia de estas decisiones judiciales para actuar preventivamente, abandonando complicadas y oscuras redacciones contractuales, con incorporación de disposiciones que puedan ser consideradas abusivas de su posición predisponente.

## 1.5 La información del asegurable durante la contratación del seguro

Existen muchas normas que dan cuenta de la preocupación del legislador para prevenir conflictos e imponen al profesional comerciante, la obligación de “informar” en la celebración contractual en general<sup>403</sup> y de seguro en especial.<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> Proyecto de Código Europeo de los Contratos art. 42. Efectos entre las partes y en favor de terceros El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos en favor de terceros según lo previsto en las reglas del presente título. Art. 1134. Código Civil Frances Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

<sup>403</sup> Proyecto de Código Europeo de los Contratos Art. 7. *Deber de información* 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el art. 6º, apartado 4º. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error.

<sup>404</sup> Entre otras Resolución 39/248 del 16/04/1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; España: Ley 26/1984, art. 2 d); Brasil: ley 8078, art. 6 III); Uruguay: ley 17250, art. 6

También la doctrina se ocupa de esta cuestión señalando que la información al tomador, resulta una cuestión absolutamente necesaria, por el hecho de la falta de preparación, sobre todo desde el punto de vista técnico, y por la compleja mecánica funcional del seguro<sup>405</sup>. Se afirma que constantemente resultan inadecuadas las garantías asegurativas a las necesidades del asegurable, quien reprochará a su co-contratante no haberle informado lo suficiente sobre el contenido del contrato. Dicha queja parece legítima desde que los solicitantes son unos profanos, colocados frente a profesionales.<sup>406</sup> La información se ha ido transformando, juntamente con la producción, distribución y comercialización en masa y con el desarrollo de la tecnología, de necesidad social en deber jurídico<sup>407</sup>.

En lo concerniente a las advertencias y consejos sobre las consecuencias jurídicas del contrato, en pocas oportunidades, esas obligaciones se cumplen. La parte profesional pese a ser conocedora de los alcances de la ley y la jurisprudencia, guarda silencio sobre circunstancias que de haber sido conocidas por la parte ignorante, habrían llevado a ésta a no contratar, hacerlo de manera diferente, o a realizar ciertas conductas que lo habrían favorecido en la formación o ejecución del contrato<sup>408</sup>.

## 1.6 Los intermediarios y el asesoramiento del asegurado

Sin desconocer la existencia de diversos sistemas comerciales mediante los cuales se vinculan asegurado y asegurador, entendemos que tiene suma importancia para la resolución preventiva de conflictos, la diligente y profesional actuación de los intermediarios de seguro.

En Argentina se reserva el concepto de intermediación en seguros a la actividad desarrollada por personas ajenas al contrato, que no representan a ninguna de ellas, y que realizan una labor material de acercamiento posibilitando la celebración del contrato. En Argentina quien representa a las partes no es considerado intermediario ya que se considera que, en la

---

incs. C) y D); Paraguay: Ley 1334/98, art. 6 inc. c) y d); Chile: Ley 19496, art. 1 inc. 3 párr. 4, art. 3 b); Italia Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n.209 Codice delle assicurazioni private. art. 183, inc. 1 c); Francia, Loi n°2002-1577 Código de los Seguros, art. L112-2.

<sup>405</sup> **Pérez-Serrabona Gonazáles, Jose Luis**, *La póliza y la documentación del contrato de seguro*. Ed. Comares, Granada 2003.

<sup>406</sup> **Spéner Yawaga**, *Les obligations précontractuelles de l'assureur*, Revue générale du droit des assurances, nro 1-1997, Ed. LGDJ, Paris 1997, p 83).

<sup>407</sup> **Stiglitz, Ruben S.** *La obligación precontractual y contractual de información. El deber del consejo* Rev. Jurisprudencia Argentina T.1997-II-764.

<sup>408</sup> **Tamayo Jaramillo, Javier**, *La obligación de la lealtad durante el período precontractual, con énfasis en los contratos de seguros y transporte*, Rev. Ibero-Latinoamericana de Seguros, nro. 21, Bogotá 2004, p. 9).

negociación asume la personalidad de alguna de las partes. La legislación argentina regula la intermediación en la celebración de contratos de seguro mediante la ley 22.400. La ley denomina a estos intermediarios productores asesores de seguro. En Argentina no es admitido intermediar en seguros sin asesorar, simultáneamente al asegurado. Una de las funciones específicas de estos intermediarios, establecida entre sus funciones y deberes<sup>409</sup> es la de informar al asegurado. En igual sentido dispone el art. 6. de la ley 26/2006 en el inc. 1 de España<sup>410</sup>. El productor asesor de seguros (PAS), con su asesoramiento, contribuye a una mejor “formación” de la voluntad del asegurado, sin perjuicio que quien toma en definitiva las decisiones es este último<sup>411</sup>.

La obligación del PAS de asesorar al asegurable a fin que éste elija inicialmente y mantenga la cobertura que considere adecuada a sus intereses, nace cuando el interesado le requiere este asesoramiento y continúa durante toda la vigencia del contrato de seguro. Por tal motivo esa función no se agota con la celebración del contrato<sup>412</sup> y continúa cuando asume de hecho, funciones de “facilitador” que permiten al asegurado contar con un asesor de sus intereses frente a conductas, resoluciones del asegurador o diferencias interpretativas contractuales que pudieran afectar sus derechos.

## 1.7 El control estatal de las cláusulas contractuales

La función especializada y en algunas legislaciones exclusiva<sup>413</sup>, que ejercen organismos estatales en la supervisión de la actividad aseguradora, tiende a cumplir varios objetivos típicos de la actuación ejecutiva y de policía de seguridad económica.

En su relación al Primer Congreso Mundial de Seguros, Roma 1962, Halperin precisó esos fines y los medios del control estatal que además de la permanente capacitación económico financiera del asegurador, apunta a aquellos que hacen a los fines sociales y se manifiestan en la regulación y

---

<sup>409</sup> En el art. 10. De éstas cabe destacar las señaladas en el inc. d): “... Ilustrar al asegurado o interesado en forma detallada y exacta sobre las cláusulas del contrato, su interpretación y extensión y verificar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha decidido cubrir el riesgo...” en igual sentido art. 23 inc. e) ley 1883 de Bolivia; art. 86 ley 59/1996 de Panamá; art. 10, inc. 2) Decreto S. 863/1989 de Chile; art. 24, ley general de instituciones y sociedades mutualistas de Seguros, México, Decreto-Lei 73/66 de Brasil.

<sup>410</sup> “... Los mediadores de seguros ofrecerán información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento...” que tan amplia y específicamente complementa el art. 42

<sup>411</sup> **Soto, Héctor M.** *Intermediación en el contrato de seguro*, Ed. La ley, Buenos Aires, 2000, p.56

<sup>412</sup> **Bustamante, Gabriel,** *Hablemos de seguros*, Ed. autor, Lima 2006

<sup>413</sup> Tal como la legislación argentina lo establece en el art. 8 de la ley 20091

control de condiciones equitativas en las pólizas, precios adecuados a los riesgos asumidos y cumplimiento diligente por el asegurador de la obligaciones contraídas. Otros autores y analistas de la actividad aseguradora<sup>414</sup> también coinciden con esa interpretación, exponiendo especialmente lo que entienden las conductas abusivas de la posición preeminente y los resultados desfavorables para asegurados y beneficiarios.

## 1.8. Otras alternativas en la defensa del asegurado

Además de los códigos deontológicos de las cámaras empresarias tendientes a prestigiar socialmente la actividad de las asociadas, cabe mencionar la actividad de organizaciones no gubernamentales (ONG) que se han constituido como típicas manifestaciones del espíritu asociativo de las personas para autoprotegerse. Estas ONG tienen por finalidad complementar y coadyuvar la función de control y supervisión estatal especializada en seguros. Así entre otras, la actividad que desarrollan en España, la OCU (Organización de Consumidores y Usuarios), UCE (Unión de Consumidores de España), FUCI<sup>415</sup> (Federación de Usuarios y Consumidores Independientes) y OFA (Oficina del Asegurado), Consumer (del grupo Eroski)<sup>416</sup>, otras iniciativas como la UNACO en Chile y el PROCOM e IDEC de Brasil. La actividad de estas ONG complementando el control y supervisión estatal de la actividad aseguradora constituyen otro instrumento tendiente a la información del asegurable y asegurado, con la finalidad de prevenir conductas maliciosas de asegurados, abusivas de aseguradores y, de esa manera, prevenir situaciones de conflictos de intereses.

## 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO

### 2.1 Los conflictos con causas anteriores al siniestro

- *La reticencia y la falsa declaración del riesgo*

Una de las primeras cuestiones de conflicto se genera alrededor de la declaración del estado del riesgo al momento de contratar.

---

<sup>414</sup> **Tobias, Andrew**, *Los banqueros invisibles*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1982; **Shulman Richard**, *The billion Dollar Bookies*, Ed. Harper, New York 1976-, **Kessler, Ronald**, *The life insurance game*, Ed. Holt Rinehart and Winstron, New York. 1985; informe de David Dietz y Darrell Presto de la agencia Bloomberg News, publicado en el diario argentino Clarín el 6 de Agosto de 2007.

<sup>415</sup> **Caballero Sanchez, Ernesto**, *El consumidor de seguros, protección y defensa*, Ed. Fund. Mapfre, Madrid, 1997.

<sup>416</sup> Conforme el diario El País la OFA tiene aproximadamente unos 200.000 asociados y que habría extendido sus objetivos a funciones de capacitación mediante convenios de colaboración para la formación práctica con la Universidad Complutense de Madrid, con la Escuela de Negocios IEDE y con la Asociación de Jóvenes Juristas.



Aún existen legislaciones que prescinden de la carga del asegurador de “interrogar” al asegurable e informarle sobre las cuestiones que le resulta necesario conocer<sup>417</sup>, generando incertidumbre en el asegurado y constituyéndose en fuente de conflictos.

- *Diferencias entre la propuesta de seguro y la póliza*

El contrato de seguro se celebra como si fuera un contrato “entre ausentes”<sup>418</sup> en el que la aceptación de la propuesta no sigue inmediatamente a la oferta. En la legislación Argentina, y en la legislación mexicana, se establece que la emisión de una póliza con un texto que difiere del texto de la propuesta, no afecta la celebración del contrato, pero autoriza al tomador a efectuar un reclamo respecto de esta modificación. No se trata de una aplicación de la teoría de la *punktation*<sup>419</sup> sino de una institución particular del derecho de seguros.

Es imprescindible que el tomador cuente con suficiente información sobre su derecho de impugnar la póliza en caso de divergencia de su texto con la propuesta, ya que tiene un plazo preciso para ejercer este derecho. Esta posibilidad de emitir pólizas con un texto diferente a la propuesta, genera una situación de inestabilidad y falta de certeza por parte del asegurado.

- *La agravación del riesgo*

En su informe al VII Congreso Mundial de Derecho de Seguros, (Budapest, mayo 1986) el Profesor Juan Carlos Félix Morandi expuso un análisis exhaustivo sobre la disciplina de la agravación del riesgo, señalando que éste ha sido objeto de una consideración especial por todos los ordenamientos legislativos, pero la variedad de características de cada uno de éstos dificulta cualquier sistematización y abordaje universal de la disciplina. No obstante cabe destacar que las legislaciones recientemente sancionadas tienden a vincular y relacionar directamente la agravación con las causas del siniestro, o

---

<sup>417</sup> **Schiavo, Carlos A.** *Contrato de seguro, reticencia y agravación del riesgo*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

<sup>418</sup> **Soto Héctor M.** *Contrato celebración forma y prueba (con especial referencia al contrato de seguro)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 12.

<sup>419</sup> En el Código Suizo de las Obligaciones y en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, ratificada por la ley argentina 22.765, se establece que, el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los “alteren sustancialmente”. En contra de la aplicación de esta teoría al contrato de seguro **Soto Héctor M.** *Diferencias entre la “propuesta de seguro” y el texto de la póliza (El artículo 12 de la ley argentina de seguros) considera que esta institución, propia del art. 12 de la ley argentina de seguros, no debe considerarse como la aplicación al contrato de seguro. En el caso excepcional del art. 12 de la ley de seguros no cabe la distinción entre cláusulas esenciales y cláusulas secundarias.*

con las pérdidas provocadas por éste, y cada vez son más restrictivas en las interpretaciones que perjudiquen al asegurado y su libre actuación.

- *Justificación técnica de las tarifas y precios*

En Argentina se atribuye a la Superintendencia de Seguros de la Nación controlar que las primas<sup>420</sup>, no resulten abusivas o arbitrariamente discriminatorias. Pero ese control preventivo de las tarifas, muchas veces no suele extenderse efectivamente a la verificación del ejercicio práctico en el uso de las tarifas autorizadas.

- *Los modos y el tiempo del pago de la prima*

La mayoría de las legislaciones prestan especial atención a regular las formas y tiempos en que se debe cumplir el pago de la prima. Pero no obstante ello, se verifican por diversas razones<sup>421</sup> que los aseguradores establezcan o consientan sistemas laxos, y hasta contrarios a las normativas respectivas, produciendo incertidumbre en el asegurado.

## **2.2 Los conflictos causados por el siniestro**

- *Conflictos en torno a la investigación del siniestro*

Algunas legislaciones permiten que el asegurado se haga representar en las diligencias para verificar el siniestro y liquidar el daño. En tanto otras facultan al asegurado para tomar vista del expediente interno del siniestro, pudiendo obtener copias del mismo y aportando, según la conveniencia de sus derechos, pruebas y documentos. Pero todas imponen los gastos de esa representación al asegurado.

- *Conflictos en torno a la liquidación del siniestro*

Esta es otra de las etapas en la que se presentan conflictos, en especial a todo lo referido al valor de los bienes dañados o al costo de las reparaciones de los mismos, como también a los cálculos y aplicaciones de franquicias, descubiertos obligatorios, determinación de los bienes con valor limitado y la razonabilidad de las bases contractuales establecidas para la aplicación de parámetros de valuación.

---

<sup>420</sup> Además de ser suficientes para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador y su permanente capacitación económico-financiera.

<sup>421</sup> Razones que podrían ser tanto comerciales, como impuestas por la competencia, o bien para mantener las relaciones con determinados PAS, para evitar que peligre una determinada cartera.

- *Conflictos generados en relación al tiempo y modo del pago de la prestación a cargo del asegurador*

Otra de las prácticas que deberían ser observadas diligentemente, son las situaciones referidas al tiempo y modo de pago de la prestación a cargo del asegurador.

### **3. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS CONTRACTUALES EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. SIGNIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS**

Se verifica en estos tiempos una tendencia mundial a “restituir” para los sujetos de derecho la alternativa de resolver sus disputas sin intervención de los tribunales, pudiendo elegir al neutral que crean más conveniente.

Y decimos “restituir” pues no resulta novedosa la utilización de un tercero ajeno para ayudar a resolver y superar una disputa. Recurso de tan larga data como la vida humana en sociedad al que volvemos a recurrir, sistema arraigado en el espíritu gregario humano, aunque caído en desuso por un tiempo, tiene por fundamental objetivo restaurar la armonía y la paz en cualquier grupo humano y es inherente a su capacidad de supervivencia<sup>422</sup>.

El uso de estas opciones<sup>423</sup>, no constituyen, ni deberían constituir una alternativa frente a la acción judicial, sino que denotan la tendencia a recurrir a alguna de estas nuevas técnicas, voluntariamente requeridas por alguna de las partes, o bien como un requisito previo al proceso judicial, o impuesto durante el mismo, o cuando así lo entienda conveniente los propios Jueces.

Podrán diferir las técnicas o los métodos, pero la constante es la búsqueda de un auxiliar independiente, neutral para resolver las peticiones o dirimir las cuando fallan los intentos negociales directos. Si el logro de restablecer la

---

<sup>422</sup> **Ponieman Alejandro**, *Que Hacer con Los Conflictos*, Ed. Losada, Buenos Aires, 2006

<sup>423</sup> Que **Ponieman A.** detalla en todas sus posible variantes y que estarían en uso en los países mas desarrollados a) paneles de revisión de disputas; b) paneles de notables; c) expertos neutrales de diferentes clases; d) evaluación neutral temprana; e) conferencia conciliatoria con moderador; f) mini-juicio no vinculante; g) arbitraje no vinculante; h) mediación facilitativa; i) mediación evaluativo; j) mediación híbrida; k) mediación -arbitraje; l) mediación seguida de arbitraje con el mismo neutral; m) mediación seguida de arbitraje con diferente neutral sirviendo el mediador como director de procedimiento; n) mediación - ofertas - mediación; ñ) mediación seguida de arbitraje baseball; o) Arbitraje sumario con laudo no vinculante seguido de mediación; p) arbitraje con laudo oculto seguido de mediación y con arbitraje final vinculante; q) neutral coordinador de diferentes procedimientos de resolución de disputas; r) arbitraje no vinculante en el curso el proceso judicial; s) mediación en el curso del proceso judicial; t) arbitraje definitivo decidido por consenso entre las partes

armonía quebrada por miembros de la comunidad no se logra a través del sistema prevalente, tarde o temprano surgirán otros, y eso es lo que esta ocurriendo con la expansión de los llamados métodos alternativos de resolución de disputas.

La actividad mercantil, es tal vez, la que registra la mayor cantidad de antecedentes en el uso de los actuales métodos alternativos de resolución de disputas, tales como la actuación de los amigables componedores que en las ferias medievales resolvían conflictos entre comerciantes, a verdad sabida y buena fe guardada. También se destaca la añosa actuación del sistema arbitral y los tribunales arbitrales de las cámaras comerciales. Por ello no debe extrañar que para restaurar la armonía negocial y el reconocimiento social, los aseguradores procuren también el uso de estos sistemas, sin perjuicio que nos quepa descalificar, si nos permite la licencia Fray Luis de León, a quienes deseen “seguir la escondida senda por donde suelen ir los muchos imprudentes que en el ahorro de gastos han sido”.

## 4. LA MEDIACIÓN EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

### 4.1 Concepto y funcionamiento de la endocomposición

A guisa de proemio del tema, cabe señalar que en este evento académico de Derecho de Seguros, entendemos que no resulta necesario historiar la evolución y razones de la actividad de los abogados, pero si conveniente reafirmar la ineludible actuación y asesoramiento profesional jurídico, cuando surge la necesidad de componer una disputa de intereses que pudiera afectar “derechos” de las partes no profesionales y profanas de las relaciones contractuales mercantiles predispuestas, por tal motivo nos permitimos analizar la mediación desde esa perspectiva particular de la actividad contractual, sin perjuicio de reconocer el útil auxilio interdisciplinario y los resultados de estos sistemas en las relaciones de familia, laborales, de vecindad y de víctima-victimario en el ámbito de la punición estatal.

La mediación se presenta como un método de transformación de la dinámica de confrontación en una dinámica de colaboración, logrando que las partes trabajen juntas en la solución de un problema común, acercándolas a un acuerdo, ofreciéndoles un ámbito en que ellas mismas puedan componer y resolver sus diferencias sin diferir a un tercero, ajeno y desinteresado por el conflicto, para que dicte una resolución (en la que muchas veces ninguno de los interesados encuentra la solución del conflicto). Estos sistemas procuran que las partes se puedan entender por sí solas, la mediación ayuda a que éstas cambien sus “percepciones” acerca del problema que las aflige haciendo que tomen una visión distinta, que lo miren desde otro lugar<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> Diez Francisco, Tapia Gachi, *Herramientas para trabajar en mediación*, Ed, Paidós, 2da reimp. Buenos Aires, 2004.

Particularmente consideramos que no resulta extraño que el renacimiento de estos métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito negocial, se verifique en países con sistemas de resolución judicial predominantemente por equidad, donde los argumentos fundamentales de cada parte se vinculan a “las razones lógicas de su planteo” y no tanto a los derechos subjetivos cada una de ellas entiende que le es reconocido por el orden normativo objetivo de las leyes. En la génesis y evolución de estos métodos alternativos se partió y siguió por diversos conceptos que diferencian claramente los distintos sistemas<sup>425</sup>.

- A. El modelo tradicional lineal de Harvard que define básicamente la mediación como una negociación colaborativa asistida por un tercero neutral y que orienta a las personas para que puedan resolver sus conflictos y alcanzar un acuerdo que satisfagan los reales intereses de cada una de las partes. Entiende por “conflicto” un obstáculo para la satisfacción de intereses o necesidades de manera distributiva, sin que haya un ganador que se llevaría todo y quien se retiraría del “campo de batalla” perdedor, sin recibir nada.
- B. El modelo transformativo de Bush y Folger, que entendemos tiene claros fundamentos psicológicos terapéuticos y presta mucha atención al aspecto relacional interpersonal apartando al conflicto como centro, se ocupa que cada parte reconozca al otro como coprotagonista del problema y de la solución. Se podría concluir que no le importa si se llega a un acuerdo o no. No están centrados en la llamada resolución del conflicto, sino en la transformación relacional la que se supone que al mejorar superará la etapa del conflicto para pasar a la colaboración solucional.
- C. El modelo circular-narrativo de Sara Cobb, que al igual que el transformativo tiene fundamentos psicológicos terapéuticos, se basa en otorgar un valor superlativo a la comunicación, permitiendo que las partes se manifiesten y expongan ampliamente sus rígidas y encontradas posiciones para que, mediante el caos del enfrentamiento aparezcan estructuras disipadas a partir de reformular el decir de las partes. Se señala que las personas llegan a la mediación en una situación en la cual el orden es “la razón que cada uno tiene” frente al conflicto y al introducir caos en ese orden se flexibiliza el sistema.

Las vías históricamente tradicionales a las cuales la evolución jurídica nos fue llevando para la resolución de conflictos, se basó en la actividad legislativa del Estado, la ley era un “orden social justo”, de manera que posteriormente los jueces a los cuales acuden los individuos aplicarán a cada caso concreto ese orden. Pero en lugar de ello, ahora se propone un nuevo paradigma que parte

---

<sup>425</sup> **Suares, Marinés**, *Mediación Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 4ta reed. 2004.

de la crítica al lógico regulador ya enunciada en la teoría funcional-estructuralista de Luhmann<sup>426</sup> la que realiza un análisis social distinto, lo que lleva a aceptar el “conflicto” como insito y natural al sistema social, de manera que en lugar de evitarlo o preverlo para darle una solución formal anticipada en la ley, hay que aceptarlo, dejarlo que se manifieste ya que se autocompondrá en función de la denominada autopoiesis<sup>427</sup> mediante nuevas propuestas tendientes a lograr la “colaboración” como sistema social.

Entendemos que estas teorías filosóficas y fundamentalmente sociológicas que prohijaron todo el desarrollo de “las nuevas alternativas” de interpretación y abordaje de las complejas interrelaciones sociales, han producido el desarrollo de sistemas y mecanismos “prácticos” que se entronizaron como un “tactopocentrismo” alternativo al sistema tradicional formal normológico-judicial. Sin embargo todos estos métodos no están exentos de obstáculos sistémicos e inconvenientes prácticos<sup>428</sup>. Entre los principales encontramos que:

- A. La legitimación del sistema requiere la voluntaria concurrencia de las partes del conflicto, de manera que si se torna obligatoria la concurrencia del requerido, no cabe aguardar que éste se encuentre predispuesto a “colaborar” y mucho más es dable esperar que tienda a obstaculizar cualquier intento que se efectúe en lo que pueda entender contrario a sus intereses, o a lo que el quiere se solucione dentro del tradicional procedimiento judicial.
- B. No todos los concurrentes a la convocatoria de mediación, tienen la disposición de resolver el conflicto. Cuando el requirente es una persona individual y la requerida es una persona jurídica, aquellos que asisten a la mediación por esta última son representantes de las mismas, muchas veces profesionales preparados para “neutralizar” las técnicas del mediador e igualmente obstaculizar una solución si no tienen “instrucciones” de facilitarla.
- C. Resulta empíricamente comprobado que en las relaciones contractuales predispuestas celebradas masivamente el adherente continúa, en la instancia de mediación, en una posición de debilidad frente a la preeminente de la empresa predisponente.

---

<sup>426</sup> Luhmann, Niklas y De Georgi Raffaele *Teoría de la Sociedad*; Ed. UIA-UdeG-ITESO México 1993; *Sistemas Sociales*, Ed. Anthropos-UIA-CEJA Barcelona 1984.

<sup>427</sup> Ver los trabajos de los biólogos chilenos **Maturana, H. y Varela, F.** (1990). *El árbol del conocimiento*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile 1984. La autopoiesis se refiere a los sistemas que presentan una red de procesos u operaciones que pueden crear o destruir elementos del mismo sistema, como respuesta a las perturbaciones del medio. Dando así una respuesta biológica a los fenómenos y relaciones interpersonales en los grupos sociales humanos.

<sup>428</sup> **Schvarstein, Leonardo**, su prologo a **Suares, Marínés**, *Mediación conducción*, ob. cit.

- D. Cuando el conflicto en la relaciones contractuales mercantiles es el resultado de una resolución abusiva del deudor en perjuicio del acreedor, la convocatoria voluntaria a mediación resulta una idealización o bien un sarcasmo írrito.

#### **4.2 La mediación frente a los sistemas de excomposición**

En el ámbito jurídico judicial la mediación se nos ha presentado:

- A. Exponiendo lo que consideran críticamente como “los mitos de la justicia, la racionalidad y la neutralidad”<sup>429</sup> detallando los problemas, vicios y desviaciones que acumulan los sistemas judiciales de excomposición, destacando que con el excesivo formalismo de sus procesos y con carencias en la cantidad y calidad de los medios necesarios, produce, en general, una dilación en la resolución de los casos, que en lo particular de la actividad mercantil se verifica además con acumulación significativa de gastos, costos y pasivos por compromisos con reclamación judicial.
- B. Mediante una petición de principios enuncian que la principal ventaja de la endocomposición se presenta por ser un método más apto para la resolución de disputas a partir que los ciudadanos conozcan esa mayor aptitud, la prefieran y utilicen como alternativa a los métodos formales normativos judiciales.

#### **4.3 Desarrollo y experiencia en la argentina de este sistema alternativo de solución de conflictos**

El sistema federal argentino, que constitucionalmente reconoce que las provincias son preexistentes a la Nación, y retienen para si todos aquellos derechos y atribuciones no delegadas, hace que la regulación de los procedimientos de mediación no sean necesariamente uniformes en todo el territorio argentino. Podemos clasificar los sistemas de mediación vigentes en Argentina teniendo en cuenta, para ello, la persona del mediador, por una parte, y la obligatoriedad del sistema, por otra parte.

Según la persona del mediador, las mediaciones pueden clasificarse en:

- A. Mediaciones que están a cargo de un abogado mediador
- B. Mediaciones que están a cargo de mediadores profesionales en diversas disciplinas, que en algunas legislaciones (Provincia de Chubut) si no son abogados, deben hacerse asistir por un letrado y en otras pueden hacerse asistir por un letrado (Proyecto de ley de la Provincia de Buenos Aires).

Según su obligatoriedad, las mediaciones pueden clasificarse en:

---

<sup>429</sup> **Horowitz, Sara** *Conflicto y negociación*, capítulo en la obra colectiva *Mediación una respuesta interdisciplinaria*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997

- A. Mediaciones obligatorias prejudiciales (Ley Nacional Argentina 24.573)
- B. Mediaciones voluntarias por regla u obligatorias, por excepción, en instancia judicial (Provincia de Córdoba).
- C. Mediaciones que permiten se sometan a este sistema un amplio campo de situaciones. (ley 24573, Chubut, Córdoba).
- D. Mediaciones especiales restringidas a determinadas situaciones (Provincia de Chaco, Ley 4.711 plan provincial de mediación escolar, Provincia de Mendoza ley 6354 ley del niño y el adolescente de la Provincia de Mendoza, que en su Título III, Capítulo II establece la etapa prejudicial de avenimiento y mediación, Mediación Penal Provincia de Buenos Aires, Ley 13433 de procedimiento penal regula la resolución alternativa de conflictos. ley 3987 de mediación penal en la Provincia de Río Negro).
- E. Proyecto de ley de la Provincia de Buenos Aires, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sistemas totalmente voluntarios que establecen un servicio estatal de mediación (Provincia de Misiones).

En el ámbito Nacional Argentino en el año 1995 se estableció, por ley 24.573, la obligatoriedad de la mediación y conciliación por el término de 5 años, prorrogándose por diversas leyes hasta la actualidad., excluyendo de esta obligación determinados supuestos<sup>430</sup>, y haciéndolo optativos en los juicios de desalojo.

Este sistema ha resultado resistido en el ámbito de la justicia mercantil, que llegó al extremo de declarar, en un fallo aislado, la inconstitucionalidad de la ley 24.573<sup>431</sup>.

La concurrencia a la mediación se encuentra restringida a los casos en que la misma fuera establecida mediante designación del mediador por parte de las Cámaras de Apelaciones y solamente referido a la primera audiencia, no siendo ni obligatorio someterse el proceso, ni asistir a las siguientes audiencias. Tampoco el sistema de elección personal voluntaria de mediador por parte del requirente impone al requerido la obligación de asistir a la primera audiencia y someterse al proceso. Por su parte la Provincia de Córdoba mediante ley 8858 estableció el sistema de mediación con carácter voluntario en el marco del proceso judicial, a pedido de parte si fuera voluntaria o por resolución judicial en determinados casos que establece excepcionalmente como obligatoria por la misma ley, como también la posibilidad de la mediación en sede extrajudicial.

---

<sup>430</sup> a) Causas penales, b) Acciones de separación personal, de divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las patrimoniales derivadas de éstas, c) declaración de incapacidad y rehabilitación, d) causas en que sea parte el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas, e) los amparos, hábeas corpus e interdictos, f) medidas cautelares, g) diligencias preliminares y prueba anticipada, h) juicios sucesorios y voluntarios, g) concursos preventivos y quiebras, h) causas en que sea competente la Justicia del Trabajo.

<sup>431</sup> *"Iraola Osvaldo Mario y otro c/ Murex Argentina SA y otro s/ sumario"* - CNCOM - SALA B - 30/03/2001 en [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar) citar elDial - AA7F5



#### **4.4 La mediación y la actividad aseguradora**

En el caso de la actividad aseguradora la mediación no ha producido modificaciones ni resultados sustanciales. Las reclamaciones de terceros de la responsabilidad civil han recibido similar tratamiento a los ya existentes sistemas administrativos internos de las aseguradoras para atender tales requerimientos, claro está que ahora con la carga adicional de los honorarios del profesional mediador. En tanto que la promoción de la mediación no exige determinar cuantitativamente el monto de la reclamación, se ha instalado la costumbre de utilizar la facultad legal de hacerlo por “monto indeterminado”.

La previsión reglamentaria de la Superintendencia de Seguros, fue asignar a estos procesos –hasta conocer el valor de la reclamación– un importe fijo, por cierto la más de las veces más elevado que aquello que se verificará al concretarse la reclamación. Todo esto afecta la administración de los pasivos por deudas con los asegurados, las estimaciones y reservas por los casos ocurridos y no denunciados o suficientemente denunciados (IBNR, IBNER) y las reservas de los reaseguros correspondientes.

#### **5. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE ARBITRAJE EN LA PRÁCTICA ASEGURADORA ARGENTINA**

No obstante no ser el arbitraje un tema reservado a nuestra Sección, expresando nuestra convicción sobre las bondades de los sistemas arbitrales institucionales y especializados en seguros<sup>432</sup>, entendemos provechoso efectuar una breve referencia a la experiencia argentina en la actividad cooperativa de seguro.

.Aquello que en su origen resultaba un ponderable sistema alternativo de solución de conflictos entre el asegurador cooperativo y sus asociados asegurados, se fue desvirtuando cuando se estableció como imposición estatutaria cooperativa, que los asociados no pudieran reclamar, ni defender, sus derechos en justicia, sino luego de agotar previamente un lento y prolongado procedimiento arbitral institucional cooperativo. Inclusive se establecían complicados sistemas recursivos ante los consejos de administración y asambleas de asociados. Todo ello antes que el asegurado asociado pudiera efectuar la reclamación ante los tribunales, a los cuales, la más de las veces, se llegaba cuando según algunas interpretaciones judiciales restrictivas, la acción se encontraba prescripta.

---

<sup>432</sup> Como resulta ser el Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (TEAS), organizado por SEAIDA

La ley argentina de contratos de seguros prohibió la incorporación de la cláusula compromisoria en el texto predispuesto de las pólizas<sup>433</sup>, en tanto que la ley que regula el control de la actividad aseguradora permitió que los estatutos de las cooperativas pudieran prever que las diferencias con los asociados, derivadas del contrato de seguro, fueran resueltas arbitrariamente si el asociado así lo aceptaba.

Sendas regulaciones han tenido durante mucho tiempo una interpretación restrictiva mediante la cual se llegó a propugnar inclusive que quedaba vedado conforme la legislación de seguros que, luego de celebrado el contrato, emitida la póliza y antes que pudiera manifestarse una disputa entre las partes, éstas pudieran pactar un convenio compromisorio, no predispuesto y a favor de tribunales arbitrales institucionales especiales y registrados ante la autoridad de control.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> “Art. 57. *Son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza...*” Distinto criterio: ver la exposición de motivos de la ley española 30//1995 “...*Protección del asegurado. La experiencia adquirida, desde la entonces novedosa regulación de la protección del asegurado en 1984, ha permitido depurar las instituciones que tienden a la protección del mismo, ampliando tal protección a los terceros perjudicados en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, por corresponder ambas protecciones a idéntico fundamento; se perfeccionan los mecanismos de protección, tanto en el crédito singularmente privilegiado a que se refiere el artículo 59, cuanto en la adecuación de los mecanismos de solución de conflictos que configura el artículo 61, teniendo muy presente la nueva regulación del arbitraje, así como remitiendo el mecanismo arbitral sui generis al de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, finalmente, se introduce, bien que con carácter potestativo, la figura del defensor del asegurado en su artículo 63.*”

<sup>434</sup> **Schiavo, Carlos A.** *El Arbitraje en el Contrato de Seguro*. Revista DyE de la Universidad Austral, Número en Homenaje al Dr. Juan Carlos Félix Morandi.

## Ponencia 2 EL DEFENSOR DEL ASEGURADO

**Héctor Miguel Soto**<sup>435</sup>  
Sección Argentina de AIDA

### SUMARIO

1. La figura del “defensor del asegurado”. 2. El “defensor del asegurado” en Argentina. 3. La institución y la defensa de las partes del contrato de seguro. 4. Naturaleza jurídica de la institución. 5. Ventajas del sistema. 6. El éxito del sistema depende de la credibilidad que genere en asegurados y beneficiarios. 7. Circunstancias que afectan la atracción del sistema para asegurados y beneficiarios.

### 1. LA FIGURA DEL “DEFENSOR DEL ASEGURADO”

#### 1.1 Concepto

Tal como se ha implementado en diferentes países, y muy recientemente en Argentina, el llamado “Defensor del Asegurado” es una persona designada por una entidad aseguradora, o por una asociación que agrupa entidades aseguradoras, a fin de que resuelva los reclamos que deduzcan los asegurados y beneficiarios, contra las resoluciones de las entidades de seguro que le fueren adversas.

Las características generales de la “Defensoría del Asegurado”, con diferencias no muy significativas según cada caso concreto, son las siguientes:

---

<sup>435</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Dirige el estudio jurídico “Soto & Crespo - Abogados Consultores”. Especialista en derecho de seguros. Profesor de Derecho Económico de la Universidad del Museo Social Argentino. Profesor de Derecho de Seguros en la Universidad de Morón. Profesor invitado por la Universidad Católica de Santiago del Estero y por la Universidad Católica de Salta. Ex-profesor de Derecho de Seguros de la Universidad Argentina de la Empresa. Profesor del Centro de Capacitación de la Asociación Argentina de Productores Asesores de Seguro (AAPAS). Miembro de la Comisión Directiva de la Sección Argentina de AIDA. Director de diversas instituciones jurídicas, colaborador permanente de Revistas de Derecho y expositor en diversos Congresos, Eventos y Cursos de derecho. Autor de diversos libros de derecho: “La celebración del contrato de seguro”( tesis doctoral) “Intermediación en el contrato de seguro”; “Contrato. Celebración forma y prueba”(con especial referencia al contrato de seguro); y en colaboración con otros autores, “Derecho de seguro” y “Regimen jurídico de la actividad aseguradora”. Autor de diversos artículos en materias propias de su especialidad, tanto en Argentina como en el extranjero. Mail: hmsotoyasoc@infovia.com.ar

- A. El “Defensor del Asegurado” es designado por la entidad aseguradora o por alguna asociación representativa del sector asegurador.
- B. Ninguna entidad aseguradora está obligada a adherir a la institución, o a mantener su adhesión a la misma. Ello sin perjuicio de encontrarse sometido a la misma respecto de los contratos de seguro que celebre durante el tiempo que dure su adhesión.
- C. Las incumbencias del “Defensor del Asegurado” son establecidas y determinadas por la entidad aseguradora o por la asociación representativa del sector que lo designa. En los reglamentos respectivos se establece, claramente, en qué reclamos se encuentra autorizado a intervenir el Defensor, y en que reclamos no se encuentra autorizado a hacerlo.
- D. En tanto no se aparte de las incumbencias y pautas establecidas en el correspondiente reglamento, el “Defensor del Asegurado” goza de independencia de acción y de criterio en el ejercicio de su cometido.

Actuando dentro de las pautas de acción y de decisión que el respectivo reglamento le ha impuesto y otorgado, no está obligado a aceptar sugerencias, indicaciones o directivas ni de quién lo ha designado, ni de la entidad aseguradora contra la que se dirige el reclamo.

- E. Generalmente se establece, en los reglamentos respectivos, que para ser designado “Defensor del Asegurado” el candidato debe ser una persona de gran idoneidad moral y técnica. La evaluación de estas condiciones de idoneidad es efectuada con toda libertad por quien lo designa.
- F. La resolución del “Defensor del Asegurado” respecto del reclamo formulado por el asegurado o por el beneficiario, obliga a la entidad aseguradora siempre que el reclamante acepte dicha resolución. Por su parte, el reclamante puede aceptar la decisión del “Defensor del Asegurado”, o bien no aceptar la misma.
- G. En los reglamentos que regulan la institución se establece que el trámite del reclamo ante el “Defensor del Asegurado” debe ser rápido, ágil, informal o apenas formal, pudiéndose admitir la incorporación de pruebas.
- H. En los reglamentos que regulan la institución se establecen las bases sobre las que se debe fundar la resolución del “Defensor del Asegurado”. En ese sentido se puede establecer que la resolución se basará en la equidad, o bien en ciertas normas jurídicas, o bien, con mayor amplitud, en el ordenamiento jurídico tomado como un conjunto.

## **2. EL “DEFENSOR DEL ASEGURADO” EN ARGENTINA**

### **2.1 Implementación de la figura en Argentina**

La institución que hoy nos ocupa surgió hace ya bastante tiempo, y ha sido establecida en muchos países. En Argentina se implementó en el mes de Agosto de 2007, mes en el que la Asociación Argentina de Compañías de Seguros (AACS) dictó un reglamento creando la figura del “Defensor del Asegurado”, estableciendo su competencia y el marco dentro del cuál aquel desarrollaría su labor.

El reglamento implementado por la Asociación Argentina de Compañías de Seguro (AACS) no presenta innovaciones significativas respecto de la institución, tal como se la ha venido regulando en otras partes del mundo.

Por ello, por su novedad, y porque su regulación no difiere significativamente de las establecidas en otras latitudes, vamos a efectuar un análisis jurídico minucioso de la figura a partir de la reglamentación puesta en práctica en el seno de la Asociación Argentina de Compañías de Seguro (AACS).

### **2.2 Propósitos declarados de la institución**

El artículo primero del reglamento de la AACS define a la figura del “Defensor del Asegurado” como una figura de carácter privado creada en el ámbito de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros.

Establece que el “Defensor del Asegurado” intervendrá en los conflictos que se suscitaren entre la persona física o jurídica que tuviere contratado un seguro, y un asegurador debidamente autorizado para operar, que previamente hubiera adherido al sistema.

Se declara que la actividad del “Defensor del Asegurado” se encuentra orientada a la protección de los derechos de los asegurados y/o beneficiarios. No se mencionan otros fines o propósitos de la institución.

### **2.3 Funciones del “defensor del asegurado”**

El artículo 2 del reglamento establece que el “Defensor del Asegurado” conocerá y resolverá, dentro de los límites de su competencia, los reclamos que se sometan voluntariamente a su pronunciamiento. Además de resolver los reclamos que presenten los asegurados o beneficiarios, se faculta al “Defensor del Asegurado” a propiciar, dentro del ámbito de su competencia, el mejoramiento de la calidad de los servicios del seguro privado.

En ese sentido está obligado a presentar a la Asociación Argentina de Compañías de Seguros (AACS) un informe anual con recomendaciones

generales para mejorar la calidad de los servicios del seguro, identificando situaciones cuya corrección permita prevenir conflictos entre asegurados y aseguradores.

La expresión “calidad de los servicios del seguro” es muy amplia y abarca, no sólo la manera en que se debe atender, liquidar y pagar un siniestro, sino también otros supuestos como, por ejemplo, cuál debe ser el contenido normativo de los contratos de seguro; cuáles deben ser las normas de contratación (suscripción) de seguros; cómo se debe desarrollar la relación posterior a la celebración del contrato en la etapa presiniestral; cuáles son los requisitos a los que debe sujetarse la publicidad de las empresas aseguradoras, y, en general, todos los demás aspectos que hacen a la actividad aseguradora, y a la relación del asegurador con el cliente.

## **2.4 Declarada independencia del “defensor del asegurado”**

Establece el artículo 2, último párrafo, del reglamento, que el “Defensor del Asegurado” ejercerá sus funciones, y resolverá los conflictos en los que le toque intervenir, con plena independencia.

Apuntalando esta independencia del “Defensor del Asegurado” se establece que el mismo será designado por la Junta Directiva de la AACS sobre una terna propuesta por su Comité Ejecutivo.

El último Párrafo del artículo Cuarto del Reglamento establece que el “Defensor del Asegurado” permanecerá tres años en su cargo, y que podrá ser reelegido indefinidamente. Además de la expiración del plazo para el que es elegido, no se establecen otras causales de cesación en el cargo.

Tampoco se establece, expresamente, que el “Defensor del Asegurado” es inamovible, omitiendo detallar las circunstancias que, habitualmente, pueden afectar esa inamovilidad.

El Reglamento establece inhabilidades absolutas e inhabilidades relativas para ejercer el cargo de “Defensor del Asegurado”. Las inhabilidades absolutas son aquellas que impiden que las personas alcanzadas por las mismas puedan desempeñarse como “Defensor del Asegurado”. El Reglamento establece cuatro causales de inhabilidad absoluta.

- A. La primera es tener relación de dependencia con alguna entidad aseguradora o reaseguradora.
- B. La segunda es ser un profesional que desempeñe algún cargo directivo en una entidad aseguradora o reaseguradora.
- C. La tercera es ser intermediario en seguros, es decir broker de seguros.

Conviene aclarar que en Argentina, las únicas personas autorizadas para intermediar en seguros son los productores asesores de seguros.

En Argentina –tal como se ha dicho en el desarrollo del tema primero- se consideran intermediarios únicamente a quienes, sin ser partes del contrato, ni representantes o mandatarios de alguna de las partes, realizan una labor material tendiente a contactar a los interesados y posibilitar la celebración del contrato de seguro.

D. La cuarta es ser liquidador de siniestros y averías.

Las inhabilidades relativas son aquellas que impiden la actuación del “Defensor del Asegurado” en casos concretos. El Reglamento menciona dos supuestos de inhabilidad relativa.

- A. Tener el “Defensor del Asegurado” alguna relación profesional con el asegurador del caso.
- B. Tener el “Defensor del Asegurado” relación de parentesco en cualquier grado, o amistad con el reclamante.

Como, con mayor o menor cercanía, todos los hombres actuales tenemos vínculos de sangre entre nosotros, entendemos que el parentesco es aquel al que la ley Argentina le otorga algún tipo de efecto sucesorio, esto es hasta el cuarto grado de parentesco. Como nada se dice al respecto entendemos que se debe tener en cuenta tanto el parentesco de sangre como el parentesco por afinidad.

De darse algún supuesto de incompatibilidad relativa, la Junta Directiva de la AACS designará un defensor “ad hoc”, aclarando que, en ese supuesto, la entidad aseguradora que revista el carácter de parte en el caso deberá abstenerse de participar en la elección.

Por último, el reglamento trata de apuntalar esta independencia del “Defensor del Asegurado” recomendando a la Junta Directiva que elija para el cargo una persona que revista una reconocida solvencia moral y profesional y suficientes antecedentes académicos, laborales y profesionales. La apreciación de esas cualidades será libremente efectuada por la Junta.

## **2.5 Incumbencias del “defensor del asegurado” por la materia, por el monto y por las personas**

El principio general es que, salvo exclusión expresa, el “Defensor del Asegurado” conoce de los reclamos formulados por personas físicas o jurídicas que hubieran celebrado un contrato de seguro con una entidad aseguradora que se hubiera adherido al sistema. Esta competencia amplia se encuentra

limitada por la materia, por el monto del reclamo y por las personas reclamantes.

En razón de la materia no pueden someterse al “Defensor del Asegurado” reclamos provenientes de los siguientes riesgos:

- A. Riesgos del trabajo
- B. Seguros de Caución
- C. Seguros de Salud
- D. Seguros de Responsabilidad Civil Profesional
- E. Seguros de Responsabilidad Civil suscriptos como cobertura única

En razón del monto no pueden someterse al “Defensor del Asegurado” reclamos en los que la suma de dinero motivo de la controversia, directa o indirectamente, sea inferior a Dos Mil Pesos Argentinos (aproximadamente Seiscientos Veinticinco Dólares Estadounidenses) ni superior a Cincuenta Mil Pesos Argentinos (aproximadamente Quince Mil Seiscientos Veinticinco Dólares Estadounidenses).

En razón de las personas involucradas, no pueden someterse al “Defensor del Asegurado” reclamos que no se circunscriban a una cuestión específica entre la entidad aseguradora y el asegurado. Tampoco se admite someter al “Defensor del Asegurado” reclamos que un tercero efectúe al asegurado y/o a la entidad aseguradora como consecuencia de la aplicación de cualquier cobertura de responsabilidad civil.

Los beneficiarios de un seguro de vida podrán acudir al “Defensor del Asegurado”. Sin embargo, en este caso, no se admitirán cuestiones controvertidas entre los distintos beneficiarios. La entidad aseguradora puede admitir una ampliación de la competencia del “Defensor del Asegurado” a cuestiones que no son de su estricta incumbencia.

## **2.6 Principio de subsidiaridad**

En el artículo 5 del reglamento se establece que el reclamo ante el “Defensor del Asegurado” procede cuando el recurrente agota la vía interna ante la entidad aseguradora sin obtener solución favorable a su pretensión. Sin embargo, en el párrafo tercero del artículo 7 del Reglamento se establece que el reclamo deberá deducirse dentro de los sesenta días corridos computados a partir del día siguiente de la notificación denegatoria de la pretensión del asegurado.

Por una parte se considera abierta la posibilidad de reclamar ante el “Defensor del Asegurado” cuando se agota la vía interna, y por otra se exige una manifestación expresa de la entidad aseguradora rechazando el reclamo. Pensamos que en aquellos supuestos en que es evidente que se ha agotado la



vía interna, y en los que la entidad aseguradora omite formular un rechazo expreso, también debe admitirse el reclamo ante el “Defensor del Asegurado”.

Tampoco procede la intervención del “Defensor del Asegurado” cuando el reclamante haya acudido, previamente, a una instancia administrativa, judicial, arbitral o de mediación previa a la vía judicial, salvo que desista de estas vías en forma expresa.

El desistimiento requerido es el desistimiento de la acción y no el desistimiento del derecho. En caso de que, durante la tramitación del reclamo, el asegurado acuda a una instancia administrativa, judicial, arbitral o de mediación previa a la vía judicial, el “Defensor del Asegurado” se abstendrá de decidir y archivará el caso.

## **2.7 Reglas generales de tramitación**

El asegurado o beneficiario no se encuentran obligados a interponer su reclamo ante el “Defensor del Asegurado”. Intentar la reconsideración de una decisión adversa de la entidad aseguradora por ante el “Defensor del Asegurado” es totalmente voluntario.

Establece el Reglamento que la presentación de un reclamo por esa vía no limita el derecho del reclamante de recurrir posteriormente ante el órgano jurisdiccional, ni de desistir en cualquier momento del procedimiento. También establece el Reglamento que el procedimiento ante el “Defensor del Asegurado” será informal. En realidad, más que informal el procedimiento se encuentra sometido a las formas que establezca en cada caso, o de manera general, el “Defensor del Asegurado”, dentro del marco o límites que le fija el Reglamento.

El reglamento establece que los reclamos de los asegurados deben deducirse por escrito. En dicho escrito el reclamante deberá determinar su pretensión y adjuntar toda la documentación pertinente con que cuente. El reclamo debe presentarse ante la Asociación Argentina de Compañías de Seguros (AACS).

La reclamación sólo puede ser presentada válidamente dentro de los sesenta días corridos, contados a partir del día siguiente de la notificación denegatoria de la pretensión del asegurado por parte de la compañía de seguros respectiva. Se debe entender que el plazo se cuenta desde que el asegurado recibió la notificación y no desde el momento en que la misma le fue remitida.

Del reclamo se informará a la entidad aseguradora para que esta fije su posición dentro de los cinco días hábiles de haber sido notificada. Se adjuntará con la notificación copia del reclamo y de la documentación acompañada con el mismo.

El reglamento no establece si este plazo será perentorio y si la entidad aseguradora perderá el derecho de expedirse si no lo hace, o no lo hace en término. Entendemos que el “Defensor del Asegurado” puede establecer dicho efecto.

Ninguna consideración se efectúa en el reglamento respecto del asesoramiento jurídico, o patrocinio letrado, del reclamante. No se requiere que el reclamante actúe con asesoramiento jurídico, a pesar de que el reclamo puede versar sobre cuestiones de derecho. Sin embargo es obvio que no se podría exigir al reclamante que prescinda de actuar con patrocinio letrado. En caso de que el reclamante actúe con asistencia jurídica los costos de dicha asistencia pesarán sobre él.

## **2.8 Medios probatorios**

El Reglamento no es claro respecto de las pruebas que pueden ofrecer las partes, ni sobre las facultades del “Defensor del Asegurado” en cuanto a ordenar, evaluar y tener en consideración elementos probatorios.

El párrafo quinto del artículo Séptimo del reglamento establece que los reclamos serán evaluados y resueltos sobre la base de:

A. Las constancias obrantes en el expediente de siniestro de la entidad aseguradora.

En ese sentido la entidad aseguradora deberá entregar copia del expediente completo del siniestro, dentro del término de cinco días de ser notificada de dicho requerimiento.

El Defensor del Asegurado siempre podrá consultar el original del expediente de siniestro concurriendo al domicilio de la entidad aseguradora.

B. De lo que aporte el reclamante

Sin perjuicio de ello el reglamento otorga al “Defensor del Asegurado” la posibilidad de solicitar a cualquiera de las partes información o documentación complementaria destinada a resolver el reclamo. Las entidades aseguradoras y el reclamante tienen el deber de colaborar con sus requerimientos y proporcionarle toda la información que les sea solicitada. La documentación complementaria solicitada por el Defensor deberá ser aportada por la entidad aseguradora y por el reclamante, dentro del término que este fije para ello.

Establece el reglamento que la conducta renuente del asegurador en brindar información, podrá ser considerada como presunción en su contra. Entendemos que, aunque no lo dice el reglamento, la renuencia del reclamante también debe ser considerada una presunción en su contra. También debe

considerarse una presunción en contra la renuencia de alguna de las partes a brindar las informaciones que le fueran solicitadas.

¿Puede el “Defensor del Asegurado” ordenar la producción de otros medios de prueba, además de recabar documentación e informaciones complementarias? En principio podría ordenar la producción de prueba pericial si lo considerase necesario, pero el reglamento le impone el requisito de que, para ello, debe existir previa conformidad de las partes.

En caso de producirse prueba pericial los dictámenes deben ser puestos en conocimiento del reclamante y de la entidad aseguradora antes de que se dicte la resolución que decida la suerte del reclamo. Cualquiera de ellos podrá plantear las observaciones que crea convenientes dentro del plazo de cinco días hábiles desde la notificación de los dictámenes periciales. Nada dice el reglamento del derecho del asegurado de designar técnicos de parte a fin de asesorarlo en el momento de observar la prueba pericial producida.

En caso de utilizar los servicios de asesores técnicos, el costo de este asesoramiento debe ser soportado por el reclamante.

¿Podría el “Defensor del Asegurado” ordenar la producción de prueba testimonial o pedidos de informes a terceras personas?. El reglamento nada dice al respecto y tendrá que ser el propio “Defensor del Asegurado” el que se expida sobre el particular. Dado que las cuestiones a resolver por el “Defensor del Asegurado” son tanto de derecho como de hecho parece conveniente permitirle al mismo que ordene todas las pruebas que considere pertinentes y conducentes a la justa resolución del reclamo.

En cuanto a la producción de la prueba que ordene el “Defensor del Asegurado”, este no podrá actuar de oficio, es decir que no podrá suplir la inactividad de las partes con su propia actividad. En ese sentido, aunque el reglamento guarda silencio al respecto, es evidente que el “Defensor del Asegurado” puede establecer el término dentro del cual se debe producir la prueba que solicite u ordene.

## **2.9 Fundamentos de la decisión del “defensor del asegurado”**

Según el texto del reglamento de la AACS, la resolución del “Defensor del Asegurado”, sobre el reclamo presentado, debe resolverse teniendo en cuenta:

- A. Lo pactado en el contrato.
- B. Lo previsto por las normas en materia aseguradora.

El Reglamento establece con claridad que el “Defensor del Asegurado” no puede fundar su resolución sobre la base de la equidad. Sin embargo, tal como está redactado, el reglamento lo limita fuertemente en cuanto a las normas jurídicas sobre las que debe fundar su decisión, lo que, ciertamente, no es con

veniente. En efecto: parecería que el Defensor sólo puede examinar el contenido del contrato y, a lo suma, establecer si el mismo se adapta a la ley de Contrato de Seguro o a la Ley de entidades aseguradoras.

Ninguna consideración sobre la validez o nulidad, total o parcial, del contrato o de algunas de sus cláusulas podría realizar, ni aplicar ninguna de las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que moderan y restringen las facultades de las partes, ni analizar si tales disposiciones violan alguna norma constitucional o de orden público. En definitiva, si bien el reclamo debe resolverse de conformidad con el contrato y ciertas normas legales, no será resuelto aplicando íntegramente el derecho.

## **2.10 Formas y alcances de la resolución**

Establece la reglamentación que reunida la documentación y producidas o agregadas las pruebas necesarias, y luego de que las partes hubieran sido escuchadas, o de vencido el término que se les ha concedido para ello, el “Defensor del Asegurado” resolverá sobre la procedencia de la reclamación en un plazo máximo de veinte días hábiles a partir de la última presentación.

La decisión del “Defensor del Asegurado” debe ser fundada y, aunque no se lo dice expresamente, escrita. Dicha resolución debe ser notificada a las partes.

## **2.11 Obligatoriedad de la resolución**

Para que la resolución sea obligatoria para las partes, el reclamante debe aceptar expresamente la misma dentro de un plazo que no podrá exceder de diez días hábiles desde que le fuera notificada. El reglamento, más que establecer un plazo para que el asegurado acepte la resolución, le pone un límite máximo al mismo, lo que podría interpretarse en el sentido de que el “Defensor del Asegurado” podría acortar el mismo.

Una vez aceptada por el reclamante, en tiempo y forma, la resolución del “Defensor del Asegurado”, la misma no sólo es obligatoria para la entidad aseguradora sino también para el asegurado o beneficiario.

Transcurrido el plazo de que dispone el reclamante para aceptar la resolución, sin que se produzca la aceptación expresa de este, la entidad aseguradora queda liberada respecto de la resolución dictada por el “Defensor del Asegurado”.

## **2.12 Costos del reclamo**

El reglamento establece que los costos de operación de la “Defensoría del Asegurado” serán soportados por la Asociación Argentina de Compañías de

Seguro (AACS) para lo cuál se establecerá un presupuesto anual. El reglamento también establece que el asegurador involucrado en cada caso deberá contribuir pagando un cargo que se determinará de manera general.

Si el reclamante actuara con patrocinio letrado los costos de este patrocinio serán a su cargo, aún en caso de prosperar su reclamo. Igualmente si el reclamante se hiciera asistir por profesionales técnicos de parte (por ejemplo, médicos o ingenieros) los costos de esta asistencia serán a su cargo, aún en caso de prosperar su reclamo.

### **2.13 Asesoramiento técnico del defensor**

Si bien no se alienta ni se reembolsa la asistencia letrada de los reclamantes, la AACS designará especialistas en materia aseguradora a fin de asesorar y colaborar con el Defensor en el estudio de los casos y la confección de las resoluciones. Estos asesores también duraran en sus funciones un plazo de tres años y podrán ser reelegidos indefinidamente. No se encuentran sujetos a las incompatibilidades que afectan al Defensor, y por lo tanto pueden tener relación de dependencia con algún asegurador o reasegurador o desempeñarse para los mismos en algún cargo directivo. Tampoco estarían inhibidos de actuar cuando tengan alguna relación profesional con la entidad aseguradora involucrada en el caso en especial.

### **2.14 Cumplimiento de la resolución del defensor del asegurado**

Establece escuetamente el reglamento que, en caso que la entidad aseguradora no diere cumplimiento a lo resuelto por el Defensor, el reclamante tendrá derecho a reclamar judicialmente la ejecución de la resolución.

La resolución del “Defensor del Asegurado”, si bien zanja la cuestión, no tiene por sí misma la fuerza ejecutiva de una sentencia. No podría solicitarse a la justicia que esta resolución se ejecute como si fuera una sentencia, o un acuerdo homologado. Debería iniciarse un procedimiento contencioso en el que la entidad aseguradora tendría la posibilidad de articular todo tipo de defensas. No quiere decir esto que, ante la resolución dictada, los jueces no vayan a aceptar la resolución. Esto quiere decir que las entidades aseguradoras podrían articular todas las defensas que consideren conveniente en contra de la resolución.

Por ejemplo que la misma es nula por exceder las facultades conferidas al Defensor, o por no guardar la decisión coherencia con lo actuado, o por no encontrarse suficientemente fundada, entre otros argumentos. Es cierto que el “Defensor del Asegurado” deberá informar a la Junta Directiva de la Asociación Argentina de Compañías de Seguro (AACS) el incumplimiento con los efectos que esto puede acarrear a la infractora. Pero esto no le otorgará a la resolución el carácter de título ejecutable judicialmente.

### **3. LA INSTITUCIÓN Y LA DEFENSA DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO**

#### **3.1 El “defensor del asegurado” no es el defensor de ninguna de las partes del contrato de seguro**

El sistema implementado por la “defensoría del asegurado” presenta beneficios importantes para el reclamante, a los que nos vamos a referir, detalladamente, mas adelante. Pero este carácter, potencialmente beneficioso para el asegurado, no implica, de manera alguna, que deba ser considerado un sistema especialmente defensivo del asegurado.

Si el “Defensor del Asegurado” fuera, verdaderamente, un defensor del asegurado, debería representar los “intereses” de éste, en confrontación con los “intereses” de la entidad aseguradora. Lo cierto es que el compromiso de respetar lealmente los “derechos” subjetivos del asegurado no es, exactamente, lo mismo que defender sus intereses.

Ciertamente es una circunstancia altamente positiva para el reclamante que el “Defensor del Asegurado” tenga terminantes instrucciones de aplicar, estrictamente, las pautas jurídicas a las que debe sujetarse su actuación, debiendo cuidar de no beneficiar o perjudicar a la entidad aseguradora, o al asegurado, eludiendo esos parámetros. Pero esta circunstancia, de respeto por la norma y por lo pactado, no autoriza a considerarlo, sustantivamente, defensor de la entidad aseguradora o defensor del asegurado.

Tampoco un juez o un árbitro es el defensor, en especial, de alguna de las partes, simplemente porque deba resolver una cuestión ateniéndose, honestamente, a ciertas pautas jurídicas.

### **4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN**

#### **4.1 Diferencias con la conciliación y la mediación**

La institución de la “Defensoría del Asegurado” no participa de la naturaleza jurídica ni de la conciliación, ni de la mediación. 4.1.2. Tanto en la conciliación, como en la mediación, el tercero que actúa tratando de zanjar el conflicto entre las partes no tiene la facultad de imponer una solución. Ninguna de las partes en conflicto se encuentra obligada a sujetarse a la opinión, consejo o recomendación del conciliador o del mediador.

En ciertas legislaciones la mediación, y las disposiciones que la regulan, se imponen obligatoriamente a las partes antes de que el reclamante acuda a la instancia judicial, como ocurre en Argentina en algunas de sus jurisdicciones territoriales.

En ningún supuesto las normas que han de regir el trámite de la conciliación o de la mediación, y la actividad y cometidos del conciliador o del mediador, pueden ser establecidos, unilateralmente, por ninguna de las partes. Tampoco es facultad privativa o exclusiva de alguna de ellas designar unilateralmente al mediador o al conciliador. Las circunstancias expuestas bloquean cualquier posibilidad de asimilar, aunque más no sea por semejanza, a la institución de la “Defensoría del Asegurado” con la conciliación o con la mediación.

## **4.2 Diferencias con el arbitraje**

Tampoco es posible confundir o asimilar la institución de la “Defensoría del Asegurado” con el arbitraje. La función de los árbitros es resolver la controversia sometida a su decisión, de manera obligatoria para ambas partes. Ambas partes en conflicto se encuentran constreñidas a cumplir el laudo. Las reglas que han de regir el arbitraje no pueden ser impuestas unilateralmente por ninguna de las partes.

Mucho menos puede alguna de las partes, unilateralmente, y sin el concurso de la otra, designar al árbitro, o a la mayoría de los árbitros en caso de arbitraje plural. Teniendo la actividad de los árbitros naturaleza jurisdiccional, su actuación está sujeta al control de instancias superiores, por lo menos en lo relativo a las formas, al procedimiento, a la coherencia de lo decidido, y a los fundamentos utilizados.

Estas notas definitorias del arbitraje impiden asimilar al mismo la institución de la “Defensoría del Asegurado”, ni siquiera por semejanza o analogía.

## **4.3 Naturaleza jurídica de la defensoría del asegurado**

No es sencillo determinar cuál es la naturaleza jurídica de la institución de la “defensoría del asegurado”, dificultad a lo que contribuye, no poco, el nombre con que se la denomina.

Opinamos que la naturaleza jurídica de la “Defensoría del Asegurado” es la propia de una petición de reconsideración, de carácter descentralizada, efectuada a una entidad aseguradora, respecto de una resolución de ésta negativa para el peticionante.

Cuando una entidad aseguradora rechaza, total o parcialmente, la solicitud de uno de sus asegurados de que se le indemnice un daño, el asegurado puede presentar, ante la propia entidad, una petición solicitando que aquella reconsidere ese rechazo.

Esta petición puede ser considerada o no considerada por la entidad aseguradora, y, en caso de ser considerada, puede ser aceptada o rechazada, total o parcialmente. Cuando la petición de reconsideración es admitida total o

parcialmente, esta decisión obliga a la entidad aseguradora si es aceptada por el asegurado y, por supuesto, no la obliga en caso de que no lo haga.

En caso de no existir la institución de la “Defensa del Asegurado”, o no estar adherida al sistema la entidad aseguradora involucrada, nada le impediría a esta establecer que sea un funcionario especializado de la misma –algo así como un gerente de reclamaciones- quien decida las peticiones de reconsideración, y quién tenga la última palabra con relación a las mismas. En este caso no existirían motivos para pensar que esa petición de reconsideración ha perdido su naturaleza propia por tal circunstancia.

Si en ese mismo supuesto se instruyera, a ese hipotético gerente de reclamaciones, en el sentido de que debe resolver las peticiones de reconsideración teniendo en cuenta, con total rectitud, el contenido del contrato y lo que establecen las normas que regulan la actividad aseguradora, tampoco existirían motivos para pensar que esa petición de reconsideración ha perdido, por ello, su naturaleza propia.

Y por último, si la entidad aseguradora decidiera que la resolución de la petición ya no estará a cargo de un gerente de reclamaciones sino de una persona, laboralmente independiente de la empresa que no ocupa cargos directivos en la misma, tampoco existirían motivos para pensar que esta descentralización despoja a la petición de reconsideración de su naturaleza propia.

Cuando una entidad aseguradora adhiere al sistema de la “defensoría del asegurado” realiza un acto por el que, *libremente*, adopta un mecanismo destinado a reconsiderar aquellas decisiones propias que fueren adversas a sus asegurados. Cuando una entidad aseguradora adhiere al sistema de la “defensoría del asegurado”, adopta, *libremente*, un mecanismo por el cuál la petición de reconsideración va a ser decidida, y elige, *libremente*, de manera directa o por adhesión, la persona que ha de resolver el reclamo.

La petición de reconsideración formulada al “Defensor del Asegurado” se caracteriza porque la entidad aseguradora delega su resolución a una persona no dependiente laboralmente de la misma, y que tiene instrucciones públicas de sujetar su decisión, no a los intereses de alguna de las partes, sino a pautas jurídicas bien delimitadas. Pero entendemos que, no obstante estas saludables características, no deja, por ello, de tener la naturaleza de una petición de reconsideración.

#### **4.4 Naturaleza jurídica de la relación de la entidad aseguradora reclamada con el defensor del asegurado**

Como hemos visto, dentro del sistema de la “Defensoría del Asegurado”, la entidad aseguradora que adhiere al sistema, le otorga a un tercero, el denominado “Defensor del Asegurado”, la facultad de reconsiderar sus propias



resoluciones y, en su caso, de modificar la resolución cuestionada teniendo en cuenta ciertas pautas bien definidas. Ya hemos señalado que lo hace libremente y sin que nadie la obligue a ello.

Hay mandato cuando una persona, libremente y por su propia decisión, encomienda a otra, el otorgamiento de actos jurídicos que la obligan como si los hubiera otorgado personalmente. Por lo tanto pensamos que, cuando la entidad aseguradora, libremente y por su propia decisión e iniciativa, encomienda al “Defensor del Asegurado” decidir un reclamo deducido en su contra, lo que está haciendo, jurídicamente, es otorgarle un mandato.

Este mandato, respecto de los asegurados que contratan con la entidad aseguradora durante el tiempo en que esta se mantenga adherida al sistema, adquiere la característica de un mandato irrevocable, dado en interés de este asegurado.

Miremos la cuestión desde otro punto de vista. Supongamos que una entidad aseguradora, sin recurrir ni adherir a la institución de la “Defensoría del Asegurado” otorgase, expresamente, un mandato a una persona para que ésta decida, en su nombre, los reclamos que se le efectúen.

Supongamos que en el instrumento del mandato se instruya al mandatario para que resuelva el reclamo, con toda honestidad, dentro de ciertas pautas de derecho bien definidas, y sin favorecer los intereses de la mandante ni del reclamante.

Supongamos que en el instrumento del mandato se establece que las propuestas del mandatario deberán tener carácter irrevocable por un corto tiempo, y que el mandato, en sí mismo, es irrevocable en beneficio de los asegurados que celebren contratos de seguro con la entidad aseguradora en tanto el mandato no sea revocado.

¿En que diferiría, esencialmente, este mecanismo de resolución de reclamos, del implementado por la “Defensa del Asegurado”? Pensamos que la naturaleza jurídica que le atribuimos a la institución de la “Defensoría del Asegurado”, y a la relación de la entidad aseguradora con el Defensor, permiten explicar mejor su dinámica, sus efectos y sus consecuencias.

Por ejemplo, explica perfectamente por qué la resolución revisando el rechazo, en cuanto nueva propuesta atribuible jurídicamente a la entidad aseguradora, es obligatoria si es aceptada por el reclamante, y por qué no lo es si el reclamante no la acepta.

La irrevocabilidad del mandato en beneficio del asegurado explica por qué la entidad aseguradora, que voluntariamente ha adherido al sistema, y que directamente o por adhesión, ha designado al Defensor para que resuelva la reclamación, se encuentra sujeta a la decisión de éste.

## 5. VENTAJAS DEL SISTEMA

### 5.1 Ventajas del sistema para las entidades aseguradoras

El sistema de la “Defensa del Asegurado” presenta claras ventajas para las entidades aseguradoras. Algunas de estas ventajas son las siguientes:

#### *A. Reducir la afectación de reservas por siniestros pendientes*

Las entidades aseguradoras tienen la obligación de afectar reservas en caso de ser demandadas judicialmente, y en el supuesto específico de Argentina, en caso de haberse iniciado algún procedimiento previo de mediación.

En Argentina las entidades aseguradoras se encuentran obligadas a afectar reservas en función de reclamos judiciales, o de reclamos deducidos en la mediación previa, muchas veces injusta y notoriamente exagerados, lo que constituye un grave problema para las aseguradoras.

La posibilidad de que el asegurado o el beneficiario obtengan una satisfacción a sus reclamos, sin necesidad de recurrir a la mediación o al juicio, implicaría un gran beneficio en ese aspecto.

#### *B. Reducir la litigiosidad judicial*

El litigio encarece muchísimo el conflicto suscitado con el asegurado, y hace mucho más difícil encontrar una solución al mismo. En Argentina las costas de los peritos designados en juicio son altísimas y, aunque la entidad aseguradora gane el proceso, igual tiene que hacerse cargo de parte de esas costas. Ello sin contar que, aún ganando, debe hacerse cargo de los propios gastos de defensa. Generalmente, estos gastos no pueden ser recuperados, ya que en la mayoría de los supuestos el reclamante es insolvente, o se encuentra amparado por el otorgamiento de un beneficio de litigar sin costos.

Se debe agregar a estos inconvenientes, la circunstancia de que, en algunos supuestos, se solicitan y se obtienen medidas precautorias que afectan el patrimonio de las entidades aseguradoras con la circunstancia agravante de que, a la medida precautoria que afecta ciertos bienes que ya no pueden computarse a los efectos del capital disponible, hay que agregarle una importante afectación en concepto de reservas.

#### *C. Soslayar la intervención de letrados*

En las actuaciones judiciales el asegurado o beneficiario se encuentra obligado a contar con asistencia jurídica. Lo mismo ocurre en el supuesto de la mediación. En cambio, en un sistema de reconsideración, como el previsto en la

“defensoría del asegurado”, el reclamante no se encuentra obligado a actuar con asesoramiento o asistencia jurídica.

Dentro del régimen establecido en el reglamento de la Asociación Argentina de Compañías de Seguro, los eventuales costos por asistencia o asesoramiento jurídico del reclamante deberían ser soportados por éste.

Así como en ciertas ocasiones las entidades aseguradoras rechazan reclamaciones de sus asegurados sin derecho, también es cierto que, con frecuencia, deben soportar reclamos judiciales infundados, y otros por montos notoria y evidentemente exagerados. Ello a pesar de tratarse de reclamos patrocinados jurídicamente.

Es comprensible, entonces, que en el ámbito de las entidades aseguradoras, se suele percibir a los letrados de los asegurados como asesores que dificultan y encarecen la solución de los conflictos, por lo que su actuación es vista, en general, con cierto disfavor.

## **5.2 Ventajas del sistema para los asegurados**

- El sistema implementado por la “Defensoría del Asegurado”, en cuanto es optativo para el asegurado o beneficiario, y en cuanto éste no está obligado a someterse a la decisión del Defensor, es evidentemente ventajoso para él.
- Se trata de un recurso más, de otra posibilidad más, de obtener el reconocimiento de su derecho, sin incurrir en mayores gastos.

Además, se le promete que el reclamo va a ser resuelto por una persona que tiene instrucciones precisas de resolver la cuestión de conformidad con lo establecido en el contrato de seguro, y en las normas que regulan la actividad aseguradora.

Por una persona, además, a la que se le ha encomendado, públicamente, que no adecue sus decisiones a los intereses de las entidades aseguradoras, sino a definidas pautas jurídicas.

- También es ventajosa la posibilidad que tiene el asegurado o beneficiario de resolver el reclamo en un tiempo breve, evitando la dilación propia de un largo pleito.

## 6. EL ÉXITO DEL SISTEMA DEPENDE DE LA CREDIBILIDAD QUE GENERE EN ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS

### 6.1 Equívoca denominación de la institución

- Puede resultar contraproducente presentar al sistema como algo que, evidentemente, no es. Como hemos visto, no es exacto considerar al sistema como un sistema de defensa de los intereses del asegurado.

La reconsideración de una decisión adversa al asegurado -teniendo en cuenta para ello precisas pautas de derecho- no constituye una especial defensa de los “intereses” del asegurado, sino una revisión del rechazo de la entidad aseguradora, considerando la cuestión conforme al derecho aplicable o a los hechos acreditados.

- No nos parece apropiado denominar al sistema “Defensoría del Asegurado” porque esta denominación puede hacer germinar en el reclamante la errónea idea de que, teniendo un “defensor”, ya no necesita asesoramiento jurídico.

El título confunde y puede instalar la idea de que el “Defensor del Asegurado” actúa como si fuera el abogado del reclamante, o que lo suplente. Ello no es así, ni debe ser así. La circunstancia de que el “Defensor del Asegurado” vaya a actuar con toda honestidad no implica que se convierta en el abogado del reclamante, o en el abogado de la entidad aseguradora. Es como si se pensara que el juez, o el árbitro, que actúa honestamente aplicando la ley, es el “defensor” de alguna de las partes, o que puede suplir el asesoramiento jurídico de los abogados de estas.

- Tampoco nos parece apropiado denominar a la persona que decidirá la reconsideración defensor del asegurado.

Ello, en primer lugar, por que su labor no es la de defender a ninguna de las partes de la controversia. En segundo lugar, porque esta denominación ayuda a instalar en la sociedad la idea de que los asegurados pueden ser perjudicados por las entidades aseguradoras y que, por ello, necesitarían de un defensor especial. Esto es altamente negativo para el prestigio del sector asegurador.

- La verdadera defensa de los asegurados, antes de celebrarse el contrato, es el control de su contenido normativo por las autoridades de control.

La defensa del asegurado, luego de celebrado el contrato, es un correcto asesoramiento sobre sus derechos, cargas y obligaciones, y sobre los

derechos cargas y obligaciones de la entidad aseguradora. Ello es así, principalmente, en caso de siniestro, cuando es necesario acreditar el mismo y la extensión de la prestación a cargo de la entidad aseguradora.

- Concluyendo: la “defensoría del asegurado” es una institución que presenta posibilidades realmente útiles para el asegurado, y que puede convertirse en una eficiente herramienta para el reconocimiento de sus derechos. Pero si se pretende presentar la “defensoría del asegurado” como una institución de defensa del asegurado, o al Defensor como si fuera el letrado patrocinante del asegurado, cosas que, como hemos visto, no son ciertas, se comete un error que puede perjudicar seriamente a la institución. Cuando se utilizan argumentos evidentemente inexactos para defender una posición o una institución el efecto suele ser negativo.

Sería más oportuno presentar el sistema como lo que es: una buena ocasión de que la resolución negativa de la entidad aseguradora sea reconsiderada por una persona honesta, capaz y justa, que sin favorecer a ninguna de las partes, tiene la expresa misión de considerar la petición del reclamante teniendo en cuenta claras pautas jurídicas.

## **7. CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN LA ATRACCIÓN DEL SISTEMA PARA ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS**

### **7.1 El sistema sólo es viable si es atractivo para los asegurados**

- Tratándose de un sistema voluntario, el mismo debe contar con un alto grado de adhesión para que tenga verdadera trascendencia.

Los gastos que demanda su implementación a las entidades aseguradoras sólo se justifica si el mismo tiene amplia aceptación entre los asegurados. En síntesis: el sistema debe ser atractivo para el reclamante.

- En los puntos siguientes nos ocuparemos de aquellos aspectos que, a nuestro juicio, afectan la atractividad del sistema. Estos aspectos son los siguientes:
  - A. Costo del asesoramiento técnico y jurídico del reclamante
  - B. Bases sobre las que debe resolverse el recurso
  - C. Medios de prueba admisibles
  - D. La reconsideración y el curso de la prescripción
  - E. Ejecutividad de la resolución del Defensor

## 7.2 El costo de asesoramiento del reclamante

- Si la resolución que dicte el “Defensor del Asegurado” se va a fundamentar en pautas de naturaleza jurídica, es muy importante para el reclamante contar con asesoramiento jurídico.

Quien no sabe es como el que no ve, y quien actúa en derecho sin asesoramiento jurídico, es como un ciego que no conoce sus derechos y obligaciones.

- Si el Defensor ordena la producción de pericias técnicas es más que importante que el reclamante pueda designar un perito técnico propio para que lo asesore en relación con dichas pericias.
- Pero el sistema está estructurado de tal manera que en caso de recabar asistencia jurídica, o asesoramiento técnico pericial, el reclamante debe hacerse cargo de los gastos que demande esa asistencia jurídica o ese asesoramiento técnico.

También es cierto que puede actuar sin asesoramiento jurídico, o prescindir de asesores técnicos que lo ilustren, lo que, en todo sentido, es mucho menos atractivo aún, que tener que soportar los gastos de esta asistencia.

Por lo tanto, no es exacto afirmar que acudir al sistema de la “Defensoría del Asegurado” sea gratuito para el reclamante.

- Imponerle al reclamante la opción de hacerse cargo del costo de su asesoramiento, o bien prescindir de asesoramiento, lo coloca en una evidente situación de inferioridad frente a las entidades aseguradoras.
- Pensamos que se podría neutralizar este factor negativo estableciendo que, cuando el “Defensor del Asegurado” haga lugar a la petición de reconsideración, la entidad aseguradora, que rechazó injustamente el siniestro, se haga cargo de una parte de los costos de asesoramiento.

## 7.3 Bases sobre las que debe resolverse el reclamo

- No es atractivo para el sistema que la base jurídica sobre la que se debe expedir el “Defensor del Asegurado” se encuentre limitada, como se hace en la reglamentación de la Asociación Argentina de Compañías de

Seguros (AACCS), a lo establecido en el contrato o en las normas específicas que regulan la actividad aseguradora.

- Sería más adecuado y, por lo tanto, más atractivo para el reclamante que la resolución del “Defensor del Asegurado” se funde en la totalidad del ordenamiento jurídico, tal como lo haría un juez de derecho. Si la resolución va a dar la espalda a los principios con los que se manejan los magistrados es muy probable que el sistema resulte poco atractivo para el reclamante.

#### **7.4 Medios de prueba admisibles**

Tampoco es adecuado, y por lo tanto atractivo, que se establezcan fuertes limitaciones en materia probatoria. Si bien el procedimiento debe ser ágil, rápido y lo más informal posible, se debe permitir allegar prueba informativa y prueba testimonial, cuando la misma fuere imprescindible para establecer los hechos controvertidos. Tampoco debería depender del consentimiento de las partes la producción de ciertos medios de prueba, como ser la prueba pericial.

#### **7.5 El pedido de reconsideración y el curso de la prescripción**

Sería importante establecer que el procedimiento ante el “Defensor del Asegurado” interrumpe, o por lo menos suspende, el curso de la prescripción, desde que se interpone el reclamo hasta que el mismo finaliza.

En Argentina, las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben al año de que las obligaciones respectivas se hacen exigibles, o desde que la entidad aseguradora declina su responsabilidad o rechaza el siniestro. No es atractivo para el asegurado consumir parte de ese tiempo en un recurso incierto.

#### **7.6. Ejecutividad de la resolución del defensor del asegurado**

Hemos visto que la resolución del “Defensor del Asegurado”, si bien zanja la cuestión si es aceptada por el reclamante, no tiene, por sí misma, la fuerza ejecutiva de una sentencia. Aumentaría la atracción del sistema arbitrar los medios para dotar de fuerza ejecutiva a las resoluciones del defensor que fueran aceptadas por el reclamante.





**Ponencia 3**  
**ARBITRAJE Y MEDIACION COMO MEDIOS PARA**  
**SOLUCION DE CONFLICTOS EN EL SEGURO**

**Fernando Sánchez Calero**<sup>436</sup>  
**Miguel Sánchez-Calero Guilarte**<sup>437</sup>  
Sección Española de AIDA

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares. 2. Alusión al arbitraje. 2.1. Referencia a la Ley 69/2003 de arbitraje inspirada en la ley modelo de UNCITRAL. 2.2 Limitación de su aplicación cuando el asegurado sea calificado como “consumidor”. 2.3. El arbitraje administrado. Referencia al Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. 3. La mediación como procedimiento alternativo. 3.1. La utilización de la mediación en la práctica española. 3.2. Referencia a la confusión terminológica en el campo del seguro. 3.3 Propuesta en curso en el seno de la Unión Europea de regulación de la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos. 4 Consideraciones finales.

---

<sup>436</sup> Licenciado en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesor Mercantil, Escuela de Comercio de Valladolid. Estudios de Intendente Mercantil en la Escuela Superior Comercio de Madrid. Doctor (Premio extraordinario), Universidad de Madrid. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna. Catedrático de Derecho Mercantil, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Bilbao. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (1977-1998). Nombrado por la Universidad Complutense como Catedrático Emérito de Derecho Mercantil (1999). Becario del Instituto de Estudios Jurídicos durante los años. Becario del Instituto Jurídico Español en Roma. Profesor Ayudante de la Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Derecho Mercantil (1950-1952). Profesor Adjunto Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Derecho Mercantil, renunció (1953-1954). Prof. Adjunto Honorario de la Universidad de Valladolid Facultad de Derecho, Derecho Mercantil (1955).

Catedrático de la Facultad de Derecho de Universidad de La Laguna, Derecho Mercantil (1957-1959). Catedrático Universidad de CC.EE. Bilbao Derecho Mercantil (1959-1977). Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pau para impartir un día a la semana un curso de “Derecho de sociedades” en el Instituto de Derecho comparado (1973-1974). Catedrático Universidad Complutense de Madrid Derecho Mercantil (1977-1998). Nombrado por la Universidad Complutense como Catedrático Emérito de Derecho Mercantil. Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Bilbao, dependiente de la Universidad de Valladolid, (1960- 1965). Director del Departamento de Derecho Privado (Facultad de Económicas de Bilbao, 1965-1977). Director del Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles de la Universidad de Bilbao (1967-1977). Vicerrector de la Universidad de Bilbao (O. M. de 15 noviembre de 1973, cese 7 de noviembre de 1976). Director del Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid (cursos 1977-1984). Director Académico del Instituto de Estudios Bursátiles (1994-1995).

<sup>437</sup> Abogado. Socio de SEAIDA, Sección española de AIDA y Profesor de Derecho Mercantil. Socio del Estudio de Abogados Sanchez Calero de Madrid, España.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema sexto de este Congreso, cuya redacción se ha confiado a la Sección Argentina y la Española de AIDA, es más amplio que el que figura como título de este escrito, en cuanto que sin perjuicio de que la Sección Argentina quiera adentrarse en los problemas de arbitraje y mediación en el sector asegurador, en el reparto realizado entre ambas Secciones, entendemos que se ha atribuido el tema de arbitraje y más especialmente el de la mediación en el seguro a nuestra Sección, debiendo ocuparse la Sección argentina, con la que hemos sido hermanados en esta tarea, de la figura del llamado “defensor del asegurado” y de la eventual reclamación ante la oficina que a tal efecto tenga la sociedad aseguradora o el Órgano Público de vigilancia de la actividad aseguradora.

Antes de iniciar la exposición del tema que nos ha sido encomendado a la Sección española queremos manifestar, en primer término, nuestra satisfacción por poder participar en este Congreso, organizado en el marco del CILA que preside nuestro admirado profesor Osvaldo Contreras Strauch, que podemos vaticinar que será un éxito por su organización y por la participación de las demás Secciones que agrupa el Comité, que con tanta eficacia viene desarrollando sus tareas dentro de la organización de AIDA bajo la presidencia del muy ilustre Magistrado, profesor Carlos Ignacio Jaramillo.

El tema del arbitraje no es nuevo en nuestros Congresos y muy amplia la literatura existente sobre el mismo. Quizá menor atención han prestado nuestros autores a la mediación, a la institución del llamado defensor del asegurado y en general a otros medios o procedimientos alternativos para la solución de los conflictos, los conocidos como ADR (*alternative dispute resolution*), que surgen con motivo del contrato del seguro. En este punto quiero decir que el tema general de la ponencia se refiere a una actividad a la que no es ajena a nuestra Sección como a otras de AIDA. En nuestra página web puede leerse lo siguiente: “En diciembre de 1995 se modificaron los Estatutos de la Sección Española de AIDA (SEAIDA) para incluir, entre los fines de la Asociación, el fomento de los adecuados medios legales y contractuales para la utilización creciente de instrumentos de resolución extrajudicial de los conflictos que entre ellos surjan y, principalmente, del arbitraje administrado”. Pues bien, ha sido en este último punto del arbitraje administrado en el que nuestra Sección ha trabajado de forma más organizada, en los otros mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos nuestra labor ha sido más escasa. Juzgamos oportuno, por consiguiente, que nos ocupemos en la forma dicha de ellos en esta reflexión.

Cualquiera meditación sobre las soluciones alternativas de los conflictos en el seguro, tiene como presupuesto un antecedente manifiesto que es el de procurar, mediante una buena práctica contractual en el seguro, el evitar que tales conflictos surjan. Quizá por ello vamos a permitirnos unas palabras previas sobre la conflictividad del seguro. La litigiosidad ante Jueces y Tribunales que se produce en todos los países en los que está presente AIDA,

es decir, podíamos decir sencillamente, en todo el mundo, es ciertamente elevada desde el punto de vista de su frecuencia. Es una opinión difundida, sobre todo en los medios que no son conocedores de la complejidad del seguro, que ese número elevado de procedimientos judiciales existentes en nuestros países se debe a un espíritu excesivamente escrupuloso o restrictivo por parte de las sociedades aseguradoras; que las lleva con frecuencia a no hacer frente sin suficiente fundamento a sus compromisos contractuales.

Esta grave acusación debe ser rechazada por inexacta, tanto porque lo es la razón en que trata de basarse la opinión apuntada, como por el hecho de que las sociedades de seguros, cuando se llega a un grado avanzado de desarrollo económico, hacen frente de modo voluntario a un número elevadísimo de reclamaciones por siniestros que han sufrido sus asegurados y sólo en un porcentaje muy recudido, inferior al uno por ciento, da lugar a una incidencia contenciosa entre los aseguradores y asegurados que llega a los Tribunales de Justicia. Por eso podemos insistir en que la observación que anteriormente hemos apuntado, es una apreciación que no la estima acertada quienes estudien de modo objetivo los datos de esa experiencia. No se puede descartar la existencia de sociedades aseguradoras que por mala organización, problemas de solvencia u otras dificultades incurran en prácticas perjudiciales para los asegurados sin el debido fundamento jurídico, contrarias al cumplimiento de los compromisos contractualmente han contraído. Pero nos permitimos reafirmar que, observado ese fenómeno en su conjunto, tiene un alcance relativamente reducido con relación al número de siniestros atendidos.

Con todo, la litigiosidad con relación al cumplimiento del contrato de seguro tiene una especial singularidad. Buena parte de los conflictos están fundados en la creencia de buena fe por parte de los asegurados de una mayor amplitud del aseguramiento contratado. Parten con frecuencia de la idea de que bajo la denominación genérica del contrato de seguro de incendio, de robo, de responsabilidad civil, el siniestro que han sufrido debe ser resarcido en todo caso por el asegurador. Los asegurados desconocen, por no haberlas prestado la suficiente atención, las cláusulas contractuales sobre la delimitación del riesgo asegurado que excluyen determinados hechos de la cobertura del seguro. En otras ocasiones una lectura rápida de las mismas sirve a los asegurados para estimar que no deben ser aplicadas al siniestro que han sufrido, o bien que son abusivas, de forma que ante el hecho de que se ha producido un incendio, un robo o se ha ocasionado un daño a un tercero, el asegurador está obligado al pago de la indemnización. Tras un estudio meditado de la póliza del seguro, el asegurado cambia de parecer en unos supuestos y desiste de su reclamación o reduce el alcance de su pretensión indemnizatoria asumida por el asegurador, pero en otros casos piensa que tiene derecho a una determinada indemnización y que el asegurador debe hacerse cargo de su pago.

En el fondo hay un hecho, que nuestros grandes maestros ya lo ponían al descubierto hace años, consistente en que no hay un contrato en campo del Derecho comercial tal difícil como el de seguro y que los deseos de simplicidad

del contrato de seguro tienen como límite una explotación racional del seguro, que impone un marco determinado al mismo, con frecuencia complejo, cuyo perfeccionamiento hemos de buscar. Este marco, no obstante, consentirá al asegurador, de modo especial en los pequeños siniestros, dejar al margen el texto de las cláusulas pactadas y abonar la indemnización al asegurado, porque la pérdida de la clientela, o más precisamente, que el asegurador pierda la confianza por parte de ésta, tiene un valor especial que ha que cuidar, porque el contrato de seguro basado en la máxima buena fe de los contratantes, tiene como sustrato la recíproca confianza. Sin embargo, en ciertos casos se mantendrán las posiciones contrarias de las partes y surgirá el conflicto entre ellas. El asegurado porque le apremia la defensa de su patrimonio y también por lo que estima su sentido de la justicia; de lo que él estima justo. El asegurador, por el contrario, tendrá su otra estimación, a la que irá unida la necesaria explotación racional de su negocio. Necesidad en la que concurren sus coaseguradores o los reaseguradores.

El inicio de un procedimiento judicial implica un largo camino en espera de una sentencia firme. Las necesarias garantías para las partes y la acumulación de asuntos que se produce con frecuencia en los Juzgados y Tribunales dilatarán la duración del procedimiento. Cuando el demandante es una persona natural, el Juez, en caso de duda, con la máxima buena fe y conforme a una orientación jurisprudencial que se ha impuesto en muchos países, se inclinará por dar la razón al asegurado, como contratante débil, como consumidor del seguro. A ello le ayudará en ocasiones la complejidad del caso, que los amplios escritos presentados por las partes no habrán ayudado deshacer.

Los criterios interpretativos que mantienen que la solución de las dudas debe concretarse en otorgar la razón a una de las partes, sea asegurado, operario, o consumidor, o el criterio de la regla romana de Celso de interpretar las cláusulas oscuras contra el causante de la oscuridad, son evidentemente criterios prácticos que, no obstante, ponen de manifiesto su carácter residual, en el sentido de que una interpretación más depurada podría dar lugar en ciertos casos a una solución diversa, y su aplicación nos da la impresión de que el intérprete no ha visto claro el camino recto de la interpretación del contrato. Lo que no debe ocultarnos, por un lado, que con frecuencia existe una manifiesta dificultad de la interpretación de las cláusulas contractuales en el seguro, en especial si están influidas por una práctica anglosajona basada en una casuística fundada en superar determinados criterios impuestos por cierta jurisprudencia. Estimamos que, dentro de la difícil tarea que con frecuencia implica la interpretación de las cláusulas usuales en la práctica aseguradora, quienes las redactan harían un servicio importante a la actividad aseguradora si tuvieran como guía la preocupación por conseguir la sencillez y claridad en las mismas. Esto nos parece más fácil alcanzar si nos mantenemos como herederos de la tradición del derecho romano en la bondad del establecimiento de determinados principios, y sabemos reflejarlos en la disciplina convencional, que se contiene en las cláusulas del contrato, y nos convencemos de la conveniencia de su redacción clara en sus enunciados generales y huimos de la tentación de caer en una casuística que resuelva un determinado supuesto,

pero que deja al descubierto otro que no coincide con él. En todo caso hemos de procurar ser fieles a nuestra tradición jurídica y no olvidar la máxima romana de que el derecho es el arte “de lo bueno y de lo justo” (*Ius est ars boni et aequi*).

Con todo, no deben acabarse estas frases introductorias sin decir que nuestro legislador –esto es, el legislador español- mediante una norma que no dudamos en calificar como injusta, considera que se deben imponer unos intereses de demora ciertamente elevados a los aseguradores, que tienen un carácter punitivo, cuando son condenados al pago de una indemnización al asegurado o al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil si ejerce la llamada acción directa contra él. Porque, si con carácter general la sentencia de condena al pago de una determinada cantidad lleve el recargo del interés legal –en torno al 4%, en estos últimos años- más dos puntos, en el caso de la condena al asegurador al pago de la indemnización, ese interés de eleva, salvo en determinadas circunstancias, al 20% de la indemnización anual desde el momento en que se produjo el siniestro, de forma que el asegurador condenado judicialmente al pago de la indemnización tras un largo proceso, que con los recursos procedentes, puede llegar a tener una duración que en ocasiones alcanza los diez años, deberá abonar al asegurado (o al tercero demandante) la indemnización más una cantidad, en concepto de intereses moratorios, igual al doble de la misma, y las costas procesales. De lo que podemos deducir, al menos, que los ADR como procedimientos alternativos al procedimiento judicial, son de interés –o al menos nos parece que deberían serlo- para los aseguradores. No tanto para los asegurados, que pueden considerar el proceso como una inversión altamente rentable de las eventuales costas procesales.

## **2. ALUSIÓN AL ARBITRAJE**

### **2.1 Referencia a la Ley 69/2003 de arbitraje inspirada en la ley modelo de UNCITRAL**

Entrando en la alusión a la aplicación del arbitraje en el campo del seguro, hemos de decir que rige en España la Ley 69/2003, de 23 de diciembre que ha implica que el régimen jurídico español del arbitraje se basa, como se indica en su exposición de motivos, en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de UNCITRAL), que tras su aprobación su Asamblea General recomendó su adopción por los miembros de las Naciones Unidas «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional»<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> Sobre el significado de esa Ley v. por todos VERDERA Y TUELLS. E., *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid 2005, de quien ha de destacarse

Otros legisladores de nuestros respectivos países han seguido esa recomendación de acoger como base la Ley Modelo y, además, tomar en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares. No es preciso detenernos en los caracteres de esa ley modelo, sino simplemente recordar que responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado. Lo que quiere decir que la difusión de esa Ley modelo en áreas económicas como la nuestra del seguro, no simplemente es útil porque mantienen activas y crecientes relaciones comerciales, sino también porque dado carácter internacional del seguro –vinculado por los vasos comunicantes del reaseguro- encuentra en AIDA, teniendo en cuenta su extensión por todos los Continentes y el hecho de tener entre sus fines su participación en el arbitraje, dispone de un marco jurídico adecuado para ese mecanismo de especial interés la solución de conflictos. La Ley Modelo ha resultado en el ordenamiento español, si se tiene en cuenta su régimen precedente, más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos. La legislación interna de un país en materia de arbitraje basada en una regulación similar ofrece ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas.

## **2.2 Limitación de su aplicación cuando el asegurado sea calificado como “consumidor”**

La aplicación de esta Ley de arbitraje para la solución de los problemas que surjan con motivo de la interpretación de un contrato de seguro tiene algún condicionante en España. La vigente Ley de ordenación y supervisión de seguros privados (la LOSSP, que el R.D. Legislativo 6/2004 de 29 de octubre, aprueba su texto refundido, que posteriormente ha sido objeto de varias modificaciones) establece en su artículo 61, tras afirmar que los conflictos que puedan surgir entre aseguradores y asegurados se resolverán por los jueces o tribunales competentes, afirma asimismo respecto a las cuestiones litigiosas que las partes podrán someter sus divergencias a la decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley General de Defensa de los Consumidores. Este artículo declara que el Gobierno establecerá un sistema arbitral “que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios,

---

junto a numerosos trabajos en materia de arbitraje, su labor como Presidente de la reducida comisión que redactó el anteproyecto de esa Ley. En las páginas 133 a 199 de esa monografía se contiene una relación de la bibliografía española en torno al arbitraje.

siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte<sup>439</sup>, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución”. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito, para añadir más adelante que “los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico”, con la advertencia de que “los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos” (art. 31.4 y5) . Invalidez del convenio arbitral relativo al sometimiento de un conflicto en la interpretación de un contrato de seguro en el que el asegurado sea un consumidor antes de que surja el conflicto.

La aplicación de esta norma a los conflictos surgidos del contrato de seguro planteaba alguna dificultad interpretativa porque el artículo 61 de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados (en adelante LOSSP) decía que “en cualquier caso” las partes podían someter a arbitraje las normas surgidas o que puedan surgir en el campo del seguro. Duda cuya solución se ha remitido a las normas sobre el consumo mediante una modificación relativamente reciente de ese párrafo que precisa que “en cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores lo impida, también podrán (los asegurados) someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje” (art. 61.3 de la LOSSP, tal como ha sido redactado por la Ley 44/2006, de 26 de diciembre). Lo que quiere decir, que de modo particular desde la esa modificación se ha visto restringida la validez de la cláusula de un contrato de seguro que contenga un convenio arbitral de someter cualquier diferencia a un procedimiento arbitral cuando el asegurado sea un consumidor. Tendrá validez, en todo caso, si surgido el conflicto las partes adoptan el acuerdo que se procede someterlo al procedimiento arbitral. Norma cuyo origen puede encontrarse en una recomendación de la Comisión europea que considera contrario al principio de libertad la adhesión del consumidor a un procedimiento extrajudicial de los litigios cuando dicho compromiso sea anterior al hecho de surgir el desacuerdo y tenga como efecto el privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes (principio VI de la Recomendación de la Comisión de 30.3.1998)<sup>440</sup>.

Hemos de destacar, en primer lugar, el concepto amplio de consumidor que contiene la Ley española de los consumidores comprende tanto a las personas físicas como a las jurídicas que sean destinatarios finales de los bienes o servicios (en este caso el seguro) y no lo integren en su proceso productivo. El

---

<sup>439</sup> Se ha de entender por lo tanto que tal norma de la Ley de los consumidores no afecta a los seguros de vida ni a los de accidentes.

<sup>440</sup> D.O. L 115, de 17.4.98, p. 34, suscrita por la miembro de la Comisión Emma BONINO.

derecho contenido en las normas de las Directivas de la Unión Europea dan un concepto más restrictivo de los consumidores, en el sentido de que excluyen a las personas jurídicas, de forma que de manera más lógica declaran que el consumidor ha de ser necesariamente una persona natural o física, lo que, aun aceptando este concepto restrictivo de consumidor, nos puede llevar al resultado absurdo de tutelar como consumidor a una persona natural titular de una posición económica amplia, cuando es objeto de protección del consumidor, lleva consigo su consideración como contratante económicamente débil.

Sin apartarnos del tema de nuestra comunicación, queremos decir unas palabras sobre el problema que plantea el “derecho del consumo”, cuyas bases políticas se encuentran en el movimiento “consumerista” que supo propiciar el Presidente Kennedy sobre la base de la coincidencia de la condición de consumidor económicamente débil y modesto, con la de votante. Pero al margen de esta consideración, es lo cierto que en el siglo XIX, tanto en el derecho anglosajón como en el resultante de la codificación, hubo una preocupación por la defensa del derecho a la igualdad entre los hombres que se proyectó en el campo del régimen de la contratación.

Posteriormente, los hechos demostraron que no simplemente por consideraciones económicas, sino también de conocimientos sobre la materia, esa igualdad con frecuencia no se daba y que existía lo que se vino a llamar un “contratante débil”, al tiempo que se difundía la contratación en masa, mediante contratos tipo, con unas condiciones o cláusulas generales predispuestas por uno de los contratantes al que se adhería el otro. Esto hizo necesario un cambio en el derecho de la contratación y los que conozcan, por ejemplo, la evolución del régimen del contrato de seguro saben de su evolución hacia un derecho imperativo y de otros medios de protección del asegurado por medio de una intervención de vigilancia y control por parte de la Administración pública, de modo especial en los riesgos de masa y no en los grandes riesgos. Ahora bien, desde una perspectiva política es más sencillo por parte de los partidos políticos montar programas de defensa de los consumidores y no de “contratantes débiles”, porque si hablaran de ello los políticos en sus campañas electorales podía pensarse que trababan de buscar el voto de los que estaban flojos de fuerzas y que deseaban llevar a sus partidos políticos a los atletas o a los grandes deportistas que son pocos. Dejando al margen cualquier tipo de ironía, queremos decir, sin poder detenernos en ello, que no es bueno que el Derecho del seguro sea absorbido por el Derecho de los consumidores.

### **2.3 El arbitraje administrado. Referencia al Tribunal Español de Arbitraje de Seguros**

La Ley de arbitraje modelo, y por consiguiente la española, reguló también el llamado arbitraje administrado o institucional, ya que estableció que las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones



arbitrales, según sus normas reguladoras, y a Asociaciones o entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (art. 14 de la Ley 69/2003). Esta mención legislativa ratificó la licitud del Tribunal arbitral que venía funcionando en el seno de la Sección Española de AIDA, con la particularidad de que la propia Ley de arbitraje otorgaba funciones interpretativas a las normas contenidas en los Reglamentos de estos Tribunales arbitrales institucionales. La exposición de motivos de la Ley de arbitraje es clara en este punto al decir que su artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta Ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a las de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta Ley parte del principio de que respecto a la mayoría de sus normas debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, como consecuencia de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo.

De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el Reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes. En el caso de la Sección española de AIDA, el Reglamento del Tribunal Español Arbitral de Seguros (TEAS), además de establecer la composición y las funciones de la Comisión de designación de los árbitros, prevé el carácter supletorio de esta Comisión en el sentido de que si las partes se ponen previamente de acuerdo en la designación del árbitro o los árbitros, prevalece, salvo que surja algún problema respecto a los designados, la voluntad de las partes conservando el Tribunal sus funciones administradoras del arbitraje<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> El artículo 1º del Reglamento del Tribunal dice: "Conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y, en su caso, la designación de los árbitros a la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (en lo sucesivo SEAIDA), como asociación sin ánimo de lucro, cuyos Estatutos prevén la posibilidad de desarrollar funciones arbitrales. Para realizar estas funciones se crea en el seno de SEAIDA, el Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (en lo sucesivo el Tribunal), a través del cual SEAIDA realizará la administración de arbitrajes de carácter interno e internacional, tanto se trate de arbitrajes de derecho como de equidad".

Tras la última modificación de la LOSSP se plantea la validez del arbitraje institucional querido por las partes, cuando el asegurado sea un “consumidor”. La superación de esta dificultad puede encontrarse en las propias normas sobre consumidores, que considera abusiva con carácter general la cláusula que contiene en convenio arbitral para la solución de los eventuales conflictos que puedan surgir en los que una parte sea consumidor, no sólo cuando así lo acuerde una vez producido el siniestro, sino que deja a “salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico”. Pudiera argumentarse que la creación de nuestro Tribunal tenía el amparo de nuestro ordenamiento por haber sido creado para un sector específico como es el asegurador y por una asociación que reúne las condiciones de la nuestra, pero el artículo la Ley de los consumidores parece ser más restrictivo al exigir que la creación del Tribunal del sector específico provenga de una norma legal o reglamentaria. De prevalecer esta interpretación hemos de esperar a la promulgación de esa norma reglamentaria, y dejar la intervención del Tribunal para conflictos surgidos en los casos en los que los asegurados no sean consumidores, o como ya se ha dicho cuando éstos –una vez surgido el conflicto- decidieran someter solución del conflicto al Tribunal. Dejando vivo el problema de saber si, aun con relación a los consumidores, podría intervenir respecto a “un caso específico”.

A los efectos de dar una información que pueda ser útil para otras Secciones del CILA hemos de decir que el Tribunal Español de Arbitraje de Seguros (TEAS) está constituido como una institución de administración del arbitraje según lo establecido en el art. 14 de la Ley de Arbitraje, que permite a determinadas instituciones, entre ellas las asociaciones sin ánimo de lucro, ocuparse de esta actividad. El TEAS se encarga de la organización del proceso arbitral, velando por la legalidad del mismo, que debe seguirse según lo establecido en la Ley de arbitraje y en el Reglamento del Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. Como entidad administradora del arbitraje, el Tribunal cuenta con una cláusula arbitral, cuyo uso recomienda.

El TEAS está compuesto por el Comité Directivo del Tribunal, que está constituido por una serie de expertos en materia de arbitraje y derecho de seguros, todos ellos miembros de SEAIDA, la Secretaría y las Comisiones. El Presidente del Tribunal es, por derecho propio, el Presidente de SEAIDA y el Secretario es, también, el Secretario General de SEAIDA, que puede delegar sus funciones en cualquier otro miembro de la Secretaría General de la asociación. El Secretario del Tribunal es a quien corresponden la mayor parte de las actuaciones relativas al procedimiento arbitral, pues no solo se encarga de dar traslado a las partes de las decisiones arbitrales, sino que organiza el procedimiento e incluso, puede manifestar una resolución preliminar sobre la aceptación o no del encargo arbitral. Junto al Comité Directivo, el TEAS cuenta con tres Comisiones creadas en los Estatutos, la Comisión de Estudios, Informes y Consultas, la Comisión de Conciliación y la Comisión de Designaciones. La primera tiene por misión el asesoramiento de la Secretaría del Tribunal cuando ésta lo considere necesario, así como realizar los Informes

y Dictámenes que le puedan ser solicitados. La Comisión de Conciliación tiene como finalidad la dirección del procedimiento de conciliación, alternativo al de arbitraje, que prevé el Reglamento TEAS. La Comisión de Designaciones es la encargada de designar al árbitro o árbitros cuando así lo determinen las partes o el Reglamento. Los miembros de la Comisión de Designaciones no pueden actuar como árbitros en procedimientos administrados por el Tribunal y son elegidos por un año, con posibilidad de ser reelegidos.

### 3. LA MEDIACION COMO PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO

#### 3.1 La utilización de la mediación en la práctica española

Dejando el problema del arbitraje como medio de solución de conflictos, hemos de adentrarnos en el procedimiento de la “mediación”. A tal efecto, hemos de partir de que la institución de la mediación como medio para la solución de conflictos tiene una amplia proyección en España en diversos campos, si bien en el de seguro se produce un cierto equívoco por la polivalencia con que se usa el término. Dentro de esa difusión en España de la mediación hemos de hacer una referencia a su proyección en diversos campos de la experiencia jurídica, destacando en los conflictos generados en las relaciones familiares. Existen varias leyes de las Comunidades Autónomas que la regulan<sup>442</sup>.

También se desarrolla la mediación en el ámbito de la relaciones entre empresarios y consumidores, vinculando la mediación y el arbitraje, como acontece en el caso de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), o más en general en el ámbito de los empresarios mediante la iniciativa privada<sup>443</sup> y también por medio de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria. Lo mismo puede decirse en diversos sectores de la actividad económica. Cabe mencionar, por ejemplo, en el orden internacional la labor del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con sede en Ginebra (Suiza) creado en 1994 para promover la *solución de controversias* en materia de propiedad intelectual por medio de *métodos alternativos de solución de controversias* (ADR) incluyendo el *arbitraje y la mediación* entre partes privadas.

Con relación a la actividad aseguradora, la mediación en su sentido propio de método alternativo para la solución de controversias, no suele utilizarse ese término en la práctica española por el equívoco que se produce con utilización de tal término en esa práctica y por la propia ley, como hemos de ver, con

---

<sup>442</sup> Como, entre otras, la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña; la Ley 15/ 2003, de 8 de abril de mediación familiar de Canarias; la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad autónoma de Madrid.

<sup>443</sup> Así existe un centro privado de arbitraje y mediación, que se presenta bajo la denominación AR y ME.

relación la actividad promotora de la contratación del seguro. Pero el término mediación en el sentido que ahora nos interesa –y la labor que implica- suele aparecer vinculada con el arbitraje, si bien suele emplearse en ocasiones para evitar equívocos la expresión de “conciliación”<sup>444</sup> y esta vinculación, como sucede en el caso de su conexión con los procedimientos judiciales, no es favorable, a nuestro juicio, para el desarrollo de la mediación como institución específica para la solución de conflictos en el campo del seguro. Su desarrollo, entendemos, que debe producirse mediante su organización de forma autónoma, lo que en cierto modo no sucede entre nosotros, por estar vinculada al arbitraje. Tal sucede, a modo de ejemplo, en la organización del Tribunal español arbitral de seguros (TEAS) organizado por SEAIDA, en cuyo reglamento aparece separado un “Reglamento del procedimiento de conciliación”<sup>445</sup>, pero, como decimos, la actividad de este procedimiento queda en buena medida oscurecida por la del arbitraje.

### 3.2 Referencia a la confusión terminológica en el campo del seguro

La polivalencia terminológica de la palabra “mediación” y su empleo más frecuente en el campo del seguro como actividad promotora de la contratación del seguro y de la vigilancia de su ejecución, dificulta el empleo del término “mediación” como procedimiento alternativo para la solución de conflictos en el seguro. En la terminología empleada entre nosotros en la práctica aseguradora, se tiende al empleo del término de mediación y al calificativo genérico de mediadores a los intermediarios de seguros. Como ejemplo de la utilización de estos términos y de su actividad en el sentido indicado, nos encontramos con la Ley 26/2006 de 17 julio, denominada precisamente “de mediación de seguros y reaseguros” dictada, como dice su exposición de motivos, con el propósito de introducir en el ordenamiento español la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, que “establece las bases para la armonización de la actividad de mediación de seguros en la Unión Europea. Esta Directiva responde a la necesidad de establecer un marco legal comunitario que permita a los mediadores de seguros ejercer libremente en toda la Unión, con la finalidad de contribuir al correcto funcionamiento del mercado único de seguros, sin olvidar nunca la protección de los consumidores en este ámbito”. Esa Ley emplea el término de “mediación” no

---

<sup>444</sup> Esto sucede en el caso del Tribunal Español de Arbitraje de Seguro que tiene una Comisión denominada de “conciliación”. Como dice el Reglamento “del procedimiento de conciliación” en su artículo primero “Con independencia de las funciones en orden a la administración de arbitrajes de derecho, el Tribunal de la Sección española de la Asociación Internacional de Seguros, asume como objetivo alcanzar la amigable composición de las partes, a cuyo efecto constituye en su seno una Comisión de Conciliación, de acuerdo con sus Estatutos, ante la cual las partes podrán someter las divergencias que en materia de seguro y reaseguro les enfrenten, presentando ante la misma demanda de conciliación con los documentos que estimen oportunos”.

<sup>445</sup> Este Reglamento consta de seis artículos. Su texto puede consultarse en la página web de SEAIDA.

de modo originario, en cuanto viene sustituir a la Ley 9/1992, de 30 de abril, que se denominaba igualmente “de mediación en seguros privados”, la cual, a su vez, había derogado la Ley reguladora de “la producción de los seguros privados”, cuyo texto refundido por el R.D. 1347/1985, de 1 de agosto fue modificado posteriormente en alguna ocasión, manteniendo la expresión de “producción” de seguros, englobando dentro de esa denominación a los tradicionalmente habían hecho la labor de agentes en sentido propio o la de corredores de seguros (llamados tradicionalmente en la práctica española de forma equívoca “agentes libres”), que realizaban una labor de intermediación en la captación de asegurados a favor de los aseguradores.

La Ley 26/2006 de mediación en los seguros, su artículo 2.1, siguiendo la Directiva comunitaria, define la mediación como “aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro”<sup>446</sup>. No es de extrañar que cuando se recibió en la Sección española la invitación por parte de los organizadores de este Congreso de hacernos cargo de la “mediación” en seguros, se incurrió en el equívoco de que habíamos de ocuparnos del régimen de los agentes y corredores de seguros.

### **3.3 Propuesta en curso en el seno de la Unión Europea de regulación de la mediación como procedimiento alternativo de resolución de conflictos**

Resuelto el equívoco y, sin que en este caso nos separe con las Secciones del CILA ni siquiera algún aspecto del idioma, hemos de decir que el término de “mediación” se entiende en su sentido propio como una acción de mediar, que implica, como nos dice la Real Academia de la Lengua española, “interponerse entre dos o más que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”. Por lo que hemos de reconocer el acierto (uno más) de los organizadores de este Congreso. Es más, el tema propuesto nos consiente dar información y comentar la tarea que desde hace años tiene entre manos la Unión Europea de elaborar una Directiva que se refiere a ciertos “aspectos de la mediación en asuntos civiles o mercantiles”. Al hacer una exposición de síntesis de este trabajo, vamos a procurar dar noticia de tres aspectos sobre la misma, centrados, en primer lugar, en la Propuesta de Directiva que formuló la Comisión europea en el año 2004<sup>447</sup>, para referirnos en segundo término al

---

<sup>446</sup> El artículo 2º de la Directiva comunitaria en su lista de definiciones declara que se entiende por mediación de seguros “toda actividad de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro o de celebración de estos contratos, o bien la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro”.

<sup>447</sup> Su título es “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” documento COM (2004) 718 final, de 22.10.2004. v. DOMINGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Propuesta de Directiva sobre aspectos de la mediación en materia civil y mercantil”, *RDBB* 96 (2004), pp. 230 y ss.

dictamen que aprobó en 2005 el Comité Económico y Social Europeo<sup>448</sup>, y mencionar en tercer lugar las labores que sobre la Directiva ha realizado el Parlamento europeo, que ha emitido su dictamen en marzo del presente año, que de alcanzar una posición común con la Comisión podría tener en fecha no lejana, realizada esta labor preparatoria, su aprobación definitiva por el Parlamento y el Consejo europeos<sup>449</sup>. Tras estas aclaraciones hacemos un comentario sucinto sobre la Propuesta de Directiva y alguna consideración sobre su eventual proyección en el campo del seguro.

#### a) *Referencia a la Propuesta de Directiva*

La Propuesta de Directiva declara que, teniendo en cuenta que uno de los objetivos esenciales de la política de la Unión Europea de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y empresas, esos objetivos hacían necesario el cuidar de que el empleo de la mediación no pudiera impedir ni disuadir a los ciudadanos de la Unión el ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. Dentro de ese ámbito debía incluirse la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios entre los particulares y las empresas, y que el acceso a la libertad, a la seguridad y a la justicia debía implicar no solamente el acceso al sistema judicial, sino también a los procedimientos alternativos de la solución de conflictos. Propuesta de Directiva pretende facilitar a este acceso a la resolución de litigios a través de dos tipos de disposiciones: en primer lugar, las destinadas a asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial; en segundo término, proporcionando las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan activamente el uso de la mediación, pero sin hacerla obligatoria ni sujetarla a sanciones específicas.

Un marco jurídico estable y fiable, afirma la Propuesta en su exposición de motivos, contribuiría a que la mediación se encontrara en pie de igualdad con el proceso judicial. Que se creara un marco donde los factores relacionados con el conflicto específico desempeñaran para las partes un papel determinante a la hora de elegir el método de resolución de litigios, al tiempo que ayudarían a preservar la posibilidad de que las partes resolvieran el conflicto a través de un proceso judicial aunque se intente la mediación. La utilidad de ampliar el

---

<sup>448</sup> V. D.O. C 286, 17.11.2005, p. 1 y ss. Dictamen del que fue ponente la vocal de ese Consejo, del que ocupa en la actualidad su Vicepresidencia, la profesora titular de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid M<sup>a</sup> Candelas Sánchez de Miguel, que es además miembro de la Sección española de AIDA.

<sup>449</sup> V. "Informe sobre propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", Comisión de Asuntos Jurídicos, ponente Arlene McCarthy, 2.3.2007. doc. A6-0074/2007. Texto aprobado por el Parlamento el 29 de marzo de 2007. P6-TA (2007)0088. Procedimiento de codecisión: primera lectura.

recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos. La Comisión europea –declara- cree que *la mediación es una cantera sin explotar como método de resolución de litigios* y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas. Ahora bien, la persecución de los objetivos de esta Propuesta no puede hacerse al margen de la prestación misma de los servicios de mediación. La cuestión de la calidad de los servicios de mediación debe, por tanto, tratarse conjuntamente y como una función de las demás disposiciones de la Directiva propuesta, y esta Directiva debe aplicarse con un suficiente nivel de confianza mutua entre los Estados miembros en las situaciones transfronterizas.

Uno de los beneficios de la mediación que a menudo se mencionan es que, si se recurriera más a ella, se descargaría la presión que pesa sobre los órganos jurisdiccionales, lo que reduciría los plazos, a menudo dilatados, de resolución de asuntos y posiblemente ahorraría fondos públicos. La Comisión europea afirmaba que la propuesta de Directiva intentaba promover el uso de la mediación, lo cual efectivamente podría tener un impacto positivo en este sentido, si bien esto no debe perseguirse como objetivo independiente, por varias razones. En primer lugar, la organización del sistema judicial es competencia exclusiva de los Estados miembros. En segundo lugar, y lo que es más importante, la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial. La Comisión no considera la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero ciertamente no para todos. Por otra parte, cabe subrayar que la disponibilidad de métodos alternativos para la solución de conflictos no puede en modo alguno sustraer la obligación de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye uno de los pilares clave de una sociedad democrática.

A tal efecto, tras reiterar que el objetivo de la Directiva era facilitar la resolución de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación dinámica entre mediación y proceso judicial, entendía que los Estados miembros podían prever el uso obligatorio de la mediación en determinados supuestos, bajo ciertos incentivos, antes de promover un proceso judicial, sin impedir, claro está, el acceso al sistema judicial. Al propio tiempo se podía establecer que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto que propusiera a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio.

La difusión de la mediación y su éxito tenían como presupuestos esenciales la garantía de la calidad de la mediación y de las personas que actuaran como

mediadores. Con este fin la Comisión y los Estados miembros deben promover y fomentar el desarrollo y la adhesión a códigos de conducta voluntarios por parte de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación, tanto a nivel comunitario como nacional, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. Al propio tiempo los Estados miembros deben promover y fomentar la formación de los mediadores para permitir que las partes en el litigio elijan a un mediador que pueda llevar a cabo una mediación eficaz de la manera esperada por las partes.

La ejecución de los acuerdos alcanzados debía ser otro de los presupuestos para la aceptación de la mediación. A tal efecto la Propuesta de Directiva proponía que los Estados miembros asegurasen que, a petición de las partes, el acuerdo alcanzado tras una mediación pudiera ser confirmado por una resolución, sentencia, o instrumento auténtico o de cualquier otra forma por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutorio el acuerdo de manera similar a una resolución judicial en virtud del Derecho nacional, siempre que el acuerdo no sea contrario al ordenamiento europeo ni al ordenamiento nacional del Estado miembro donde se formule la solicitud. Con tal finalidad se pedía a los Estados miembros que comunicasen a la Comisión qué órganos jurisdiccionales o entidades públicas eran competentes para recibir una solicitud de conformidad con lo previsto en la propuesta. En ella se preveía la limitación de la admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles, de forma que se establecía que los mediadores, así como las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, no darían testimonio ni presentarían pruebas en procesos judiciales civiles en relación con un conjunto de extremos que enunciaba con detalle la propuesta de Directiva, al tiempo que se garantizaba el sigilo respecto a determinadas pruebas y hechos que se enunciaban, aspecto éste enmendado por la propuesta del Parlamento europeo.. Por otro lado, con la finalidad de que el recurso a la mediación no impidiera la posibilidad de acceso a los órganos judiciales se preveía la suspensión de todo plazo de caducidad y de prescripción; de manera que si la mediación terminara sin lograrse un acuerdo de solución, el plazo volvería a correr desde el momento del término de la mediación sin acuerdo de solución, o bien a contar desde la fecha en que una o ambas partes o el mediador declarasen terminada la mediación o se retirasen efectivamente de ella.

#### b) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo*

Este dictamen, tras una exposición detallada de los antecedentes de la Propuesta y del contenido de la misma, manifiesta un parecer favorable respecto a ella, ya que considera esta iniciativa como un instrumento positivo, continuador de las acciones emprendidas a partir del Consejo de Tampere para conseguir una mayor seguridad jurídica en el interior de la Unión Europea, con los consiguientes beneficios no sólo económicos mediante la disminución de los plazos de los procedimientos, sino el evitar las consecuencias nefastas para



las partes, especialmente en el derecho de familia, con los consiguientes perjuicios sociales con que suelen verse afectados los litigantes.

El dictamen pone especial énfasis en la afirmación de que es primordial garantizar la calidad del servicio prestado, por lo cual convendría que en la presente Propuesta, se indicaran unas líneas orientadoras que sirvieran para armonizar, al menos en forma mínima, los requisitos necesarios para ejercer la actividad de mediador. La necesidad de competencia e independencia de los mediadores esta en línea, dice el dictamen, con lo que se recomienda en la mediación en materia de consumo como una de las condiciones necesarias, que se conseguiría reforzando la cooperación europea para obtener una mayor homogeneidad de los sistemas de formación y designación de los mediadores. Por este motivo, considera el dictamen que la Comisión debería proponer unas líneas directrices que permitieran garantizar, por un lado, una cierta armonización entre todos los Estados miembros en la selección de los mediadores, con el fin de que alcancen un grado elevado de autoridad y de calidad de los mediadores. Entre los requisitos mínimos exigibles a los mediadores y que deberían quedar comprendidos en el artículo 4º de la propuesta, estaría la exigencia de una titulación adecuada que asegurara la formación en las materias objeto de la mediación; las garantías precisas de independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes; la transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

La opción de un código de conducta a nivel europeo, como forma de fijar las reglas para los mediadores, se ve por el dictamen del CESCE como inicialmente válida. No obstante, se afirma que para juzgar sobre el carácter válido de esos Códigos se debe considerar por la Comisión que siempre deben quedar garantizadas la profesionalidad, la independencia y la responsabilidad de las personas, tanto físicas como jurídicas, que ejerzan como mediadores, tal y como propone la propuesta de Directiva en su artículo 4º.

Al margen de otras consideraciones, el dictamen se muestra de acuerdo con la norma que preserva al más alto nivel la confidencialidad de los datos –tanto civiles como mercantiles – tratados en las actuaciones llevadas a cabo en la mediación (artículo 6.1), y no sólo de los datos de carácter personal, sino también de aquellos aspectos que afecten a la privacidad de las partes en conflicto, sin que en ningún caso se pueda atentar contra el derecho de los menores y la integridad física o psicológica de las personas afectadas por el litigio. Recomienda el dictamen que teniendo en cuenta que la mediación es un procedimiento para la solución de conflictos de carácter voluntario y que solo será efectiva en el supuesto de que las partes estén de acuerdo en su utilización y en el posterior acatamiento de su resultado, conviene que en la futura Directiva queden claros algunos aspectos de gran importancia en este punto, deteniéndose en algunas cuestiones de detalle respecto a ellas, con la finalidad de que la mediación sea un instrumento cuyo fomento se potencie y en definitiva obtenga la confianza a los ciudadanos europeos. En este sentido, el CESE considera que deberían tenerse en cuenta, entre otros aspectos, la delimitación del campo de los asuntos civiles y mercantiles en los que puede

actuar la mediación con especial eficacia; la determinación de los gastos de este procedimiento alternativo y otros aspectos en los que se detiene el dictamen.

### c) *Su trámite en el Parlamento Europeo*

Enviada la propuesta de Directiva al Parlamento Europeo, visto el informe del Comité Económico y Social, visto el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y la opinión de la Comisión de Libertades Civiles y Asuntos de Interior, el Parlamento en una primera lectura ha aprobado una versión modificada de la propuesta de Directiva, con solicitud a la Comisión Europea sobre si cree oportuno modificar sustancialmente esa propuesta o sustituirla por otro texto. El texto aprobado por el Parlamento el 29 de marzo de 2007 expone, junto a la propuesta de la Comisión, que fue completada en algunos puntos de detalle, las enmiendas que propone el Parlamento, tal como fueron aprobadas en esa fecha por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento y la entrega al su presidente para que trasmita la posición del Parlamento al Consejo y a la Comisión, para el trámite posterior de la propuesta.

Las enmiendas fueron nada menos que 34 e implican una mejora indudable de la propuesta de Directiva, en cuyo detalle no se puede entrar, aun cuando si puede indicarse que ese texto fue aprobado prácticamente por unanimidad de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento. Si puede ser de interés la reproducción de las reflexiones del Informe de la ponente Arlene McCarthy en la presentación de la propuesta de Directiva al Parlamento Europeo.

La ponente siempre ha estado convencida del valor y el interés que ofrece para los particulares una alternativa para resolver sus litigios. Esta alternativa les resulta más económica, rápida y menos agobiante que los procedimientos judiciales y no les priva de su derecho a acudir a los tribunales como último recurso. Permite a las partes mantener, o incluso mejorar, una relación valiosa, que el carácter contradictorio de un litigio podría poner en peligro. Asimismo, les ofrece la posibilidad de buscar soluciones creativas que satisfagan sus necesidades reales. Por ejemplo, en casos de negligencia médica, la parte asegurada a menudo quiere una explicación y una disculpa tanto como una indemnización. La propia naturaleza del litigio contribuye a frustrar estas necesidades. Ciertamente, en un principio la ponente puso en duda la necesidad de elaborar una Directiva cuando *los sistemas de mediación de la UE se encuentran aún en una fase embrionaria* en algunos Estados miembros. Por otra parte, para ser eficaz, la mediación debe ser flexible. Cualquier intento de «regularla» podría reprimir su desarrollo. Tras su consulta en Internet y las pruebas presentadas por *los expertos invitados* a la audiencia de la comisión, la ponente ha de reconocer, sin embargo, que *la elaboración de una Directiva cuenta con un apoyo abrumador*. Incluso los expertos que se mostraron reticentes en relación con la Directiva o críticos con su fundamento jurídico se manifestaron entusiasmados con la idea de la mediación como método alternativo de acceso a la justicia. Por consiguiente, *el objetivo de la ponente ha sido conseguir una Directiva viable*, que contenga una regulación mínima y

refleje las orientaciones y mejores prácticas existentes para poder fomentar un uso más amplio de la mediación en toda la UE. Por otra parte, la ponente desearía aprovechar esta oportunidad para agradecer a los expertos que participaron en la audiencia su buena disposición para remitir sus observaciones, algunas de las cuales se han utilizado para elaborar el presente informe.

Con sus enmiendas, la ponente *ha intentado aclarar y mejorar la propuesta original*, en particular modificando las definiciones de mediador y de mediación. Su principal preocupación es asegurar que se cumplan las normas de calidad, especialmente al incluir referencias al Código europeo de conducta para mediadores. La ponente ha modificado las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución a fin de garantizar que son jurídicamente inatacables y que respetan las tradiciones jurídicas de los distintos Estados miembros. En cuanto a la confidencialidad, la ponente considera que la solución propuesta ofrece una forma viable de abordar esta cuestión, ofreciendo a los Estados miembros margen de maniobra para adoptar normas más estrictas, si lo consideran conveniente. En lo que a la cuestión del fundamento jurídico se refiere, parece que la mayoría de los Estados miembros en el Consejo consideran que la propuesta de Directiva debería limitarse a casos transfronterizos, alegando que, en virtud del artículo 65 del Tratado CE, las medidas destinadas a «eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros» deben tener «repercusión transfronteriza» y han de adoptarse en la medida «necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior». La ponente ha optado por un compromiso que toma en consideración las preocupaciones de los Estados miembros en relación con la aplicación del artículo 65, al tiempo que ofrece a los consumidores y los ciudadanos del mercado interior una serie de opciones prácticas y accesibles para el usuario para lograr unos niveles elevados de mediación en toda la UE. La ponente confía en que finalmente prevalezca el sentido común en el Consejo en relación con los beneficios de la mediación y las disposiciones de la Directiva se apliquen también en los Estados miembros para situaciones puramente internas.

Por último, *la ponente alaba esta iniciativa en la medida en que servirá para dar a conocer y fomentar la mediación como medio alternativo de acceso a la justicia* y permitirá crear un marco de normas comunes que sean lo suficientemente sólidas para proteger los intereses de las partes y lo bastante flexibles para permitir la aparición de soluciones impulsadas por el mercado”. La lectura de este texto entendemos que es aleccionadora. De una ponente escéptica sobre la utilidad de la propuesta de Directiva sobre la mediación, nos encontramos con que, tras su estudio y las eventuales modificaciones que pueden introducirse en ella, cambia de opinión tras la consulta a diferentes expertos que se muestran por el contrario partidarios de un régimen adecuado de la mediación y del impulso de este procedimiento por parte de los distintos Estados miembros, lo cual puede aportar indudables beneficios. Trabaja sobre la propuesta de Directiva y concreta la exposición de muy numerosas

enmiendas que, tras su discusión se introducen depuradas en el texto, que aun cuando no pueda considerarse definitivo ha dado un paso adelante para una regulación en esta materia.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES**

Los ponentes consideran que en un campo tan difícil como es el de la aplicación del contrato de seguro, que crea dudas interpretativas, que en definitiva pueden generar conflictos entre las partes, ha sido oportuno que pueda ser objeto de meditación y de discusión en este Congreso del CILA, el estudio de los eventuales procedimientos alternativos para la solución de los conflictos a la solución judicial de los mismos. Los autores de esta comunicación han apuntado simplemente algunos aspectos sobre el tema partiendo de la experiencia de su país, que reconocen cuenta con una Administración de Justicia ejercida por profesionales que son seleccionados con rigor, con elevada exigencia de sus conocimientos y con una independencia y sentido de la Justicia en general admirables. No obstante en nuestro país, como en otros, los Jueces y Tribunales que han de impartir la Justicia se ven abrumados por un cúmulo de asuntos con los que se encuentran dada la pretensión de los ciudadanos de la búsqueda de la Justicia. Esto hace que con frecuencia la Administración de Justicia sea lenta, en daño de la misma. Por esta razón el estudio y el perfeccionamiento de los procedimientos alternativos de esa Administración de Justicia sea una labor de manifiesto interés.

El arbitraje, regulado en España sobre la base de la Ley modelo de las Naciones Unidas, con algunas adaptaciones oportunas, más que un procedimiento alternativo de la administración de Justicia es una modalidad o forma de tal administración. El laudo arbitral sustituye la función de la sentencia judicial, por lo que promover la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación ha sido uno de los objetivos de la Ley en la actualidad vigente en España, ha sido una solución oportuna con la convicción de que una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias. La difusión del arbitraje en el campo del seguro, tanto en el contrato de seguro, como en su modalidad del reaseguro, es de la mayor importancia y se encuentra dentro de los fines que exponen los estatutos de nuestra asociación AIDA. La Sección española, siguiendo el ejemplo de otras, administra un Tribunal arbitral en materia de seguro, que opera con eficacia y absoluta independencia, aun cuando se advierte una cierta reticencia, no simplemente por parte de los asegurados sino también de las propias sociedades aseguradoras, a acudir a la solución del arbitraje e incluso al procedimiento de conciliación o mediación, reticencia que a nuestro entender debe ser superada. Entendemos, y este ha sido el principal cometido de nuestra ponencia al ocuparnos de la mediación, si bien centrada en la experiencia europea en curso, que es necesaria por parte de nuestra Asociación su promoción y la del arbitraje como soluciones alternativas de los conflictos en el campo del seguro. Quizá sea necesario

explorar los medios para que estos dos procedimientos vayan por caminos separados. La mediación no busca un laudo, como acontece en arbitraje, o una sentencia, como acontece en el proceso judicial, sino que busca un acuerdo que afecta exclusivamente a la partes del mismo, con los efectos limitados de todo contrato. Podrá decirse que con la mediación en definitiva se alcanza la conclusión de un contrato de transacción, que es un contrato que está regulado en nuestros Códigos civiles y que tiene una amplia tradición. También podrá alegarse que en nuestras leyes procesales, cuando se inicia un procedimiento, hay un intento de conciliación al que incita el Juez a las partes, dicho sea incidentalmente, sin mucho éxito. Digamos unas palabras sobre estas cuestiones.

Efectivamente, en nuestros Códigos civiles siguiendo el ejemplo del Código de Napoleón y, en definitiva la tradición romana, se regula el contrato de transacción por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado (art. 1809 del C.c.). Los romanos decían que *transatio es timor litis* (“la transacción es el temor del pleito”) y declaraban *ubi partes sunt concordēs, nihil ad iudicem* (“cuando las partes alcanzan un acuerdo, para nada interviene el juez”). Cuando hablamos de promover la mediación en el seguro nos referimos, por consiguiente, a algo conocido tradicionalmente como medio para eludir la contienda judicial. Lo que falta es el procedimiento que facilite este camino, que muestre a las partes una solución razonable que evite la contienda judicial. Ahora bien, la promoción institucional de la mediación precisa no simplemente la presencia de mediadores que como personas independientes y competentes faciliten a las partes, mediante una labor de persuasión la composición de intereses y los términos del un acuerdo precisando su alcance, de forma que tanto el asegurador como el asegurado queden satisfechos, sino en que exista un procedimiento que propicie ese resultado, con la finalidad de encontrar una solución al conflicto entre ellas, sin tener que llegar a someterse a la decisión de un tercero, que aun cuando sea un Juez va a emplear un tiempo normalmente amplio hasta que pronuncie su sentencia. En la mediación, por consiguiente, se produce la búsqueda de un acuerdo, en el que las partes son las que, gracias en buena medida a la labor del mediador, tratan de encontrar la satisfacción a sus intereses.

La conciliación entre las partes como fase preliminar del procedimiento judicial es conocida en general en buena parte de los ordenamientos, pero en general nos parece que tiene poco éxito, quizá porque las partes dispuestas a entrar en la disputa procesal están dominados por la idea, que con exageración podríamos denominar guerrera, de dominar, de vencer al contrario, lo que hace difícil que en ese momento un acuerdo aun cuando sea el propio Juez quien lo aconseje. La derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 comenzaba su Libro II, que llevaba el título “De la jurisdicción contenciosa”, con los artículos relativos a los “actos de conciliación” y comenzaba diciendo “antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Juez de Distrito (luego se dijo ante el Juzgado de Primera Instancia) o de Paz competente” (art. 460, que declaraba que en algunos supuestos, de modo especial en los que se

promovieran sobre materias no susceptibles de transacción, no se admitían peticiones de conciliación), pero tal acto de conciliación era un acto rutinario y en consecuencia prácticamente un fracaso, como lo fueron otros intentos de reforma de la LEC de 1881. Y lo sigue siendo en el régimen vigente, en el llamado “juicio ordinario”, ya que el intento de conciliación o transacción, al que alude como un trámite que ha de comprobar el Juez en la llamada audiencia previa del juicio (art. 415, LEC del 2000). Pero la transacción insertada en el procedimiento judicial puesto en marcha a iniciativa del demandante, es normalmente un puro trámite ineficaz.

Esta realidad no debe llevarnos a despreciar los medios alternativos para la solución de los conflictos distintos al procedimiento judicial. El arbitraje ofrece las conocidas ventajas de ser un procedimiento flexible y de modo especial más rápido que el judicial, con las suficientes garantías. La mediación implica la necesidad de un acercamiento en las posiciones de las partes para que lleguen a un acuerdo. El mediador ha de ser un profesional independiente y experto que facilite el entendimiento de las partes, sin que la solución se deje a la decisión de un tercero, sea Juez o Árbitro.

La buena fe que domina el contrato de seguro puede, en el momento difícil de la producción de un siniestro, estar presente y favorecer, si es posible, un procedimiento alternativo al de la decisión judicial. La sociedades aseguradoras, que bien de forma voluntaria, o bien porque lo manda la Ley<sup>450</sup> han de disponer de un departamento de atención al cliente, que entre otras funciones tiene la de recibir las reclamaciones del asegurado o del tercero perjudicado, pueden en algunos casos, en los estimen que el siniestro está fuera de la cobertura del contrato, sugerirles que acudan a un procedimiento alternativo con la finalidad de superar la disparidad de pareceres entre las partes. Sugerencia que debe insertarse en ese principio de buena fe –de máxima buena fe- que debe operar sobre la relación que nace del contrato de seguro durante toda su duración.

AIDA, manteniendo en todo caso su independencia, ha sido sensible a la necesidad de poner a disposición de los asegurados y aseguradores los procedimientos alternativos para la solución de los conflictos que puedan surgir entre ellos y a tal fin modificó hace más de diez años sus propios estatutos. Manteniéndonos en esa línea, pensamos que AIDA debe ampliar sus estudios y su actividad con el fin de la promoción y la administración de la mediación, de forma previa y separada del arbitraje, no tanto como un puro trámite preliminar, sino como una actividad de intento de convicción a las partes, para que tras un estudio meditado de la posición de cada una de ellas, el mediador pueda sugerirlas un acuerdo razonable y justo, que por entender que lo es lo acepten las partes.

---

<sup>450</sup> Es el caso del artículo 63 de la LOSSP española que impone a todas las aseguradoras el disponer de un departamento o servicio de atención al cliente.

## Ponencia 4 A MEDIAÇÃO E O DEFENSOR DO SEGURADO

**Manuel S. Soares Póvoas**<sup>451</sup>

Sección Brasileña de AIDA

Presidente do Conselho Deliberativo

### SUMARIO

1. A Defesa Dos Segurados E A Autoregulacao Dos Seguros. 2. Terminología. 3. Filosofia Institucional. 3.1 Independencia cental do Brasil. 3.2. Criterios de equidade. 4. A sinistralidade e a instituicao Do Defensor. 5. Ouvidorias Tercereizadas. 6. Conclusao.

Entendemos por mediação para a defesa dos direitos do segurado todo e qualquer meio, não contrário à lei, tendente a assisti-lo ou a dar-lhe satisfação perante as reclamações que, eventualmente, faça à seguradora por descumprimento do contrato de seguro que com ela firmou. Entendemos como segurado, a pessoa física ou a pessoa jurídica que contrata a cobertura de um risco com a seguradora.

No Brasil, a necessidade da defesa dos direitos dos segurados nunca atingiu um nível dramático, nem mesmo quando, no período das altas taxas de inflação, por qualquer dia a mais de demora no pagamento das indenizações se traduzir em lucro para a seguradora, o que não significa que não existisse e continue a existir, aqui, um sentimento contra as seguradoras, dado que, cada caso acontecido de insatisfação justa ou injusta do segurado, toma uma repercussão entre os amigos e conhecidos a quem revele sua indignação ou, se reclamou na imprensa, repercussão entre o público em geral, que no passar do tempo criou um verdadeiro clima contrário às seguradoras; de resto, idêntico antagonismo aconteceu em todos os países do mundo livre.

As estatísticas *ad hoc*, mostram no Brasil, que as reclamações que tiveram registro nunca ultrapassaram 5% dos sinistros registrados, a maior parte das quais não mereceram da parte dos segurados pretensamente prejudicados, reclamações dirigidas quer aos órgãos institucionalmente constituídos, quer aos tribunais.

---

<sup>451</sup> Economista e Jurista, Presidente do Conselho Deliberativo da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA BRASIL, Membro Honorário do Conselho Mundial da Associação Internacional de Direito de Seguro - AIDA. Presidente do Egrégio Conselho Institucional da Academia Nacional de Seguros e Previdência - ANSP. [manuelspovoas@gmail.com](mailto:manuelspovoas@gmail.com)

Todavía, a partir da década de oitenta, o clima anti-seguradora endureceu, atingindo a SUSEP - Superintendência de Seguros Privados (órgão executivo do Sistema Nacional de Seguros Privados) que, institucionalmente era, ao tempo, o único órgão a quem cabia tratar de tais reclamações; é de justiça dizer que a Susep sempre atuou com ânimo pró segurado.

Querendo melhorar a imagem, as seguradoras mais evoluídas passaram a dar mais atenção às reclamações dos segurados, primeiro criando ambientes de atendimento onde os segurados eram recebidos com consideração e, depois, criando serviços de atendimento telefônico de reclamações, mas que pouco ou nada contribuíram para melhorar o julgamento que as pessoas continuavam a fazer delas, que continuo a afirmar, jamais foi dramático.

Foi então que, tendo sido, pela Lei no. 8.078 de 11 de Setembro de 1990, instituído o Código de Defesa do Consumidor que com os órgãos que criou - os Procons - permitiu operacionalizar e objetivar de forma rápida essa defesa, os segurados que, como dissemos, já dispunham da Susep para defender os seus direitos contratuais, passaram, em suas queixas contra as seguradoras, a servir-se mais destes órgãos do que da Susep, o que nós atribuímos a duas razões: a primeira foi pensarem que seriam melhor atendidos neste segmento e a segunda, que seriam mais rapidamente atendidos, o que realmente acontecia. Estas duas razões não eram capazes de contrabalançar o benefício do conhecimento específico da instituição que a Susep tinha e que garantia decisões mais objetivas e justas, pelo menos, menos emocionais.

Todavía, a competência dos funcionários destes órgãos e o conhecimento específico dos funcionários da Susep fizeram com que se estabelecesse uma certa competência que só beneficiou os segurados, na defesa dos seus direitos.

Quando se entrou no domínio do Código do Consumidor, apesar de um maior conforto dos segurados, sobretudo em termos da rapidez da decisão ou da orientação recebida, o ambiente contra as seguradoras não melhorou, ou, pelo menos, não melhorou sensivelmente, apesar de, concomitantemente à profícua ação dos órgão de defesa do consumidor, ter aumentado o número dos serviços telefônicos de atendimento aos segurados instalados pelas seguradoras. A verdade é que, se o número de reclamações não aumentou, aconteceu ter aumentado o número de descontentes com as seguradoras, certamente devido ao aperfeiçoamento das comunicações.

Foi então que uma seguradora estrangeira que tinha adquirido o controlo do Grupo Segurador VeraCruz - a Mapfre Seguros - que tinha experimentado com o maior êxito em Espanha e, depois, noutros países onde tinha representações, um serviço baseado na filosofia do "ombudsman" sueco, a que deu o nome de *defensoria do segurado*, resolveu fazer igual experiência no Brasil. Esta experiência teve o maior êxito, com o que contribuiu para desencadear uma verdadeira tomada de consciência em favor dos direitos dos segurados, sobretudo da parte dos corretores.



## 1. A DEFESA DOS SEGURADOS E A AUTOREGULAÇÃO DOS SEGUROS

Na preocupação que os organismos de controle da instituição dos seguros privados sentiram a partir da década de 90, de simplificar a burocracia que não só demorava mas prejudicava todo o processo do seguro, o Brasil, sempre atento ao que se passava no mundo para não perder o rumo da histórias, achou por bem orientar alguns dos mais importantes segmentos econômicos, na filosofia da autor-regulação, isto é, na filosofia de permitir-lhes, sem quaisquer dificuldades burocráticas, de se auto-regularem em tudo o que, de forma iniludível, achassem que devia ser alterado para bem dos consumidores e usuários dos serviços.

No domínio dos seguros privados, a SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, numa ação meritória, empunhou a flâmula da auto-regulação que se traduziu, sem dúvida, em grandes benefícios para a instituição seguradora.

Sendo o tema da má imagem das seguradoras aquele que mais a preocupava quando, na face oposta, estava o descontentamento dos segurados, a SUSEP orientou as seguradoras no sentido de criarem departamentos para atender de forma delicada e isenta as reclamações de seus segurados. A verdade é que, a esse tempo, com a instituição no Brasil da citada Defensoria dos Segurados obedecendo aos princípios filosóficos dos ombudsmann, muitos dos corretores mais evoluídos, começaram a dar-se conta de que alguma coisa tinha de ser feito ao nível do mercado.

Foi, portanto, oportuna a postura tomada pela Susep, que não obrigando as seguradoras, encaminhou o assunto para o Conselho Nacional de Seguros Privados, órgão legislativo do Sistema Nacional de Seguros Privados, para que publicasse uma Resolução que orientasse as seguradoras - Resolução CNSP no. 110, de 7 de Maio de 2004 - na instituição de departamentos a que deu o nome de OUVIDORIAS. Esta Resolução foi explicada e operacionalizada pela Circular da Susep no 292, de 18 de Maio de 2004.

A Resolução CNSP no. 110 resolveu:

Art. 1º. Estabelecer as regras e critérios mínimos a serem observados pelas sociedades seguradoras, entidades abertas de previdência complementar e sociedades de capitalização na implantação de ouvidorias (...).

Art. 2º. A ouvidoria terá como principal função representar os consumidores em defesa dos seus direitos, junto à empresa em que atua na prevenção e na solução de conflitos, devendo:

- viabilizar um canal de comunicação direta entre a empresa e o seu público;

- facilitar, ao máximo, o acesso do consumidor aos seus serviços, simplificando os procedimentos; e
- diferenciar suas atribuições dos demais serviços de atendimento ao consumidor existentes na empresa.

Art. 3º. A ouvidoria da empresa ficará sob a responsabilidade de um ouvidor indicado pelo Conselho de Administração, pelo presidente da empresa ou cargo equivalente, atuando sempre de forma personalizada, independente, autônoma e imparcial.

§ 1º. (...);

§ 2º. (...)

Esta Resolução que orientou o parque segurador para a necessidade que havia de dar mais atenção aos segurados, foi depois completada com um instrumento que, indiretamente, levaria todo o parque das operadoras a instituir ouvidorias, que se traduzia em conceder às operadoras que as tivessem instituído, compensações na aplicação de eventuais multas.

Vale dizer que este instrumento para motivar a instituição de ouvidorias foi, na verdade, infeliz, mas sem conseqüências danosas porque jamais foi regulamentado.

## 2. TERMINOLOGIA

Por virtude do fato da Seguradora do Grupo Mapfre ter denominado a instituição de DEFENSORIA DO SEGURADO à semelhança do que acontecia na Europa, o termo "defesa do consumidor" rapidamente entrou na linguagem comum dos seguros. Mas o Conselho Nacional de Seguros Privados, seguindo a tradição terminológica que já vinha do tempo da época colonial, achou por bem, na citada Resolução, chamar a este instituto de defesa de direitos do segurado de Ouvidoria.

Não se discute o peso da tradição, mas foi pena, pois o fato da palavra ouvidoria ter, na sua base etimológica, o verbo OUVIR, causou pouco impacto nos segurados reclamantes, que o que desejavam era um organismo que efetivamente os defendesse e não, um organismo que se limitasse a ouvir, como acontecia com os serviços telefônicos de atendimento de reclamações que jamais se mostraram eficientes. O argumento em favor da palavra OUIDORIA contra a palavra DEFENSORIA foi o de que, em muitas reclamações dos segurados, nada se solicitava em termos de satisfação de direitos, mas apenas se pedia correção de tipo burocrático, pelo que a palavra defensoria não se justificava.

Era, sem dúvida um argumento pouco asado à realidade, na medida em que, jamais as reclamações burocráticas (atraso no recebimento da apólice, correção de um número inexato num documento, etc) tinham determinado qualquer mal estar entre os segurados e as suas seguradoras, e, menos ainda,

jamais tinham tido qualquer influencia na constituição de órgãos baseados na filosofia dos "ombudsman".

E, todavia, foi isso que aconteceu, tendo o art. 5º. dado à ouvidoria a função de atender e resolver todas as questões burocráticas, o que, até certo ponto, desvirtuava a instituição.

Ao levantarmos este tema da terminologia, queremos expressar nossa opinião de que o nome a ser dado ao instituto que vai julgar as reclamações sobre ofensa dos direitos contratuais dos segurados deva ser Defensoria do Segurado que é a expressão que já adquiriu expressão internacional, e que aqui no Brasil é a que consegue transmitir ao comum das pessoas e aos segurados em especial, a essência da instituição que é a defesa amigável dos seus direitos de consumidor, isto é, de segurado, baseado na filosofia da absoluta independência do defensor e de recurso à equidade.

Mas a primeira razão -a expressão defensoria do segurado ser usada internacionalmente- é a que mais deve pesar, dado que num mundo globalizado, a necessidade de entendimento institucional exige que se utilize a terminologia que facilite a comparação internacional.

*Ouvidoria* é uma palavra que sendo portuguesa, em Portugal caiu em desuso, mas que no Brasil, por virtude da palavra *ouvidor* ter sido utilizada no período colonial para designar os juizes instituídos pelos donatários, tem continuado a ser usada para designar juizes. Mas também é usada a palavra DEFENSORIA em certos serviços públicos para funções mais ou menos idênticas às atribuídas aos ouvidores, de que se dá como exemplo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

### 3. FILOSOFIA INSTITUCIONAL

Todas os instrumentos livremente instituídas pelas seguradoras para melhor atender os seus segurados (sobretudo quando estes, sentindo-se lesados nos seus direitos, resolvem reclamar) têm de ser saudados como benéficos, mesmo que esses instrumentos objetivem a conquista de uma melhor imagem para elas.

Mas a prática mostra que os instrumentos tradicionalmente utilizados por elas, mais objetivam fins de propaganda fácil do que a efetiva satisfação dos segurados. A verdade é que as seguradoras, interpretando da forma mais objetiva a letra das cláusulas contratuais, pensam que, jamais, prejudicam os segurados.

Tomando como exemplo os serviços de atendimento telefônico que tendo, todavia, o mérito de descontraírem o reclamante com a promessa de que o seu caso vai ser analisado, pouco representam em termos efetivos, porque

depois de anotada a reclamação, a atendente a envia, logicamente, ao departamento que tinha, por exemplo, recusado o sinistro.

Este departamento ou serviço que, com toda a isenção e atendendo estritamente à letra das cláusulas da respectiva apólice, tinha recusado o sinistro, nada mais pode fazer do que confirmar a recusa.

Compreende-se que quando a confirmação da recusa chegar ao segurado, ela só agrave os sentimentos negativos que ele já vinha manifestando contra a seguradora, pelo que, este serviço telefónico não só nada resolverá, como ainda acirrará a malquerença do segurado.

O resultado só seria diferente, se o departamento que recusou o sinistro e que é posto perante a reclamação contra a recusa, pudesse fazer a revisão desta, atendendo a critérios de equidade, mas para isso seria necessário, primeiro que tivesse autorização para se servir de tais critérios e, segundo, que tivesse a preparação suficiente para os utilizar.

Mas quem num departamento de sinistros se vai importar em considerar a equidade, quando o leit-motiv do departamento é conseguir uma sinistralidade que satisfaça as previsões orçamentais?

Isto para dizer, que a utilização de critérios de equidade, de forma correta, só se conseguiria quando a reclamação fosse enviada pelo serviço de atendimento telefónico, não ao serviço que tinha recusado o sinistro, mas a um outro serviço, cujo responsável tivesse o poder de julgar a reclamação atendendo a pormenores ligados à intenção e à realidade do risco na qual o segurado vive e que o levou a contratar o seguro, só que isso o levaria, na maioria das vezes, muito para além, da interpretação extensiva das cláusulas contratuais definidora do risco coberto. Por isso, insistimos em que não é qualquer executivo que está em condições de lidar com o poder que lhe for concedido para recorrer, no julgamento da reclamação, a tais critérios.

E, no entanto, só a utilização de critérios de equidade poderá, na maioria dos casos de reclamações sobre extensão de coberturas, localização de riscos e sobre aceitação de sinistros, dar satisfação aos interesses do segurado, quando tais reclamações não cabem na letra da cláusula, nem mesmo quando esta é interpretada extensivamente.

E isto porque, na objetividade com que os sinistros são analisados à face das cláusulas contratuais (cláusulas estas que têm o aval da Susep que as aprovou previamente) ninguém na seguradora, sem o poder de recorrer a critérios de equidade, poderá fazer alguma coisa para satisfazer o reclamante, nada mais lhe restando fazer do que confirmar a recusa, porque se resolver aceitar a reclamação, aí, sim, a seguradora pode ser prejudicada.

E, todavia, será no recurso a critérios de equidade que residirá a possibilidade das reclamações dos segurados serem atendidas, como veremos adiante.

### 3.1 Independencia cental de Brasil

Certamente que a instituição das ouvidorias instituídas pelas seguradoras nos termos da citada Resolução CNSP foi bem aceita pelo parque das operadoras, pois lhes permitia satisfazer o desejo da Susep, sem alterações sensíveis naquilo que já vinham fazendo, até porque a Susep passando por cima da exigência constante no art. 3º. de que o ouvidor teria de atuar, sempre, de forma independente, permitiu que o cargo fosse exercido por diretores da instituidora.

Compreende-se o desalento dos segurados quando se deram conta de que as suas reclamações continuariam a ser julgadas por quem tinha decidido da forma que, em seu julgamento, os tinha prejudicado.

Assim, não obstante o esforço e a despesa que representou a instalação dos serviços telefônicos de atendimento, tudo continuou a acontecer como antes, com as conseqüências da má imagem continuando a manifestar-se negativamente.

Chegamos, desta forma, à conclusão que, se efetivamente se deseja recuperar a imagem das operadoras, teremos de levar as seguradoras a apostar na filosofia do ombudsman e instituir órgãos fora de sua área de gestão, portanto, totalmente independentes, com o poder de decidir diferendos que oponham os segurados às seguradoras, não apenas atendendo a critérios de legalidade, mas também recorrendo a critérios de equidade.

É esta possibilidade (do defensor poder recorrer a critérios de equidade) que justifica e caracteriza a instituição, pois se o defensor tiver de ater-se, exclusivamente, a critérios legais, como cada vez os clausulados das apólices são mais precisos, até porque tais clausulados passaram a ser previamente submetidos ao crivo dos órgãos executivos institucionais, as reclamações feitas pelos segurados jamais seriam julgadas em seu favor. Sobre a *equidade*, veja-se como ela aparece na definição de ombudsmam, dada por um moderno Dicionário de Seguros

Ombusman é a expressão que, ainda que originária dos países nórdicos europeus, adquiriu expressão incontroversa em todo o mundo para significar a pessoa e, por analogia, a instituição, que assume a função de defender, segundo critérios de equidade, a defesa dos cidadãos perante a Administração Pública e, por analogia, dos usuários ou consumidores perante as empresas prestadoras de serviços. Em Espanha sua denominação constitucional é a de *Defensor do Povo*.

Neste sentido, a figura do "ombudsmam" entrou na indústria seguradora e são vários os países (Espanha, Gran Bretanha, Holanda, Suécia, Suíça, ...) nos quais, quer por iniciativa da totalidade ou da maioria das seguradoras de tais países, quer por decisão de algumas empresas em particular, se criou esta instituição destinada a resolver os diferendos surgidos entre seguradores e

segurados, mediante a formalização de veredictos que, normalmente, são vinculantes para os seguradores mas não para os segurados que continuam podendo exercer, em defesa dos seus direitos, as ações legais de que possam socorrer-se. Em Espanha se instituiu, para esta figura, a expressão de *defensor do segurado*.

Portanto, se o órgão que se propõe a defesa do segurado não obedecer ao princípio de sua total independência em relação à seguradora instituidora, nem ao princípio da equidade, isto é, da possibilidade da reclamação do segurado ser julgada atendendo tanto a critérios de legalidade como a critérios de equidade, não está dentro da filosofia da instituição dos ombudsmen.

E foi por isto, que a criação no Brasil, das ouvidorias instituídas nos termos da Resolução CNSP, no. 110/2004 nenhuma mudança significativa trouxe na satisfação dos direitos dos segurados, pelo que, em nosso entender, tais ouvidorias jamais conseguirão recuperar a desgastada imagem das seguradoras.

- *O Princípio da Independência e o Banco Central do Brasil*

Todavia, a questão filosófica da total independência do ouvidor em relação às instituidoras, ainda não está encerrada. No caso das seguradoras tal independência vai contra a tradição da gestão, onde a preocupação maior sendo a administração dos sinistros de forma a manter a sinistralidade dentro dos limites do equilíbrio técnico, que não é apenas daqueles que desempenham a alta gestão, mas dos próprios gerentes de sinistros, que sendo os mais cobrados pela expressão numérica que sinistralidade apresente, acham que defensores totalmente independentes complicariam, ainda mais, o julgamento do seu trabalho.

É por tudo isto que, as seguradoras não aceitam instituir uma defensoria e entregar a função de "juiz" a uma pessoa ou a um colegiado de pessoas estranhas, com o poder de julgar as reclamações dos segurados envolvendo direitos contratuais, a maior parte das quais, estando ligada à aceitação ou ao montante de cada sinistro, poderia comprometer esse equilíbrio.

As seguradoras que aceitam discutir o princípio da total independência do ouvidor, invocam um outro complicador, que é a dificuldade de se encontrar a pessoa ou as pessoas com as necessárias qualidades para exercer o cargo.

A Mapfre que, neste assunto tem de ser considerada como referência, preencheu, em Espanha, os cargos da Defensoria (colegiado de três) com magistrados aposentados das tribunais superiores, e no Brasil, preencheu o cargo recorrendo a um antigo segurador que sempre exerceu funções de gestor executivo, que sempre foi administrador corporativo e possuía uma significativa obra sobre seguros e sobre previdência.

Compreende-se que o bom desempenho do cargo de ouvidor dependa, acima de tudo, do conhecimento específico, da experiência profissional e do bom senso de quem o exerça, mas pensamos que não faltarão, em nenhum mercado de seguros da América Latina e, menos ainda, no Brasil, pessoas com a devida classificação para exercer o cargo.

Esta questão da total independência do ouvidor, acaba de receber valioso contributo do Banco Central do Brasil, que por sua Resolução no. 3477, de 26.07.2007 decidiu que todos estabelecimentos financeiros a ele subordinados, instituam componente organizacional de ouvidoria com a atribuição de assegurar a estrita observância das normas legais e regulamentares relativas aos direitos do consumidor.

No que respeita à independência do ouvidor, esta Resolução estabelece no seu art. 4º., § 1º. inciso II: nos casos de bancos múltiplos, bancos comerciais, caixas econômicas, sociedades de arrendamento mercantil, e sociedades de crédito, financiamento e investimento, o ouvidor não poderá desempenhar outra atividade na instituição, exceto a de diretor responsável pela ouvidoria. Isto significa que o Banco Central do Brasil aceita o princípio da total independência. Compreende-se que para os estabelecimentos de menor expressão ou de menor dimensão esta independência não se verifique.

Neste ponto, permitindo-nos dizer que, a Susep aceitou a sugestão que lhe foi feita, de autorizar ouvidorias terciarizadas, de que trataremos adiante, exatamente para servir as seguradoras menores ou as empresas de atividades afins cujo movimento não comportaria a instituição de uma ouvidoria completamente independente.

### **3.2 Critérios de Equidade**

O outro princípio básico, é o defensor receber da instituidora o poder de servir-se não apenas de critérios de legalidade, como também de critérios de equidade, nos termos já expostos.

## **4. A SINISTRALIDADE E A INSTITUIÇÃO DO DEFENSOR**

Os supostos riscos que a seguradora corre com a instituição de uma defensoria do segurado obedecendo aos dois citados princípios - independência e equidade - não existem, na medida em que o defensor está enquadrado por dispositivos que limitam os seus poderes. Os poderes de decisão do defensor são absolutos, mas dentro do enquadramento que tenha sido estabelecido no regulamento da defensoria.

No Brasil, o defensor do segurado deve obedecer aos seguintes parâmetros:

- A. Começou por decidir reclamações exclusivamente de segurados pessoas físicas, mas que, logo depois, dada a realidade da inflada economia informal, onde cerca de 50% dos trabalhadores não estão inscritos no sistema da previdência social, começa a aceitar-se que as ouvidorias atendam também as reclamações dos segurados, sociedades informais; hoje as ouvidorias atendem as reclamações de todos os segurados, pessoas físicas ou jurídicas.
- B. Só decide os conflitos em que o valor da reclamação não exceda o limite constante no regulamento.

Independentemente do objetivo geral da alçada inerente aos julgadores, ela também se justifica pelo seguinte:

1. O objetivo prático da Defensoria é a resolução fácil e rápida dos pequenos conflitos de interesse, isto é, daqueles em que a importância em jogo não justifica, para o reclamante, o recurso a vias judiciais.
2. A alçada dá a medida exata da delegação de poderes feita ao defensor
3. O montante da alçada é estabelecido obedecendo a parâmetros práticos, de forma a permitir ao defensor atender a, pelo menos, 90% das reclamações individuais.

Nota: A citada Resolução CNSP no. 110/2004, orienta no sentido da alçada do ouvidor não ser inferior a R\$. 30.000 (trinta mil reais), equivalente ao câmbio atual, a cerca de US. 15.000 (quinze mil dólares americanos).

- C. A escolha do defensor ser criteriosa.

Quando a corrupção é uma praga que invade todos os domínios da atividade econômica, talvez a forma que mais se oporia a veredictos inadmissíveis seria a de entregar a gestão da defensoria a um colegiado de três ou, então, a seguradora recorrer a defensorias terceirizadas.

## **5. OUVIDORIAS TERCEREIZADAS**

Compreende-se que a total independência das defensorias se traduza numa despesa significativa, consubstanciada na soma dos salários pagos e do custo da instalação que abrigue o defensor e seus auxiliares.

Se a empresa instituidora tem dimensão, esta despesa pode não ter qualquer significado no percentual das despesas, mas no caso de empresas menores, como é normalmente o caso das empresas institucionalmente afins, essa despesa pode representar um problema, pelo que, se justifica a instituição de defensorias terceirizadas.



Estas defensorias, desde que obedeçam aos requisitos exigidos pela SUSEP, resolvem da forma mais efetiva o problema da independência, já que podem contratar os defensores com as qualificações que, melhor entendam, em conhecimento e em experiência, não apenas um, mas vários elementos, com o que poderão oferecer serviços mais cuidadosos.

A Superintendência de Seguros Privados quando foi solicitada a autorizar a primeira ouvidoria terceirizada, dentro da tecnicidade e do cuidado com que sempre atuou, o Superintendente reuniu o seu Conselho Diretor, que "decidiu, por unanimidade, deferir a proposta de constituição da DEFENSEG- Serviços Especializados em Seguros S/S Ltda, tendo em vista que o contrato padrão apresentado atende o disposto na Resolução CNSP no. 110/2004, de 7 de Maio de 2004." tal como consta na Carta Susep/GABIN no. 82/2004 dirigida pela Autarquia ao presidente da Defenseg.

## 6. CONCLUSÃO

Todas as formas que, por seu livre alvedrio ou obrigatoriamente, as seguradoras utilizem para um tratamento digno e equitativo dos segurados nas reivindicações que lhes façam, são desejáveis.

Só que, pelo que expusemos e que é resultado de nossa própria experiência de quatro anos nas funções de defensor do segurado na única defensoria que até hoje obedeceu aos princípios da independência e da liberdade de recurso a critérios de equidade, pensamos que a *única forma que pode beneficiar a desgastada imagem das seguradoras* é a instituição de defensorias do segurado, dentro da filosofia dos ombusmann, isto é, obedecendo aos princípios da independência e da equidade.

Quanto às qualidades que o defensor deve possuir, reputo indispensável que tenha formação de jurista e que conheça a ciência e a operacionalidade da atividade do seguro. Quanto às reclamações aceitáveis, elas terão de ser primárias, isto é, não podem ter sido, já, objeto de processo de reclamação tanto na Susep, como nos tribunais.

As empresas, quer as seguradoras de menor dimensão, quer as que exercem serviços correlatos, devem poder utilizar defensorias terceirizadas, com o que, conseguirão veredictos mais objetivos e mais equitativos, com custos menores.

Quanto aos reclamantes, pensamos que só os segurados pessoas físicas e os segurados empresas informais e empresas familiares, de pequeno porte sejam atendidos pelos defensorias, mas não somos contra a que mesmo as reclamações dos segurados empresas sejam atendidas pelos defensores.

Os reclamações feitas pelos intermediários dos seguros só deverão ser apreciadas ou julgadas pelas ouvidorias, se forem assinadas pelos segurados,

com quem, a partir do recebimento da reclamação, o defensor passará a se relacionar. Os veredictos serão, sempre, obrigatórios para a seguradora ou empresa de serviços correlatos, mas não para o reclamante que poderá recorrer delas para onde desejar .

A independência da defensoria recomenda que seja instalada fora de qualquer local onde os serviços da seguradora funcionem.

Os meios de relacionamento da Defensoria com o segurado devem ser, exclusivamente, o telefone, a caixa postal e a via eletrônica; o veredicto tem de ter a forma escrita e ser entregue ao reclamante contra recibo de recepção.

A terminar, conclamamos a AIDA a que organize uma campanha com o objetivo de:

1. Conscientizar as seguradoras e empresas de funções correlatas, de que só as defensorias do segurado obedecendo aos princípios da independência e da equidade, nos termos enunciados, serão capazes de, efetivamente, melhorar a má imagem que, sobretudo as seguradoras, têm na maioria dos países deste Continente
2. Fazer com que a expressão *defensoria do segurado* (traduzida nas várias línguas) seja utilizada por todos.

**Ponencia 5**  
**LA LEY DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL USUARIO DE**  
**SERVICIOS FINANCIEROS (PUBLICADA EN EL DIARIO**  
**OFICIAL DE LA FEDERACIÓN 18 DE ENERO DE 1999)**

**Horacio Castellanos Fernández**<sup>452</sup>

Sección Mexicana de AIDA

Vicepresidente Jurídico de la Comisión Nacional

para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

SUMARIO

1. La defensa del asegurado. 1.2 El defensor legal. 1.2 Procedencia de la defensa legal gratuita. 1.3 Improcedencia de la defensa legal gratuita. 1.4 Causales para la revocación del servicio de defensoría legal. 1.5. Competencia y vía procesal. 1.6 Casos de seguros con mayor incidencia. 2. Conclusiones.

- *Origen de la Ley:* diversos ordenamientos que regulaban la protección y defensa del público usuario de servicios financieros. Falta de uniformidad en la legislación y en los procedimientos establecidos en la materia.
- *Objeto de la Ley:* protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones .
- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros –CONDUSEF-: es un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, integrante de la Administración Pública Federal Paraestatal del Gobierno Federal

---

<sup>452</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con diecisiete años de experiencia como abogado en el Sistema Financiero Mexicano, en el que ha desempeñado cargos a nivel directivo. Durante su trayectoria, ha intervenido en la emisión de criterios, políticas y disposiciones de carácter oficial para el otorgamiento de financiamientos, así como en la formalización directa de éstos. Asimismo, ha participado, como asesor legal, en diversas contrataciones efectuadas por entidades del Sector Público en las que ha prestado sus servicios. Sus funciones han consistido en coordinar, representar y defender los intereses de las entidades en las que ha colaborado, entre otras. Actualmente se desempeña como Vicepresidente Jurídico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

Mexicano, creado por disposición de la LEY y que inicia operaciones en el mes de abril de 1999. Con la CONDUSEF se cuenta con un organismo único y especializado para proteger los derechos de los usuarios de servicios financieros.

- *Finalidad de la CONDUSEF:* promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos.
- *Funciones preventivas de la CONDUSEF:* fomentar y difundir la cultura financiera.
- *Funciones de solución de controversias de la CONDUSEF:* gestión inmediata; Procedimiento conciliatorio; Arbitraje: en amigable composición o estricto derecho; Defensoría legal gratuita; Interventoría en juicios concursales.

## 1. LA DEFENSA DEL ASEGURADO

En los últimos años el sistema financiero mexicano ha observado una constante evolución como consecuencia lógica de la globalización y la diversificación de los mercados, de ahí que la variedad de intermediarios y la especialización de servicios financieros han hecho cada vez más complejas las relaciones entre las instituciones financieras y sus usuarios.

Las consideraciones anteriores, así como la falta de uniformidad en la legislación y en los procedimientos establecidos en materia de protección y defensa de los usuarios de los servicios financieros, incidieron de manera determinante para que, a finales de 1998, el Poder Legislativo de México considerara necesaria la creación de una norma específica que velara integralmente por los derechos e intereses de dichos usuarios. Así, el 18 de enero de 1999 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación (DOF), la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (la LEY) misma que entró en vigor noventa días después de su publicación, y cuyo objeto, de acuerdo con el artículo 1º, es la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de tales funciones.

Los medios previstos en la LEY, para el cumplimiento de su objeto, son fundamentalmente dos: uno, fomentar y difundir la cultura financiera y, el otro, dirimir las controversias que se susciten entre los usuarios y las instituciones financieras mediante instancias extrajudiciales, como vía de solución alterna a los procedimientos judiciales. Por lo que hace a la entidad encargada de dar cumplimiento al mandato de la LEY, se tiene que, por disposición contenida en la misma, se crea la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los

Usuarios de Servicios Financieros (la CONDUSEF), como órgano único y especializado para proteger los derechos e intereses del público usuario de servicios financieros, para lo cual tiene, entre otros fines, el de contribuir a eliminar las eventuales irregularidades que se cometan en la prestación de tales servicios.

Con la creación de la CONDUSEF se logró establecer una instancia única y especializada en materia de protección y defensa de los usuarios de servicios financieros, evitando así la multiplicidad de organismos y criterios que dificultan alcanzar la finalidad de las disposiciones de protección al usuario.

La CONDUSEF es un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, integrante de la Administración Pública Federal Paraestatal del Gobierno Federal Mexicano, cuya finalidad es, de acuerdo con el artículo 5º de la LEY, promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos.

La CONDUSEF, desde que inició sus actividades (19 de abril de 1999) y con base en los medios establecidos en el LEY para el cumplimiento de su objeto, ha venido realizando dos tipos de funciones: preventivas y de solución de conflictos.

Por lo que hace a las funciones de carácter preventivo, se pueden mencionar, entre otras:

- Proporcionar a los usuarios orientación e información sobre productos y servicios que ofrecen las instituciones financieras, niveles de atención de los mismos, así como de las instituciones financieras que presenten los niveles más altos de reclamaciones.
- Emitir recomendaciones a las instituciones financieras para alcanzar el cumplimiento de la LEY y de la CONDUSEF; revisar y proponer modificaciones a los contratos de adhesión y a los documentos que utilicen para informar a los usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados.

En cuanto a las funciones alternas de solución de conflictos, se tienen, entre otras, las siguientes:

- Realizar la gestión inmediata para tratar de lograr, de manera previa al procedimiento conciliatorio, resolver las diferencias entre los usuarios y las instituciones financieras.
- Desahogar el procedimiento conciliatorio entre los usuarios y las instituciones financieras.
- Llevar a cabo el procedimiento de arbitraje, ya sea en estricto derecho o en amigable composición.

- Proporcionar el servicio de defensoría legal gratuita a los usuarios frente a las instituciones financieras.
- Participar como interventor en los concursos mercantiles de las instituciones financieras.

▪ *Antecedentes de las funciones alternas de solución de conflictos*

Como se comentó, de entre las funciones que ha venido desempeñando la CONDUSEF para cumplir el objeto de la LEY, particularmente las concernientes a la solución de conflictos, se encuentran las relativas a la gestión inmediata, la conciliación y el arbitraje, así como la defensoría legal gratuita.

Sobre algunas de estas funciones es dable señalar que, en materia de seguros, las mismas no resultan novedosas para nuestra legislación, pues, desde el 31 de mayo de 1926, fecha en que se publicó en el DOF la Ley General de Sociedades de Seguros, se contemplaba el procedimiento arbitral ante la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, a través de una comisión arbitral facultada para citar a una junta de avenencia, recibir pruebas, alegatos de las partes y emitir la resolución correspondiente.

La Ley General de Instituciones de Seguros, publicada en el DOF el 31 de agosto de 1935, elimina la comisión arbitral antes citada y reconoce los procedimientos que se establecían en las pólizas para dirimir las controversias entre las aseguradoras y sus asegurados, en cuyo caso, se debía acudir ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) para que conociera de dichas controversias.

Posteriormente, el 31 de diciembre de 1953 se publicó en el DOF la reforma al artículo 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros, para que la entonces Comisión Nacional Seguros llevara a cabo no sólo el desahogo del procedimiento conciliatorio, sino también el procedimiento arbitral, en el cual el árbitro era precisamente dicha Comisión Nacional. De diciembre de 1963 a junio de 2007, se llevaron a cabo diversas modificaciones sustantivas a la Ley General de Instituciones de Seguros, de entre las que destacan: la modificación al nombre del ordenamiento legal que nos ocupa, para quedar como Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (como la conocemos hoy en día); la posibilidad de ordenar la constitución e inversión de las reservas técnicas para garantizar la cobertura real del seguro, y se estableció que el arbitraje podía ser en amigable composición o en estricto derecho;

Las diferentes reformas que se fueron dando al marco regulador en materia de seguros, respecto de la protección y defensa de los usuarios de estos servicios, tuvieron como propósito hacer más eficiente la aplicación de los medios alternos de solución de conflictos. Lo anterior, así como lo relacionado con los demás servicios financieros, se materializó con la promulgación de la LEY, ya

que en esta última, como se ha mencionado, se contienen los medios que se ofrecen a los usuarios de servicios financieros para solucionar las controversias: gestión inmediata, conciliación y arbitraje, como una vía de solución alterna a los procedimientos judiciales, además del servicio de defensoría legal gratuita que ofrece la CONDUSEF a los usuarios que lo requieran.

- *Competencia de la CONDUSEF y desarrollo de los medios alternos de solución de conflictos*

En términos de la LEY, la CONDUSEF es competente para conocer de los conflictos que se susciten entre usuarios e instituciones financieras. En este sentido, se debe considerar lo que el artículo 2º de la LEY establece en sus fracciones I y IV:

Artículo 2º. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

Fracción I.- Usuario, en singular o plural, la persona que contrata, utiliza o por cualquier otra causa tenga algún derecho frente a la Institución Financiera como resultado de la operación o servicio prestado.

Fracción IV.-Institución Financiera, en singular o plural, a las sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de cualesquiera de las Comisiones Nacionales para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los Usuarios.”

En ese orden de ideas, la CONDUSEF debe atender a toda aquella persona, física o moral, que contrata, utiliza o que, por cualquier otra causa, tiene un derecho respecto de una operación o servicio prestado por alguna institución financiera, entendiéndose por ésta a cualesquiera de las entidades que se mencionan en la fracción IV antes transcrita.

En relación con lo anterior, se estima conveniente precisar que, para que la CONDUSEF conozca del conflicto de que se trate, el mismo debe tener como consecuencia que se lesione algún derecho del usuario emanado de la operación o servicio que haya contratado con la institución financiera. En tal virtud, la CONDUSEF no podrá intervenir en aquellos casos en que, si bien puede existir un conflicto entre usuario e institución financiera, el mismo no tenga como resultado la afectación de algún derecho del primero.

Por lo que hace a las instituciones financieras, además de las entidades indicadas en la fracción IV del artículo 2º de la LEY, las sociedades financieras de objeto múltiple, previstas en el Capítulo II del Título Quinto de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, se encuentran igualmente sujetas a la LEY y, en consecuencia, la CONDUSEF puede intervenir en defensa y protección de los derechos e intereses del público usuario que contrate los servicios de tales sociedades.

En materia de seguros, es claro que, conforme al artículo 2º de la LEY, la CONDUSEF es competente para conocer de los conflictos que surjan entre las aseguradoras y sus asegurados.

El usuario, que se vea afectado en sus derechos con motivo del incumplimiento por parte de una institución o sociedad mutualista de seguros, tiene la posibilidad de presentar su reclamación ante la propia institución financiera, a través de la Unidad Especializada con que debe contar la misma, en términos del artículo 50 Bis de la LEY, y cuyo objeto es atender precisamente consultas y reclamaciones de los usuarios.

En el evento de que el usuario no reciba una respuesta en el plazo al efecto establecido en el citado precepto legal (treinta días hábiles) o en el supuesto de que la respuesta no sea positiva, el mismo usuario puede acudir a la CONDUSEF a presentar su reclamación, con lo cual se dará inicio al procedimiento conciliatorio entre el usuario y la institución financiera reclamada.

De conformidad con el artículo 59 Bis 1 de la LEY, de manera previa a que se dé inicio al citado procedimiento, la CONDUSEF puede realizar todas las acciones necesarias para tratar de resolver la controversia de que se trate, en cuyo caso gestionará ante la institución financiera el asunto materia de la controversia, a través de cualquier medio de comunicación, y le propondrá una solución concreta a fin de lograr un arreglo pronto entre las partes. A este mecanismo se le ha identificado como gestión inmediata, el cual implica que la reclamación del usuario aún no se presente de manera formal ante la CONDUSEF. De lograrse a través de este mecanismo un arreglo entre el usuario y la institución financiera, la CONDUSEF asentará en un acuerdo los compromisos adquiridos y, en su oportunidad, dejará constancia en el mismo que la institución financiera acreditó el cumplimiento a lo acordado. En caso contrario, el usuario puede presentar su reclamación en contra de la institución financiera ante la CONDUSEF en los términos antes precisados.

Recibida formalmente la reclamación, la CONDUSEF correrá traslado de la misma a la institución financiera y citará a las partes a una audiencia de conciliación. Asimismo, la CONDUSEF requerirá a la institución financiera para que rinda un informe, el cual deberá presentar a más tardar el día en que tenga lugar la audiencia de conciliación y en el que habrá de responder de manera razonada todos y cada uno de los hechos a que se refiera la reclamación. Es importante destacar que la reclamación debe presentarse dentro del término de dos años contados a partir de que se presente el hecho que le dio origen o, en



su caso, a partir de la negativa de la institución financiera a satisfacer las pretensiones del usuario.

Conviene recordar que el artículo 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro dispone que todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescribirán en dos años, contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen. De esta manera, resulta trascendente precisar el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción antes señalado, mismo que, entre otros supuestos, puede ser: la fecha en que el siniestro se haya verificado; la fecha en que se hayan nombrado peritos (en el caso del seguro de daños); la fecha en que la institución de seguros haya resuelto la improcedencia de la reclamación, cuando ésta se haya presentado ante la misma, o bien, la fecha en que se haya presentado la reclamación en contra de la institución financiera ante la CONDUSEF, en cuyo caso deberá formularse dentro de los dos años contados a partir del día en que la propia institución financiera haya rechazado la reclamación que se hubiera presentado ante ésta, en los términos antes mencionados.

Es importante señalar que la presentación de las reclamaciones por parte de los usuarios ante las unidades especializadas de las instituciones financieras tiene como efecto, en términos del artículo 50bis, fracción V, de la LEY, suspender la prescripción de las acciones legales a que hubiera lugar, en tanto que, de conformidad con el numeral 66 de la LEY, dicha prescripción se interrumpirá hasta que concluya el procedimiento conciliatorio, cuando las reclamaciones sean presentadas ante la CONDUSEF.

En el evento de que, una vez concluido el procedimiento conciliatorio, las partes lleguen a un acuerdo, el mismo se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante y será suscrito por ambas partes y la CONDUSEF. El convenio así suscrito tendrá fuerza de cosa juzgada y traerá aparejada ejecución.

Para el caso de que el usuario y la institución financiera no lleguen a un arreglo, la CONDUSEF las invitará para que, de común acuerdo, la designen como árbitro, o bien, a alguno o algunos de los árbitros que la propia Comisión les proponga, a efecto de resolver la controversia mediante juicio arbitral, ya sea de estricto derecho o en amigable composición. De no someterse al arbitraje, la CONDUSEF dejará a salvo los derechos de las partes para que los hagan valer ante los tribunales competentes.

En el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo, una vez concluido el procedimiento conciliatorio, la CONDUSEF ordenará a la institución financiera – en el caso particular de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros- constituir e invertir una reserva técnica específica para obligaciones pendientes de cumplir por la cantidad reclamada por el usuario. El monto de la reserva técnica no deberá exceder de la suma asegurada. Asimismo, el usuario tendrá derecho a solicitar a la CONDUSEF la emisión de un dictamen técnico, siempre que las partes no se sometan al procedimiento arbitral que la CONDUSEF haya

propuesto. El dictamen técnico contendrá la valoración técnico-jurídica de la CONDUSEF respecto de la procedencia de lo reclamado, con base en los elementos que obren en el expediente formado con motivo del procedimiento conciliatorio; documento que tiene como objetivo que el usuario pueda hacerlo valer ante los tribunales competentes, los cuales, en términos de la LEY, deberán tomarlo en cuenta en el procedimiento respectivo.

Finalmente, se tiene el servicio de defensoría legal gratuita, el cual consiste en la asistencia jurídica que la CONDUSEF otorga a los usuarios en tribunales para hacer valer sus derechos ante las instituciones financieras. Este servicio comprende desde la elaboración de la demanda hasta la ejecución de la sentencia que resulte favorable a los intereses del usuario. Con ese propósito, la CONDUSEF cuenta con un cuerpo de defensores que tienen como objetivo otorgar la asistencia jurídica en tribunales una vez acreditados diversos requisitos, primordialmente, que no disponen de los recursos necesarios para contratar a un defensor particular especialista en la materia.

La institución jurídica de la defensa legal gratuita, a los usuarios de servicios financieros, se suma a los esfuerzos que realiza el Estado de brindar asistencia jurídica en tribunales a quienes menos tienen, por medio de abogados especializados, buscando con ello un mayor equilibrio procesal frente a las instituciones financieras. El artículo 11, fracción V, de la LEY establece, dentro de las facultades de la CONDUSEF, prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los usuarios en controversias entre éstos y las instituciones financieras que se entablen ante los tribunales o se substancian mediante procedimientos arbitrales en los que la CONDUSEF no actúe como árbitro, con motivo de operaciones o servicios que los primeros hayan contratado. El artículo 22, fracción I, de la LEY establece que corresponde a la Junta de Gobierno de la CONDUSEF determinar y aprobar las Bases y Criterios conforme a los cuales la propia Comisión considere que debe brindar defensa legal gratuita a los usuarios. Así, las Bases y Criterios fueron aprobadas por el el 1 de agosto de 2001 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 2 de noviembre del 2001.

## **1.1 El defensor legal**

En términos del artículo 2º, fracción IX, de la LEY, por defensor se entiende, en singular o plural, a la persona empleada por la Comisión Nacional para brindar la orientación jurídica y defensa legal, en su caso, a los Usuarios.

El defensor al que se refiere la legislación mexicana es una figura totalmente distinta a la conocida como “defensor del asegurado” que se conoce en otras legislaciones pues, en el primer caso, como se desprende de la fracción IX del artículo 2º de la LEY, se trata de una persona empleada por la CONDUSEF para asistir jurídicamente a los usuarios en tribunales, mientras que la segunda de ellas, es un especialista dependiente de las aseguradoras para atender a sus clientes, brindándoles un servicio que consiste en proporcionarles una

opinión o emitir una resolución sobre la problemática planteada que si bien no es vinculativa para el asegurado, sí lo es para la aseguradora.

El defensor legal previsto en la LEY es el servidor público de la CONDUSEF encargado de brindar el servicio de defensa legal y debe reunir los siguientes requisitos legales:

1. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos;
2. Tener título de licenciado en derecho o su similar expedido por alguna de las instituciones de enseñanza superior reconocidas por la autoridad competente, con experiencia mínima profesional de 3 años en materia procesal;
3. Ser de acreditada solvencia moral;
4. Que no hayan sido inhabilitados para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del servicio público, para lo cual se hará la consulta de antecedentes ante la Secretaría de la Función Pública;
5. Ser asignado como defensor por la Dirección General de Defensoría e Interventoría de la CONDUSEF o las Delegaciones de la misma Comisión.

Los defensores, artículo 91 de la LEY, durante el tiempo que desempeñen dicho cargo, no pueden dedicarse al libre ejercicio de la profesión, salvo que se trate de actividades docentes. Se busca en todo momento que el defensor atienda adecuadamente las funciones que le son encomendadas por la LEY, a fin de salvaguardar en todo momento los intereses y derechos de los usuarios.

La defensa legal se proporciona en los siguientes términos, de acuerdo con las Bases y Criterios:

1. El desempeño del defensor legal es gratuito, corren a cargo del usuario los gastos que origine el juicio y las costas, en caso de serle adversa la resolución jurisdiccional;
2. El usuario promueve ante los tribunales por su propio derecho y autoriza al defensor exclusivamente para oír y recibir notificaciones e imponerse de autos;
3. El domicilio para recibir notificaciones durante el procedimiento es el del propio usuario;
4. El usuario debe proporcionar al defensor legal todos los documentos que le sean notificados con motivo del procedimiento a más tardar al día hábil siguiente en que le sean notificados, de los que el defensor acusa recibo;
5. Artículo 89 de la LEY y artículo 27 fracción V de las Bases y Criterios, el usuario deberá de acudir al llamado que por cualquier medio le efectuó el defensor asignado, durante la secuela del procedimiento judicial, para proporcionar la documentación e información que se requiera, así como

para firmar las promociones correspondientes a que haya lugar, dejando constancia de ello en el expediente respectivo.

De conformidad con el artículo 90 de la LEY, los defensores tienen las siguientes obligaciones:

1. Desempeñar y prestar los servicios de orientación jurídica y defensoría legal, con la mayor atingencia y profesionalismo en beneficio de los Usuarios;
2. Hacer uso de todos los medios a su alcance, de acuerdo con la legislación vigente, para lograr una exitosa defensa de los Usuarios;
3. Interponer todos los medios de defensa que la legislación vigente le permita en aras de la defensa de los Usuarios;
4. Ofrecer todas las pruebas que el Usuario le haya proporcionado, así como aquéllas que el propio Defensor allegue, a fin de velar por los intereses de los Usuarios;
5. Llevar un registro y expediente de todos y cada uno de los casos que le sean asignados;
6. Rendir mensualmente, dentro de los primeros cinco días hábiles, un informe de las labores efectuadas en el mes próximo anterior correspondiente, en el que se consignen los aspectos más relevantes de cada caso bajo su responsabilidad, así como el estado que guardan los mismo, y
7. En general, llevar a cabo todas aquellas acciones que coadyuven a la mejor orientación jurídica y defensa legal de los Usuarios.

## **1.2 Procedencia de la defensa legal gratuita**

La defensa legal procede a solicitud expresa del usuario. Se debe señalar que, con independencia de los requisitos que deben cumplirse para que se brinde este servicio, no es indispensable que el usuario haya presentado previamente ante la CONDUSEF reclamación alguna en contra de la institución financiera que pretenda demandarse.

En situaciones ordinarias, la defensa legal procede cuando concurren necesariamente los dos supuestos que a continuación se señalan:

*1.- ASPECTO ECONÓMICO:* Cuando se trate de personas que no cuenten con los medios económicos suficientes para contratar la prestación de los servicios profesionales de un abogado especialista en materia financiera.

*2.- ASPECTO LEGAL:* Cuando del análisis de la problemática planteada se adviertan elementos suficientes que permitan presumir que la reclamación es procedente.

En casos extraordinarios se proporciona el servicio de defensoría legal gratuita cuando los intereses del usuario corran peligro inminente de ser lesionados

irreversiblemente (verbigracia, cuando el usuario sea demandado por la institución financiera), en cuyo caso la CONDUSEF brindará la defensoría legal sin mayor trámite.

El servicio de defensoría legal se presta preferentemente a:

1. Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;
2. Los trabajadores jubilados o pensionados, así como a sus cónyuges;
3. Las personas con discapacidad física o enfermedad terminal;
4. Los trabajadores eventuales o subempleados;
5. Las personas que por cualquier razón económica o social tengan la necesidad de dicho servicio.
6. En general, los casos en que la controversia planteada por el usuario sea del interés de la CONDUSEF por el debido ejercicio de las facultades que la LEY le confiere.
7. Las personas adultas mayores (artículo 5º fracción I, f de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores).

### **1.3 Improcedencia de la defensa legal gratuita**

La improcedencia de la defensa legal gratuita se decretará:

1. En aquellos casos en que el usuario haya sido o sea parte de un procedimiento arbitral ante la Comisión.
2. Cuando el usuario no reúna los requisitos de procedencia económica.
3. Cuando se estime que sus pretensiones son jurídicamente improcedentes.

### **1.4 Causales para la revocación del servicio de defensoría legal**

Procederá la revocación de la defensoría legal cuando el usuario pretenda que los defensores concurren al órgano jurisdiccional de que se trate con representantes legales o asesores particulares; o bien, cuando el usuario proporcione datos falsos de su situación legal o económica; cometa actos de violencia, amenazas o injurias en contra del personal de la CONDUSEF y cuando el usuario manifieste su deseo de que la propia Comisión deje de prestar el servicio de defensoría legal.

También procede la revocación de la defensoría legal cuando el usuario no aporte los elementos solicitados por el defensor legal para llevar a cabo el procedimiento correspondiente o cuando el usuario omita presentarse a las oficinas de la CONDUSEF, no obstante los requerimientos que para tal efecto se le hagan y, si transcurridos 90 días desde la última comunicación con el usuario, éste no se haga conocedor del estado que guarda su asunto.

De igual manera se revocará la defensoría cuando el usuario u otra persona

que mantenga con él una relación de parentesco o afecto, cometan actos de violencia, amenaza o injurias en contra del personal de la CONDUSEF.

### *Competencia y vía procesal*

La competencia en los asuntos de carácter mercantil es concurrente en términos del artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que pueden conocer de este tipo de juicios las autoridades del fuero común (tribunales locales) o del fuero federal (tribunales federales, juzgados de distrito en materia civil).

De igual forma, la competencia puede determinarse por el monto principal del negocio, pudiendo existir en las diversas entidades de la República Mexicana juzgados que conozcan de asuntos de menor cuantía y ante ellos deberán promoverse cierto tipo de juicios.

Por otra parte, conforme al Art. 75 fracción XVI, en relación con el 1,049, ambos del Código de Comercio, las controversias que se deriven de los actos de comercio, como lo es el contrato de seguro, se ventilarán en la vía ordinaria mercantil

La vía procesal por la que se promueve en la generalidad de los juicios en los que se presta el servicio de defensoría legal por parte de la CONDUSEF es a través del juicio ordinario mercantil previsto en el Código de Comercio.

Es de mencionar que, en los casos en los que se haya condenado a la aseguradora a cumplir con lo pactado con el usuario y siempre y cuando la sentencia contenga cantidad líquida y exigible, el Juez correspondiente, transcurrido el término de 72 horas para acreditar el cumplimiento sin que se haya realizado el pago, ordenará girar oficio a la CONDUSEF a efecto de que proceda al remate de valores en términos del artículo 136 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

## **1.6 Casos de seguros con mayor incidencia**

Los casos de seguros que son motivo de mayores inconformidades por los usuarios ante CONDUSEF son los siguientes:

- Seguro de vida: omisiones e inexactas declaraciones; preexistencia; periodo de disputabilidad; interpretación del padecimiento excluido y pago de prima.
- Seguro de gastos médicos mayores: omisiones e inexactas declaraciones; preexistencia; período de disputabilidad; interpretación del padecimiento excluido; pago de prima.
- Seguro de automóviles: falta de pago de prima; falsedad de declaraciones; falta de exhibición de la factura original; falta de exhibición de licencia de

conducir vigente; agravación del riesgo; Indebida reparación de daños; monto a indemnizar (valor comercial o suma asegurada pactada); datos de identificación de la unidad asegurada; daños a terceros.

Por diferencias en la información establecida en la carátula de la póliza con el contenido de las condiciones generales.

- Seguro de retiro: años de servicio y tiempos de cotización
- Seguro agrícola: daños originados por el riesgo asegurado
- Seguro de desempleo: seguro de desempleo e invalidez total y permanente; seguro de desempleo ligado con créditos hipotecarios y por no cumplir con los requisitos de elegibilidad.

## **2. CONCLUSIONES**

La protección y defensa de los intereses y derechos de los usuarios de servicios financieros contribuye, sin duda alguna, al desarrollo de un sano sistema financiero mexicano, incluido en éste las instituciones y sociedades mutualistas de seguros. Por un lado, la protección de los usuarios de servicios financieros se da no solamente través de los medios alternos de solución de conflictos, sino también por medio de información clara y oportuna de dichos servicios, así como de los intermediarios que prestan los mismos. En la medida que los usuarios estén mejor informados, mejores decisiones podrán tomar en la contratación y utilización de los servicios financieros.

Ahora bien, en caso de desavenencia, es pertinente agotar los medios alternos de solución de conflictos con que cuenta la CONDUSEF. Ello, en razón de que, si se cuenta con la voluntad de los usuarios y, particularmente, de las instituciones financieras, el conflicto de que se trate se resolverá en menor tiempo con los beneficios siguientes: i) Las instituciones tienen la posibilidad de conservar a sus clientes al no exponerlos a procedimientos prolongados y de confrontación; y ii) como consecuencia de lo anterior, se logra un ahorro considerable de recursos para ambas partes, lo que también se traduce en una economía para los entes públicos. No obstante lo anterior, en caso de que sea necesario, con el propósito de lograr un adecuado equilibrio entre institución financiera y usuario, la CONDUSEF brindará a este último el servicio de defensoría legal gratuita, de conformidad con los términos y condiciones previstos en la LEY, así como en las Bases y Criterios.

El gran reto que hoy enfrenta la CONDUSEF es convertirse en un instrumento capaz de lograr que las instituciones financieras y las autoridades pongan al usuario como eje rector de su quehacer, dando así un vuelco a la visión tradicional del cliente como último eslabón de la cadena ubicándolo en el mismo nivel de prioridad.





**Ponencia 6**  
**LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN EL SEGURO Y LA BUENA FE**

**Oswaldo Contreras Strauch**  
Sección Chilena de AIDA  
Profesor de Derecho Comercial (UDP)  
Presidente del CILA

SUMARIO

1. Generalidades sobre los conflictos de interés y la buena fe. 2. Consideraciones generales sobre los conflictos de interés en la actividad aseguradora. 3. Conflictos de intereses entre el asegurado y el asegurador. 4. Conflictos de intereses entre el asegurador y los reaseguradores. 5. Conflictos de intereses entre los corredores de seguros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores. 6. Conflictos de interés entre los liquidadores de siniestros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores. 7. Conflictos de intereses entre los asegurados y los aseguradores que surgen de la indemnización misma.

**1. GENERALIDADES DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS Y LA BUENA FE**

Un tema de gran relevancia jurídica y, por qué no decirlo, también económica y ética, es el de los conflictos de intereses que se suscitan a propósito de la celebración y la ejecución de los contratos, sobre todo en aquéllos que revisten la característica de ser contratos de tracto sucesivo, como la sociedad y el seguro, y también, en general, aquellos en los que juega un papel preponderante la confianza entre las partes, como, además de los citados, el mandato. Normalmente, dichos conflictos han dado lugar a normas específicas en el caso del mandato, y a extensas reglamentaciones legales en el caso de las sociedades anónimas, aun cuando ellos se presentan en todas las demás sociedades, cuya normativa también contiene, desde antiguo, disposiciones que regulan el tema. Sin embargo, los principios contenidos en esas reglamentaciones también estaban presentes en normas de carácter civil vigentes en Chile desde hace más de 150 años, de manera que, aun cuando no haya una norma específica que rijan estas cuestiones, serán los mismos principios que se encuentran inmersos en nuestra legislación común, los encargados de resolver la cuestión.

Por otra parte, es interesante comprobar la poca aplicación práctica que han recibido los principios del derecho común cuando se trata de resolver cuestiones jurídicas de contenido económico. Pareciera como si estas materias estuvieran al margen de la ciencia jurídica, al punto que es común escuchar

sostener que nuestra legislación es incompleta, anticuada o que no se ha acomodado a la realidad imperante en el mundo de los negocios. Ello no es verdad, porque lo que en realidad ocurre es que no se han aplicado las normas pertinentes del derecho común. La legislación parece más anticuada e incompleta de lo que verdaderamente es, porque las instituciones que le dan flexibilidad al derecho no han sido utilizadas, porque ha sido muy fuerte la idea de que, “en materias económicas, se debiera contar con una suerte de manual de conductas indeseadas, al cual se pudiera recurrir en caso de apuro. En fin, porque se ha debilitado la confianza en el derecho civil y comercial, creyendo que sus normas son meras abstracciones carentes de contenido práctico, cuando, si son abstractas, lo son para ser aplicadas a cualquier realidad, y no para que sean enseñadas sólo a iniciados en el estudio del derecho”.<sup>453</sup>

Se dice, y con razón, que el Derecho es una ciencia fácil de aprender, pero difícil de aplicar. Es difícil porque ella sólo nos entrega herramientas para enfrentar la solución que cada caso requiere, de modo que la tarea verdaderamente importante es aplicarlas a cada caso en busca de soluciones concretas. Es en esa tarea donde el derecho se convierte en una ciencia viva, activa, plenamente útil. Y a veces, se necesita combinar herramientas de distintas disciplinas, porque la aplicación del derecho, siempre, demanda un esfuerzo de imaginación y creatividad.

Desde luego, hay que partir por tener presente que el conflicto de intereses es, la mayor parte de las veces inevitable, y además, que no siempre conduce a resultados dañosos o contraproducentes. Solo se arriba a tal resultado cuando una de las partes no está defendida adecuadamente, cuando hay un evidente desequilibrio entre su poder de negociación, o es víctima de la conducta desleal, contraria a la buena fe, de la contraria. Conforme a lo dicho por Alessandri, el contrato es “el resultado del choque de intereses opuestos que terminan por armonizarse en vista de una determinada finalidad económica perseguida por cada parte”<sup>454</sup>

En la legislación anglosajona se coloca como base para determinar el valor de una cosa o servicio en un mercado justo, el que proviene de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés. Sin embargo, en el caso de los contratos en que intervienen personas jurídicas relacionadas, el choque de intereses es solo aparente, porque, en la realidad, una misma persona o grupo de personas tienen la administración o influyen sustancialmente en la administración de las sociedades que intervienen en el acto jurídico y, por ende, pueden disponer de intereses que son opuestos y concluir en el resultado de contratos que son lesivos para la contraparte o para terceros.

---

<sup>453</sup> Alberto Lyon P. Texto de conferencia dada en relación al tema en la Universidad Diego Portales, pero sólo en relación a la normativa aplicable a las sociedades.

<sup>454</sup> Alessandri Arturo. “La Autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, pag 5.

Un resultado injusto similar se produce cuando, en pos de un interés propio, se actúa con prescindencia de la necesaria lealtad de los intereses de las demás personas involucradas.

En nuestro país, el tema ha sido tratado originalmente por la doctrina cuando se analiza la admisibilidad y la legitimidad de los actos o contratos consigo mismo o la autocontratación. Al respecto, se ha dicho<sup>455</sup> que “si el autocontrato suscita un conflicto o oposición de intereses, si su realización puede acarrear un perjuicio para el representado, si, por su naturaleza o importancia, hace posible el temor de que el representante sacrifique su deber a su propio interés, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, no vacila en declararlo inadmisibles, aun a falta de texto expreso”<sup>456</sup>.

Así lo piensa también Stitckin<sup>457</sup> que dice que el “acto jurídico consigo mismo es inadmisibles cuando la ley lo prohíbe o cuando suscita un conflicto de intereses”.

Sin embargo, la legislación chilena no contiene ninguna disposición que reglamente globalmente, de modo general, en su conjunto, ni la autocontratación ni los actos jurídicos celebrados existiendo un conflicto de intereses. Contiene, eso sí, numerosas disposiciones que reflejan el principio expuesto precedentemente, siendo del caso citar, las que contienen los artículos 412, 1796, 1799, 1800, 2144, 2145 del Código Civil. También lo tratan, normas del Código de Comercio que se refieren a los corredores, al comisionista, al mandato de los factores y dependientes y a la sociedad: se trata de los artículos 57, 271, 331 y 404, respectivamente.

No obstante la ausencia de una norma expresa de carácter general, Alessandri sostiene que el fundamento de la inadmisibilidad “de los actos o contratos celebrados con conflicto de intereses debe encontrarse en los preceptos prohibitivos sobre la materia citados precedentemente, porque si bien son excepcionales y no pueden aplicarse por analogía fuera de los casos que contemplan, dada la ausencia de una reglamentación general sobre esta materia, pensamos –dice- que los jueces, obligados como están a fallar los procesos sometidos a su conocimiento aún a falta de ley que resuelva el punto debatido, pueden decidir que el autocontrato es inadmisibles en todos aquellos casos que, aunque no contemplados especialmente por la ley, ofrecen los mismos peligros que el legislador quiso evitar en los que reglamentó de un modo concreto. Es el criterio observado por la jurisprudencia francesa y aprobado por gran parte de la doctrina”<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> Véase. Hupka, Josef “La representación voluntaria en los actos jurídicos”, Madrid, Librería General Victoriano Suarez, 1939

<sup>456</sup> Hupka, Idem. Pag 12. Ver nota al pie de página número dos del autor.

<sup>457</sup> Stitckin David, “El Mandato Civil”, Editorial Jurídica de Chile, 1975, página 296.

<sup>458</sup> Alessandri Arturo, obra citada, página 30.

En una situación parecida a la que se encuentran los casos expuestos de conflicto de intereses en las sociedades, el artículo 2144 del Código Civil impide al mandatario, “por sí o por interpuesta persona” comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender o vender de lo suyo al mandante lo que a este le ha ordenado comprar, lo que significa que el mandatario “no puede celebrar esta compraventa ni bajo la forma de autocontrato ni valiéndose de un delegado o comanditario suyo ni de cualquier otro medio”<sup>459</sup>. Este otro medio podría estar constituido por la utilización de la forma de una persona jurídica en la que el representante es socio, es su mandatario o influye directamente en su administración.

De aquellas contenidas en nuestra legislación, la norma que refleja de un modo más claro la intención del legislador respecto al conflicto de intereses es la del *artículo 271 del Código de Comercio* que expresa: “*Se prohíbe al comisionista salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia o ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles*”.

También refleja ese criterio el Art 331 del mismo Código, que expresa: “*Se prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de sus comitentes, a menos que fueren expresamente autorizados para ello*”.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, siempre estará presente, además, el *artículo 1546 del Código Civil*, pues cualquiera que sea la naturaleza del conflicto, las obligaciones y derechos que emanan del contrato deben cumplirse y ejercerse, respectivamente, de *buena fe*, lo que por su naturaleza se opone, obviamente, a la obtención de cualquier ventaja económica por una parte que se encuentra en situación de sacrificar el interés de otra en beneficio del suyo propio.

## **2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA**

En la actividad y comercio de seguros se mueven grandes cantidades de dinero por concepto de primas, inversiones de capital y reservas, reaseguros, comisiones de corredores de seguros y reaseguros, honorarios de liquidadores, peritos y abogados, pago de gastos y costas de defensas judiciales, indemnización de siniestros en dinero, pago de las reparaciones de bienes asegurados dañados por un siniestro, pago del costo de reemplazo de dichos bienes cuando se opta por dicha alternativa, etc.

---

<sup>459</sup> Alessandri, obra citada, página 48. En el mismo sentido Demogue citado por Alessandri.

Cada una de dichos ítemes de gastos refleja la existencia de un interés económico, que puede, y de hecho casi siempre, colisiona con el interés económico de otros.

Por otra parte hay que considerar que, mientras mas dependa una de las partes de cualquier contrato, de la buena fe de su contraparte, mayores serán las posibilidades de que el conflicto de intereses se traduzca en una desproporción entre las expectativas en el contrato y la realidad de su ejecución. El contrato de seguro es uno de aquellos.

Es por ello que en la doctrina sobre el contrato de seguro ha sido elevada a la categoría de uno de sus principios más importantes y universalmente reconocido, el de la máxima buena fe. Este principio se manifiesta con la expresión latina “uberrima bona fides” y en inglés, cuna del seguro contemporáneo, bajo el nombre de “utmost good faith”.

La máxima buena fe es un principio que aparece en cualquier contrato de seguro, de cualquier tipo que este sea, y significa que el contrato debe ser celebrado y ejecutado por las partes con el máximo de honradez contractual.

Pudiéramos decir que la buena fe constituye la rectitud de intención, la honorabilidad comercial, la actitud consistente en desenvolverse en el ámbito del contrato sin el propósito de perjudicar a la contraparte.

Es verdad que el principio de la buena fe preside la celebración y ejecución de todos los contratos y no solo del seguro, y además, que está contemplado con caracteres generales en nuestra legislación, principalmente en la norma ya citada del artículo 1546 del Código Civil. Pero en el seguro la aplicación de este principio reviste la máxima importancia, por el hecho de que el asegurador protege el interés del asegurado sobre la base de creer en lo que éste le ha expresado sobre la naturaleza y características de la cosa asegurada y la magnitud del riesgo que le afecta, y a su vez, el asegurado contrata el seguro en el entendido de que el asegurador honrará la palabra empeñada de cubrir los riesgos que el ha querido amparar, que están especificados en el contrato<sup>460</sup>.

La primera aplicación práctica que se da, tanto en la ley como en la práctica, está en los deberes relativos a la información del riesgo. De este modo, el asegurado no puede, por ejemplo, al llenar una propuesta de seguro, ocultar un hecho o característica esencial que pueda influir en el ánimo del asegurador, al decidir si le conviene aceptar o denegar el riesgo que se le propone.

Si es un hecho esencial y conocido; si debe ser revelado por el proponente o si no puede excusarse de no haberlo revelado, son todos puntos que deben ser

---

<sup>460</sup>En relación al asegurador, la aplicación de éste principio lo obliga a actuar con extrema cautela en la publicidad y propaganda que utilice.

resueltos de acuerdo a normas jurídicas concebidas en aplicación práctica del principio de la buena fe, reflexionando en cada caso sobre si una persona razonable, prudente y honrada hubiese considerado esencial o no declarar tal hecho.

Por su parte las compañías aseguradoras no pueden aceptar un seguro si es evidente que no podrá exigirse su cumplimiento; ni tampoco emitir la póliza en términos ambiguos, ni hacer informaciones inciertas o inductivas a error en las negociaciones con el proponente.

A nuestro juicio, el principio de la buena fe en el seguro, no corresponde a las conductas que se encasillan de acuerdo a los parámetros normales sobre la culpa que contempla nuestra legislación. No se trata entonces de obrar respondiendo de la culpa leve; es más que eso. Pero tampoco obliga a las partes a obrar bajo los parámetros de la culpa levísima; no es tanto como eso. Se trata, esencialmente, de conceptos diferentes.

El principio de la máxima buena fe, es de la más común aplicación en el ramo y está consagrado en numerosas disposiciones legales, reglamentarias y contractuales que analizaremos en cada caso, con posterioridad.

La buena fe está estrechamente ligada con otro principio de gran relevancia en el seguro: el principio de indemnización. Si bien este principio tiene plena aplicación en los seguros de daños, está presente también, directa o indirectamente en todo tipo de seguros. Como se sabe, la más importante de las clasificaciones del seguro es aquella que distingue entre seguros de daños y seguros de personas y subdivide a los primeros en seguros de daños reales y en seguros patrimoniales.

Nuestro Código trata este principio en su artículo 517, señalando que el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede constituir para el asegurado motivo de ganancias.

Esa, la de que el seguro no puede servir a los efectos de permitir al asegurado obtener una ganancia, es la esencia del principio de indemnización que, como expresamos, se aplica principal pero no únicamente al seguro de daños.<sup>461</sup>

En los seguros de daños el principio de indemnización tiene una finalidad primordial, de orden público, porque el seguro no puede permitir al asegurado otra cosa que obtener el resarcimiento del siniestro, en términos de quedar, como máximo, en la misma situación que se encontraba antes de que éste ocurriera. No puede obtener ganancias a través de él. Eso, por lo demás, es el significado del concepto indemnizar: dejar a la persona del asegurado, económicamente, se entiende, tal y como se encontraba antes del siniestro, es decir "indemne". De hecho, se podrá advertir fácilmente que si el asegurado

---

<sup>461</sup>Vid. Mark R. Greene, "Riesgo y Seguro", Editorial Mapfre, 3era Edición, Madrid 1979., Pag. 255.

podiera obtener legalmente una ganancia a través del seguro y el siniestro, el asegurado sería el principal interesado en que el siniestro ocurriera.

Pero esta situación perfecta, que persiguen las normas legales que consagran estos principios, no se da siempre en la práctica y por lo tanto, corresponde en este trabajo analizar los múltiples focos de colisión entre los intereses que se dan en el contrato de seguro, que en último término encuentran su origen en el deseo de obtener la mayor ventaja económica posible, el lucro, aunque sea a costa de pasar por encima del principio de la buena fe.

En efecto, los conflictos de intereses se presentan, poniendo en jaque a la buena fe, en prácticamente todas las relaciones contractuales, la intermediación y las funciones complementarias del seguro, a saber:

- a) Conflictos de intereses entre el asegurado y el asegurador.
- b) Conflictos de intereses entre el asegurador y los reaseguradores.
- c) Conflictos de intereses entre los corredores de seguros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores.
- d) Conflictos de interés entre los liquidadores de siniestros, los asegurados, los aseguradores y los reaseguradores.
- e) Conflictos de intereses entre los asegurados, los aseguradores, los proveedores de bienes de reemplazo y, en general, los reparadores de siniestros.

Nos referiremos a cada uno de estos focos o fuentes de conflicto de intereses en los párrafos que siguen.

### **3. CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE EL ASEGURADO Y EL ASEGURADOR**

Los conflictos entre el asegurado y su asegurador derivan de su situación absolutamente contrapuesta, desde que por naturaleza el contrato que los vincula es aleatorio.

En el seguro, como en todos los contratos aleatorios no existe equivalencia material entre las prestaciones, desde que una de las partes (el asegurador) puede estar obligado en caso de siniestro a pagar una gran suma de dinero, por ejemplo, el valor actual de un buque que zozobra, en tanto que el asegurado sólo tiene que pagar la prima, que siempre representa una fracción muy pequeña del monto asegurado.

Pero por otra parte, el asegurado, si no sufre siniestros, podrá estar pagando prima por espacios de tiempo muy prolongados, sin advertir de un modo tangible ninguna contraprestación, porque en este caso ella será de carácter inmaterial: la cobertura, su salvaguarda y liberación de las consecuencias económicamente dañosas que le pueda acarrear un siniestro.

Desde otro punto de vista, el conflicto de intereses se traduce en que el asegurador querrá siempre obtener la máxima cobertura, al menor precio posible y el asegurado exactamente lo contrario: cubrir lo menos posible, al mayor precio (prima) que pueda cobrar dentro de los márgenes que permita la competencia.

De lo anterior se deriva la consecuencia de que el asegurado tenderá a presentar el objeto del seguro en la forma menos riesgosa posible para el asegurador, porque tiene conciencia o al menos presente que mientras mas alto sea el riesgo y/o el monto a pagar por el asegurador en caso de siniestro, mas caro le costará el seguro,

A la inversa, el asegurador querrá estar absoluta y cabalmente informado de los riesgos y del verdadero valor a cubrir, para poder así cobrar la prima mas alta posible, pero sobre todo, para evaluar adecuadamente la conveniencia o la inconveniencia, en definitiva, la verdadera dimensión del riesgo que va a asumir si emite la póliza. A su vez, el interés propio del asegurador lo llevará a acotar el riesgo mediante deducibles, delimitaciones, exclusiones y “garantías”. Su actuación debe también encuadrarse dentro de los límites que impone la buena fe, de modo que al obrar así, tiene que preocuparse que el asegurado entienda cabalmente la verdadera extensión de la cobertura que ha contratado.

Examinaremos cada uno de estos aspectos, a continuación:

### **3.1 El deber de información del asegurado al contratar el seguro y cuando se produce una agravación posterior de los riesgos**

- *El deber de información al contratar*

Corresponde al asegurado proporcionar a la compañía aseguradora un conocimiento acertado de los riesgos que ésta va a asumir por el contrato de seguro. En efecto, la esencia del contrato de seguro consiste en la circunstancia de que el asegurado transfiere al asegurador uno o más riesgos concretos, por un precio determinado.

Esos riesgos han sido delimitados e individualizados específicamente en la póliza, de acuerdo a lo expresado en el número precedente, con la intención de que el asegurador esté en situación de poder conocerlos. Esta evaluación le permite al asegurador, también, determinar la prima a cobrar por la cobertura respectiva. El conocimiento de estos factores depende casi en forma exclusiva, de las informaciones que el proponente del seguro le proporciona al asegurador.

El número 9º del Art. 516 del Código de Comercio señala que la póliza debe contener la enunciación de todas las circunstancias que puedan suministrar al asegurador un conocimiento completo y exacto de los riesgos. Por su parte, en el N° 1 del Art. 556, el mismo Código establece que una de las obligaciones



esenciales del asegurado es la de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.

El Art. 579, referido al seguro de incendio, hace de los principios más arriba enunciados una aplicación más explícita, estableciendo que en la póliza debe indicarse la situación de los inmuebles asegurados, su destino y uso, el destino y uso de los inmuebles colindantes, y los lugares en que se encuentran depositados los objetos muebles materia del seguro, en cuanto estos datos pueden influir en la estimación de los riesgos.

Tan importante es el cumplimiento por el asegurado, de esta obligación de informar completa y sinceramente todas las circunstancias que el asegurador necesita poseer para evaluar acertadamente el estado del riesgo, que su infracción está sancionada con la anulación del contrato según lo previene el Art. 557 N° 1 del Código de Comercio, el cual señala que el seguro se rescinde tanto si el asegurado suministra informaciones falsas, como si ellas son meramente erróneas y también en el caso de simples reticencias que se hayan traducido en la consecuencia de que el asegurador no haya logrado evaluar acertadamente los riesgos que asume. Es dable suponer también, que por la mera reticencia del asegurado en informar, un asegurador puede llegar al convencimiento de una realidad distinta a la efectiva, como por ejemplo si un asegurado que propone la contratación de un seguro de incendio para su propiedad, omite señalar que dentro de ella almacena habitualmente combustibles u otros tipos de sustancias inflamables.

Se entiende por reticencia la omisión de información, la retención o falta de revelación de datos, antecedentes y circunstancias que son útiles a la contraparte para formarse una idea completa y veraz, de las características del objeto de la contratación, en el caso particular del seguro, del riesgo que se pretende cubrir con la póliza.

La infracción a esta obligación puede conducir no solo a la anulación del contrato ya aludida, sino que además autorizaría, a la compañía aseguradora, eventualmente, para perseguir responsabilidades penales que pudieran estar envueltas. En efecto, el Art. 470 N° 6 del Código Penal, ya mencionado, sanciona con la penalidad de la estafa al que con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebre dolosamente contratos aleatorios basados en dichos datos o antecedentes.

Respecto de la nulidad, es necesario señalar que la regla del Art. 557 N° 1 del Código de Comercio, es más severa que la que contiene el Art. 1.458 del Código Civil sobre la misma materia, toda vez que, conforme a las disposiciones civiles, solo el llamado dolo principal vicia el consentimiento, en tanto que conforme al Art. 557 N° 1 el seguro se anula en todos aquellos casos en que, por dolo o simple error, el asegurador asume una idea equivocada sobre la entidad de los riesgos.

En materia civil, por lo demás, la mera reticencia no importa dolo, en tanto que en el seguro la reticencia vicia el consentimiento del asegurador y puede llegar a ser considerada una forma de dolo, si es conciente e intencional.

En todos estos casos y conforme al Art. 558 del Código de Comercio, pronunciada la nulidad del seguro por dolo o fraude del asegurado, el asegurador puede demandar el pago de la prima, si esta no hubiere sido cancelada, o retenerla, todo aunque no hubiere corrido riesgo alguno y sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran proceder.

Cabe advertir que, con el objeto de facilitar la tarea del asegurado en orden a describir los riesgos, se hace cada vez más común la práctica de que los aseguradores les proporcionan al proponente formularios diseñados por las compañías aseguradoras, que éste debe llenar, de modo que al ir contestando preguntas precisas, va proporcionando al asegurador la información sobre el riesgo que éste necesita. En este caso, entonces, el asegurado cumple con su obligación de informar contestando las preguntas con veracidad ni reticencias.

Resulta evidente que el asegurador debe incluir en los cuestionarios las preguntas pertinentes a describir adecuadamente el riesgo, en forma precisa y clara, que no creen vacíos, dudas ni confusión, porque cualquier carencia o insuficiencia de las preguntas incluidas en el cuestionario, o las dificultades que para su cabal entendimiento por el asegurado ocasione su redacción deficiente, irán en perjuicio de la Compañía que preparó y redactó el formulario.

Ello no libera al asegurado, sin embargo, de su deber de informar al asegurador un aspecto de evidente relevancia y gravedad, que razonable y evidentemente sea necesario que aquél conozca previamente para adoptar la decisión de aceptar o rechazar el riesgo, aunque no figure específicamente en las preguntas del cuestionario.

- *En caso de agravación de los riesgos*

La esencia del contrato de seguro consiste en que el asegurador asume uno o más riesgos concretos, por un precio determinado.

Esos riesgos han sido delimitados e individualizados específicamente antes de contratar, con la intención de que el asegurador esté en situación de poder conocer todos los factores que le permitan una evaluación de la verdadera magnitud de los peligros que encierra el riesgo asumido. Esta evaluación le permite, asimismo, determinar la prima a cobrar por el seguro.

El conocimiento de estos factores depende de las informaciones que el proponente del seguro le proporcione al asegurador y es obligación del asegurado proporcionar a la compañía aseguradora un conocimiento preciso y acabado de los riesgos. En efecto, según se ha expresado, el N° 1 del artículo 556 del Código de Comercio establece que una de las obligaciones esenciales

del asegurado es la de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos.

El incremento en la magnitud de un riesgo, después de que este ha sido transferido a una compañía aseguradora por obra de un contrato de seguro, se denomina agravación del riesgo.

Es de toda lógica que si el asegurador ha asumido determinados riesgos exactamente ponderados, individualizados y especificados, conforme a lo precedentemente expuesto, la magnitud del riesgo no puede ser aumentada durante la vigencia del contrato sin conocimiento ni autorización expresa suya y sin que dicha variación o aumento de los riesgos tenga consecuencias jurídicas, si no lo conoce o no lo ha autorizado. Sobre esta materia se presentan dos situaciones: las agravaciones de riesgo que son obra del propio asegurado y las agravaciones de riesgo que son obra de terceros o provenientes de otras circunstancias, incluso accidentales o de fuerza mayor.

Al efecto el Art. 538 del Código de Comercio prescribe que el asegurado no puede variar *por sí solo* el lugar del riesgo ni otra cualquiera de las circunstancias que se hayan tenido en vista para estimarlo, agregando en su inciso segundo, que si esta variación extendiere o agravare los riesgos y no ha sido consentida por el asegurador, el seguro puede ser anulado.

Paralelamente, el número tercero del Art. 556 del Código impone al asegurado la obligación esencial de emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro, en tanto que el Art. 557 sanciona con la "rescisión" la inobservancia de esta obligación por parte del asegurado.<sup>462</sup>

Resulta obvio que, si la agravación de los riesgos es obra de un acto del propio asegurado, éste está en la obligación, conforme a las disposiciones más arriba señaladas, de poner inmediatamente esta situación en conocimiento de la compañía aseguradora.

Si la agravación del riesgo ocurre como *consecuencia de actos de terceros o de otras circunstancias*, la obligación del asegurado consiste en poner en conocimiento de la Compañía aseguradora dichos hechos, tan pronto lleguen a su conocimiento. Ello porque resulta evidente que para el asegurador es importante conocer todas las agravaciones de riesgo, provengan o no de actos del propio asegurado, a objeto de poder precaver sus derechos<sup>463</sup>. Además,

---

<sup>462</sup>Hay aquí, evidentemente, una impropiedad del lenguaje puesto que el incumplimiento de una obligación contractual no se traduce en la nulidad del contrato, sino que en su resolución.

<sup>463</sup>Por ejemplo, adoptar o sugerir la adopción de medidas de seguridad; sin embargo, es muy discutible que en caso de agravación de riesgo que provenga de circunstancias ajenas por completo a la voluntad del asegurado y que excedan su capacidad para impedirlo o de restituir la situación a la existente antes de la agravación, el asegurador pueda resolver el contrato, porque la resolución es efecto del incumplimiento de las obligaciones de la contraparte. Pero el

esa obligación es una consecuencia o una manifestación del deber de cuidado que le impone al asegurado el N° 3 del Art. 556 del Código de Comercio.

Por último, es menester hacer presente que en el seguro la reticencia del asegurado en revelar el agravamiento del riesgo puede llegar a ser considerada una forma de dolo, y conforme al artículo 558 del Código de Comercio, pronunciada la nulidad de seguro, por dolo o fraude del asegurado, el asegurador puede demandar el pago de la prima si ésta no hubiere sido cancelada, o retenerla, todo aunque no hubiere corrido riesgo alguno, y sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran proceder.

### **3.2. Normas que rigen la especificación de los riesgos cubiertos y la información que debe dar el asegurador al asegurado**

#### ▪ *Especificación y determinación de los riesgos*

Los riesgos a que está expuesta una persona, su patrimonio o sus bienes, son sencillamente incalculables. Es mas, no son posibles de prever.

De ello se colige que no resulta posible concebir un seguro que cubra "todo riesgo", en un sentido absoluto, y que, en consecuencia, es forzoso especificar, individualizar y delimitar el riesgo que asume el asegurador por concepto del respectivo contrato de seguro.

En la práctica, sin embargo, es muy corriente que las personas que no están familiarizadas con los principios y técnicas en que descansa el seguro, entiendan que es posible obtener una póliza que cubra cualquiera eventualidad que pueda afectar a la materia que desean asegurar. Tiende a confundir al público, la costumbre muy extendida en el mercado de denominar a ciertas pólizas de seguro con el apelativo "todo riesgo". Y lo que es peor, hay algunos intermediarios que ofrecen coberturas al asegurado haciéndole entender que realmente cubren todo riesgo posible o imaginable.

No contribuye a aclarar las cosas, tampoco, la redacción del artículo 536 del Código de Comercio que, al expresar que "el asegurador puede tomar sobre si todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro a que está expuesta la cosa asegurada", da pie a mas de alguien con poco conocimiento sobre el tema, para que especule con la posibilidad de un contrato de seguro en que los riesgos cubiertos no tengan límite y, por lo tanto, en que el asegurador se vea en la obligación de indemnizar cualquier pérdida o daño, proveniente de cualquiera causa o evento.

---

asegurador podría terminar anticipadamente al contrato, a menos que dicha facultad hubiese sido contractualmente excluida y, desde luego, no renovarlo a la época de su vencimiento. En la primera alternativa, tendría que otorgar un plazo razonable para que el asegurado se procure de nueva cobertura.

Pero la verdad es que dicha disposición del Código de Comercio fue introducida e inspirada en el propósito de poner a resguardo al asegurado, con evidente impropiedad conceptual, de las evasivas injustificadas de responsabilidad que pudiera invocar el asegurador sin un claro fundamento contractual. Es una norma que tiene finalidades de interpretación contractual y de prueba.

Es por ello que el inciso segundo del mismo artículo expresa que "no estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos", con la sola salvedad de aquellos que están excluidos por norma expresa de la misma ley.

Resulta evidente, a todas luces, que la disposición analizada tiene como finalidad inducir al asegurador a dejar claramente establecido en la póliza los exactos límites de su responsabilidad.

A la misma conclusión llegamos si analizamos el punto apoyándonos en las normas generales sobre interpretación de los contratos que contiene el Código Civil, puesto que el Art. 1566 de dicho Código expresa que "*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella*", siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". Al respecto cabe recordar que el contrato de seguro es por regla general un contrato de adhesión<sup>464</sup>, de modo que, aplicando la citada disposición resulta que las ambigüedades de la póliza deben interpretarse en contra de la persona que impuso el contrato desde una posición dominante, es decir, justamente el asegurador<sup>465</sup>.

Por su parte, la norma contenida en el artículo 3º letra e) del DFL 251, de 1931, que regula el comercio de seguros, señala, en el mismo sentido, que en caso de duda sobre el sentido de una disposición, en el modelo de condición general de póliza o cláusula del contrato de seguro, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso.

La actual ley española de seguros, que data de 1980, ha avanzado un poco mas en éste sentido, al expresar que "*se tendrán por no escritas las*

---

<sup>464</sup> No lo es el seguro de grandes riesgos, que en Chile tiene una muy pobre regulación (Vid. Art 3. letra e) del DFL 251). En estos contratos, el asegurado, generalmente una gran empresa, tiene igual poder de negociación.

<sup>465</sup>En la mayoría de los casos. Cuando no es así, no cabe aplicar dicha norma y, por eso, el DFL 251 contempla que las personas jurídicas que contraten seguros de magnitud, que generen prima por mas de UF 200 pueden celebrarse en formatos de contratos no inscritos en los registros de la Superintendencia, a condición de que ambas partes firmen la póliza y no solo el asegurador, como es la regla general.

*exclusiones de responsabilidad que contenga una póliza que se consideren o puedan considerarse imprecisas o vagas*<sup>466</sup>.

En consecuencia, es un indispensable deber de prudencia, sobre todo para el asegurador, especificar con claridad los riesgos cubiertos por el respectivo contrato de seguro y especialmente, los excluidos. Esta especificación, por mandato de lo dispuesto en el artículo 516 del Código de Comercio, debe constar expresamente en la misma póliza (Art. 516, N°s 3°, 4°, 5° y 6°).

En resumen:

- 1.- No cabe la cobertura de todo riesgo posible que afecte al asegurado. El seguro, por esencia, cubre solo ciertos y determinados riesgos reales, evaluables y mensurables o dimensionables, en definitiva, que se puedan cuantificar.
- 2.- No obstante lo anterior, la delimitación de los riesgos debe constar en forma expresa. Las exclusiones de responsabilidad no se presumen, ni se infieren mediante razonamientos interpretativos, por lógicos que sean: deben explicitarse claramente.

▪ *Formas de delimitación o especificación de los riesgos*

Teniendo lo anterior presente, veamos como se especifican y delimitan los riesgos en la práctica:

- Por el ramo y modalidad del seguro: cada contrato se refiere a un ramo de seguro y dentro del ramo, puede referirse a modalidades específicas de éste.

Por ejemplo si el contrato es un seguro de vehículos motorizados, modalidad de pérdida total, sólo se indemnizarán los siniestros que afecten al vehículo asegurado y que hayan sido tan grandes como que hayan implicado la pérdida total de éste.

No se podría, así, pedir que al amparo de este seguro se cubriera el simple robo de la radio del auto.

- Por la determinación del objeto del seguro: cada contrato de seguro recae sobre cierto objeto: un inmueble, bienes muebles ubicados en cierto lugar, un patrimonio, la vida o la salud de una persona. No puede pedirse que se indemnicen los siniestros que hayan afectado a un objeto distinto del que señala la póliza.

---

<sup>466</sup>Con el agregado de que en dicho país las normas sobre contrato de seguros son imperativas a menos que conste lo contrario.

La única excepción a éste principio - relativa - está contenida en el Art. 524 del Código de Comercio, que admite el aseguramiento de universalidades, al sostener que ..."*los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros y los cargamentos terrestres o marítimos pueden ser asegurados con o sin designación específica de las mercaderías y otros objetos que contengan*", al igual que "*los muebles que constituyan el menaje de una casa, salvo los que tengan un gran precio*" y que a continuación ejemplifica. Pero el inciso tercero de ésta disposición obliga al asegurado, "*en uno y otro caso*", a "*individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro*".<sup>467</sup>

- Por la indicación de las causales de siniestro cubiertas: así por ejemplo, el artículo 1º de una póliza común de vehículos motorizados establece que sólo se indemnizarán los daños propios experimentados por el vehículo asegurado, a consecuencia de "incendio, volcamiento o colisión con objetos en movimiento o estacionarios".
- Por las causales de exclusión: siguiendo el método aristotélico, las cosas se definen "por su género próximo y su diferencia específica". A lo segundo se refieren las *exclusiones*, que son *aquellas situaciones que, a pesar de pertenecer al tipo (género) de riesgo contratado, figuran expresamente excluidas (diferencia específica) en la póliza, por razones comerciales e, incluso, de orden público.*

Así, la póliza común de seguro de incendio, excluye los que se generan a consecuencia de terremoto. Para cubrirlo, es necesario pedirlo expresamente, agregar una cláusula adicional al contrato y pagar el recargo de prima correspondiente.

- Por las llamadas "garantías": una especie muy particular de exclusiones la constituyen las denominadas *garantías*, que son *los requisitos especialmente estipulados en las cláusulas de un contrato de seguro, como condiciones que deben cumplirse para que haya lugar a la indemnización en caso de siniestro*.<sup>468</sup>

Así por ejemplo, constituye una garantía, establecer en una póliza que los robos estarán cubiertos a condición de que el asegurado instale y mantenga en operación un determinado tipo de alarma.

- Por la vigencia del contrato: siniestros limítrofes con la vigencia del contrato.

---

<sup>467</sup> Por más que esta norma esté contemplada en el código a propósito de este tipo de seguros, la verdad es que, unido a lo que señala el Art 556 N° 7, se llega a la conclusión de que tiene aplicación general: en caso de siniestro siempre corresponde al asegurado justificar la existencia y valor del objeto asegurado al tiempo del siniestro.

<sup>468</sup> Vid. Mark R. Greene,, Ob. cit., Pag. 264. Explica con claridad el tema y algunos ejemplos.

Otra forma de delimitación del riesgo es el establecimiento de una fecha para el inicio y fin de la cobertura del seguro.

En los distintos ramos existen diversas normas sobre la vigencia de los seguros: en los generales, usualmente es de un año, pero los hay que duran por plazos mayores o menores, o incluso, indeterminados, como en el seguro marítimo que usualmente se contrata por el tiempo que dure la expedición; en los de vida el plazo es generalmente mas largo, usualmente 5, 10, 20 o 30 años, o perpetuos, es decir, hasta que se produzca el evento de la muerte del asegurado.

El Código ha previsto que no se haya convenido en la póliza la duración del seguro, dando para ello normas especiales. El artículo 537 expresa que a falta de estipulación, los riesgos empezarán a correr por cuenta del asegurador desde que las partes suscriban la póliza y que la duración del seguro será fijada por el Tribunal tomando en cuenta las cláusulas de la póliza, los usos y costumbres legales y demás circunstancias propias del caso.

El Código reglamenta también, de un modo especial, la *situación que se produce con los siniestros que se producen coincidentemente, ya sea con el inicio o con el término de la vigencia de la póliza*, señalando que si el siniestro empieza antes pero se consuma después de vencido el plazo de vigencia de la póliza el asegurador es responsable del total de los daños; pero si, al contrario, empieza antes de entrar en vigencia el seguro pero concluye después, el asegurador está libre de toda responsabilidad. Para determinar si el siniestro limítrofe esta cubierto o no, se atiende siempre, pues, al momento de inicio del evento que lo constituye (Art. 551).

Esta y las dos formas de especificación de los riesgos referidos precedentemente, las exclusiones y las garantías, son fuente de numerosos focos de conflicto de intereses entre asegurado y asegurador.

- Por los límites espaciales donde debe ocurrir el siniestro: en varios tipos de seguros de cosas muebles, por ejemplo en los seguros de robo, de incendio o de transporte, debe indicarse el lugar donde las especies están depositadas o se guardan, o el medio en que son transportadas y si el siniestro se produce fuera de esos lugares, no se encuentra cubierto.
- *El cobro de indemnizaciones no amparadas por el seguro y la exageración de los daños sufridos. El fraude. Normas que regulan y sancionan la conducta del asegurado.*

La manifestación mas extrema del conflicto o tensión entre los intereses del asegurado y el asegurador, se da en los casos en que el primero intenta el cobro de indemnizaciones que no están amparadas por la póliza.



La primera y mas simple manifestación de estas conductas contrarias a la buena fe contractual se da por el ocultamiento o disimulación de circunstancias que, de ser conocidas por el asegurador, conducirían al rechazo del siniestro, como omitir informar una enfermedad pre-existente en un seguro de personas, o la de alguna circunstancia propia del siniestro que llevaría a enmarcarlo en una causal de exclusión, en cualquier tipo de seguro de que se trate.

En casos extremos, la conducta del asegurado configura un verdadero fraude, como, por ejemplo, cuando se inventa un siniestro para ocultar el que verdaderamente ocurrió, que está excluido de cobertura.

En otros casos se trata de magnificar el monto de los daños para obtener lucro de la indemnización o sencillamente para evitar la aplicación de una franquicia.<sup>469</sup>

En nuestro país no existe en el Código Penal la figura del fraude al seguro. El Art 470 N° 6 se limita a sancionar con las penas de la estafa a *“los que con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos celebraren dolosamente contratos aleatorios (el seguro, según vimos, lo es) basados en dichos datos o antecedentes.”*

La disposición carece de utilidad verdadera, puesto que la inmensa mayoría de los fraudes al seguro se cometen mediante maquinaciones que tienden a *obtener el pago* de una indemnización a la que no se tiene derecho de acuerdo al contrato, o a *magnificarla* para obtener un lucro indebido. Por otra parte, la penalidad es muy baja, llegando a ser insignificante en el caso de delitos frustrados o en etapa de tentativa, de modo que en la mayoría de los casos las compañías se contentan con librarse del pago indebido.

Ni siquiera es dable la existencia de una “lista negra” de personas sorprendidas intentando defraudar a los aseguradores, toda vez que por virtud de disposiciones legales y constitucionales la Superintendencia del ramo impide su existencia.

Existen, en cambio, disposiciones contractuales y legales que permiten en estos casos, evitar el pago del seguro, o la resolución del contrato y en un solo caso, una acción criminal, mas, por desgracia, no tipificada expresamente en la ley.

Así, el Art 556 N° 3 obliga al asegurado a cuidar el objeto asegurado y prevenir el siniestro; el N° 4 a tomar las medidas del caso para salvar o recobrar las cosas aseguradas en caso de siniestro; en el N° 5 a denunciarlo con prontitud y el N° 7° a probar todas las circunstancias inherentes a establecer la responsabilidad del asegurador, lo que significa que el asegurado debe

---

<sup>469</sup> Es por ello que las “franquicias” han sido reemplazadas casi por completo por los “deducibles”. Estos últimos se aplican en todo caso y no sólo cuando la cuantía del siniestro es inferior al monto de la franquicia, como ocurre con ésta.

justificar (probar) su derecho a la indemnización, lo que incluye acreditar el origen de los daños y su naturaleza y cuantía.

Por su parte, en caso de duda, si el valor de las cosas aseguradas no estuviere determinado en la póliza (que es la regla general), corresponde al asegurado acreditar el valor de las cosas aseguradas (Art 533), que es el que tenían a la época del siniestro (Art 535). Por el contrario, si el valor está determinado en la póliza, corresponde al asegurador acreditar que están sobreaseguradas y si además establece que el avalúo excesivo proviene de dolo del asegurado, éste no podrá exigir el pago del siniestro, ni excusarse de abonar al asegurador la prima íntegra, sin perjuicio de la acción criminal que pudiera intentar el asegurador en contra del asegurado (Art. 534). A falta de sanción penal específica para el fraude al seguro, será preciso acudir a la figura genérica de la estafa

En caso de agravación del riesgo, el asegurado está obligado a comunicarlo al asegurador, conforme a lo que previene el Art 538.

Y como corolario el Art 557 del Código establece que *“el seguro se rescinde:*

*1º Por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieren retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones;*

*2º Por inobservancia de las obligaciones contraídas;*

*3º Por falta absoluta o extinción de los riesgos.*

*Y si la falta o extinción de los riesgos fuere parcial, el seguro se rescindirá parcialmente”.*

Es de advertir que el Código emplea el término “rescisión” como anulación en el sentido más amplio, que no es el normal en el lenguaje jurídico, en el cual la rescisión es el efecto de la nulidad relativa, de modo que en realidad alude a lo que nosotros entendemos normalmente por “resolución” del contrato.

- *La infundada denegación de cobertura por el asegurador y la regulación de indemnizaciones notoriamente insuficientes. Normas que rigen la conducta del asegurador. El DFL 251, el Código Civil y la Ley de Protección del Consumidor.*

Como contrapartida a las conductas impropias del asegurado a que nos hemos referido precedentemente, las actuaciones reprochables típicas del asegurador son las siguientes:

- El empleo de cláusulas redactadas en términos vagos, engañosos, cuyo verdadero alcance y significado no son claros.
- El juego armónico de cláusulas entrecruzadas, algunas de las cuales otorgan cobertura, y otras la excluyen o la someten a condiciones de muy difícil cumplimiento u ocurrencia, o que reducen drásticamente una cobertura aparentemente muy amplia.
- El otorgamiento, dentro del “paquete” del seguro ofrecido, de coberturas manifiestamente innecesarias, como por ejemplo, de maremoto o salida de mar para un departamento situado en la cordillera.
- El establecimiento de requisitos o “garantías” de aseguramiento que reducen el ámbito de la cobertura, de una forma que no resulta clara para el asegurado común, que no está familiarizado con el lenguaje del seguro.

A lo anterior se suma el uso de condiciones o cláusulas del contrato impresas en caracteres muy pequeños, que dificultan su lectura por el asegurado. Es lo que se conoce con un nombre de connotación negativa que se ha hecho famoso: la “letra chica”.

Como contrapartida, en defensa del asegurado existen las siguientes disposiciones:

El Art 3º letra e) del DFL 251, que establece: *“Será responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación mas favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso”*.

Esta última norma está en estricta consonancia con lo que al respecto dispone el inciso segundo del Art 1566 del Código Civil, según el cual *“las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*. Y esta norma está, a su vez, en consonancia con la norma del Art. 1546 del mismo código que prescribe: *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*.

Por su parte, el Art 16 de la ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, contiene numerosas disposiciones que guardan relación con los contratos de adhesión, señalando que: *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:*

- a) Otrorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen.
- b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.
- c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables.
- d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
- f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y
- g) *En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.*

Esta norma siembra la incertidumbre en relación a su aplicación a los contratos de seguro. Desde luego cabe señalar que no es aplicable a los contratos relativos a seguros de transporte y casco marítimo y aéreo<sup>470</sup>, como también a grandes seguros cuya prima exceda en valor a UF 200, porque se extienden en textos libremente negociados y no en los formularios típicos y, que, además, llevan la firma de ambas partes y no solamente la firma del asegurador. Esos contratos no están sujetos al control del organismo administrativo, que es la Superintendencia de Valores y Seguros.

---

<sup>470</sup> A nuestro juicio no tiene justificación eximir de la obligación de contratar con pólizas registradas en la Superintendencia a los contratos de transporte, en general, porque muchísimos de ellos son contratados por asegurados de muy escaso poder de negociación.

En cuanto a los demás seguros la situación no es tan clara, ya que en la actual redacción del DFL 251 que rige a la actividad aseguradora, no se contempla el trámite de la aprobación previa de la Superintendencia a los modelos de pólizas.

Por el contrario, la letra e) del Art 3° de dicha ley establece la referida Superintendencia se limitará a “llevar” un “Depósito de Pólizas” y que las entidades aseguradoras podrán contratar con dichos modelos a partir del sexto día en que hubieren sido incorporadas al aludido Depósito.

Es más. El inciso tercero de la citada norma (Art3° letra E) del DFL 251), establece que “*será responsabilidad de las compañías* que las pólizas de seguro que contraten estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley”.

Por todas las consideraciones anteriores, estimamos que, salvo las excepciones más arriba anotadas, las pólizas de seguro están sujetas a las normas del Art 16 de la Ley de Protección del Consumidor, que sólo excluye de su normativa a los contratos cuyas cláusulas sean “revisadas y autorizadas por un organismo administrativo en uso de sus facultades legales”.

No es suficiente para sustentar la posición contraria, a nuestro juicio, la norma del inciso cuarto de la norma en estudio, según la cual “la Superintendencia fijará, mediante norma de aplicación general, las disposiciones mínimas que deberán contener las pólizas” porque ello no es otra cosa que poner a disposición del mercado una guía para que las pólizas ajusten sus cláusulas a un esquema de regulación estructurada; no constituye revisión y autorización previa de *cada modelo* de contrato en particular, como lo requiere el Art 16 de la Ley de Protección al Consumidor.

Tampoco obsta a nuestra conclusión la norma del inciso final de la letra e) del Art 3° del DFL 251, que estamos analizando, según la cual la Superintendencia de Valores y Seguros podrá prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando a su juicio, “su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción o con las disposiciones mínimas señaladas precedentemente”, porque ello no significa otra cosa que el otorgamiento que hace la ley a la Superintendencia, de una facultad sancionadora a ser ejercida cuando se constata que un modelo de póliza ya inscrita en el Depósito presenta problemas de aplicación que pueden ser constatados precisamente, a través de los mecanismos que contempla la ley de protección al consumidor.

Por su parte el Art 17 de la Ley de Protección del Consumidor establece que “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo *claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros* y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con estos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.”<sup>8</sup>

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales. Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”. Cabe preguntarse hasta que punto resulta aplicable la normativa de la Ley de Protección del Consumidor, atendida la circunstancia de que la actividad del seguro está regida por leyes especiales, cuales son, el Código de Comercio en lo que atañe al contrato mismo y el DFL 251 de 1931, en cuanto a la actividad aseguradora.

Al respecto es útil consignar aquí lo que opina el propio SERNAC:

*El nuevo artículo 2º bis reafirma el principio de supletoriedad (debe decir “subsidiaridad”), esto es, que aunque existan leyes especiales que regulen determinadas materias, como, por ejemplo, servicios básicos de electricidad, seguros, sanitarios, teléfonos, etcétera; la ley de Protección de los Derechos de los consumidores se aplica en lo que ellas no prevean. Así, por ejemplo, la Ley General de Bancos no regula las ofertas y promociones, pero nuestra ley sí y en tal caso se aplica supletoriamente. La última modificación legal reafirma su categoría de ley marco (supletoria) al disponer que aunque exista normativa especial, la ley se aplica:*

- a) *En las materias que estas últimas no prevean;*
- b) *En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo y difuso;*
- c) *Para pedir indemnización en los procedimientos colectivos o difusos;*
- d) *Recurrir mediante los procedimientos individuales para solicitar indemnización cuando no tiene la ley especial indicado un procedimiento especial. En la práctica cobra mucha importancia la subsidiaridad de la ley, especialmente, en las letras b) y d) mencionadas, pues, las leyes especiales, en general, no regulan los procedimientos para obtener la compensación de perjuicios de parte de proveedores por incumplimiento de la ley”.<sup>471</sup>*

---

<sup>471</sup> Opinión de SERNAC vertida a la fecha de elaboración de este trabajo en su página WEB: [http://www.sernac.cl/leyes/derechos\\_sentido.php](http://www.sernac.cl/leyes/derechos_sentido.php)

#### 4. CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE EL ASEGURADOR Y LOS REASEGURADORES

- *Fuentes y tipos de conflictos que se presentan*

Las fuentes de conflicto que se presentan a propósito de las relaciones entre asegurador directo y sus reaseguradores derivan de su responsabilidad de pagar y contribuir al pago, respectivamente, de los siniestros amparados por la póliza de seguro y cubiertos por el contrato de reaseguro.

Según la mayor parte de la doctrina el reaseguro no es otra cosa que un tipo especial de seguro (patrimonial) de responsabilidad civil, en que el objeto de la cobertura es pagar o restituir al asegurador directo, en todo o en parte, los montos que éste deba desembolsar por concepto de los siniestros que afecten a las pólizas de seguro reaseguradas.

Ciertamente, al menos en teoría, las compañías de seguro y de reaseguro tienen un interés económico común, cual es, el de pagar el menor monto posible de indemnizaciones. Sin embargo, esa coincidencia de intereses puede verse alterada, entrando las partes en conflicto, en los siguientes casos:

- a. En los casos en que la retención del asegurador directo sea mínima o inexistente.
- b. Cuando el siniestro corresponda a un cliente importante para el asegurador directo, pero no para el reasegurador;

También, pero por otros motivos, cuando se produce un conflicto entre ambas partes en los casos de:

- c. La existencia de la cláusula de cooperación y control; y
- d. El momento de la exigibilidad del pago del reaseguro.

Examinaremos esos cuatro casos a continuación.

- *Retención mínima o inexistente*

En el lenguaje del reaseguro se llama retención, a la proporción o cantidad de la suma asegurada que permanece de cargo o afecta directamente el patrimonio del asegurador, es decir, que no es cedida o transferida al reasegurador.

En algunos casos, particularmente cuando el monto de las sumas aseguradas es muy grande, o cuando el seguro se ha emitido a pedido o gestión del propio reasegurador, debido a requerimientos de sus clientes internacionales o de su

país de origen, el monto de la retención es muy bajo, llegando, incluso, a ser inexistente, caso en el cual el reaseguro adquiere el nombre especial de “fronting”, en que el asegurador directo no pasa a ser otra cosa que un mero comisionista o administrador de un riesgo ajeno. En estos casos, por virtud de la falta o débil exposición al riesgo, el asegurador tendrá la natural tentación a despreocuparse del necesario cuidado o control sobre el riesgo, toda vez que en caso de siniestro el que llevará toda o casi toda la carga del pago será el reasegurador.

La situación se agrava cuando, además, el asegurado es un cliente importante para el asegurador. Éste, si no va a tener nada o muy poco que contribuir al pago del siniestro, tenderá a “atender” del mejor modo posible a su cliente, no poniendo trabas ni investigando en profundidad o con acuciosidad los siniestros denunciados, llegando incluso a efectuar pagos “de gracia” o “ex gratia”, que son los que se hacen de buena voluntad, no estando obligado a hacerlos y a pesar de que el siniestro no está cubierto por la póliza.

A objeto de precaver el peligro de la relajación del control que debe ejercer el asegurador directo, en muchos contratos de reaseguro se ha introducido la “cláusula de cooperación y control”, que entrega, en diferentes grados, facultades al reasegurador para supervigilar e incluso intervenir directamente en el proceso de liquidación o ajuste de los siniestros que se denuncien al amparo de las pólizas de seguro sujetas a reaseguros que contengan dicha cláusula.

Esta cláusula, que ha venido a dejar sin efecto, en muchos casos, el tradicional principio de que el reasegurador sigue el camino y comparte la suerte del asegurador directo (follow the fortune), ha sido fuente de continuas tensiones entre ambas partes, sobre todo porque los aseguradores directos están sujetos a las normas locales que rigen sus contratos de seguro, que generalmente disponen que el reaseguro no puede constituir obstáculo para que el asegurado exija el pago del siniestro directamente al asegurador, salvo en los casos en que se haya pactado una cláusula “cut through”, que faculta al asegurado a cobrar la contribución del reasegurador directamente a éste.

Una última fuente de tensiones entre aseguradores y reaseguradores proviene de las diferentes interpretaciones que se da en la legislación y la doctrina internacional, al importantísimo punto relativo al momento en que se hace exigible la obligación del reasegurador de pagar su contribución de reaseguro a la cedente.

En otros términos, la determinación de si el reaseguro es un contrato de indemnidad o de reembolso.

Resulta evidente, y luego lo comprobaremos, que este es un problema que, al menos en teoría es irrelevante para el asegurado, porque frente a éste (salvo excepciones contadas) no existe ninguna otra contraparte que el asegurador, de modo que una vez ocurrido el siniestro, comprobada que sea su cobertura



por la póliza y determinado el monto a indemnizar, surge la obligación del asegurador directo de pagar la suma asegurada o la parte de ella que corresponde, en la forma que establece el Art 550 del Código de Comercio.

Para pagar indemnizaciones de poco monto, eso no significa problema alguno para las compañías de seguro, pero tratándose de montos importantes, lo que ellas hacen usualmente es cobrar primero los reaseguros y luego de “hacer caja” de esta forma, proceden a efectuar el pago de la indemnización del siniestro al asegurado.

Pero resulta que alguna parte de la doctrina y la legislación internacionales, inspirada en la circunstancia de que el reaseguro es un tipo de seguro de responsabilidad civil y en estos, al menos en la teoría tradicional, muy cuestionada en la actualidad, se sostiene que la obligación del asegurador es reintegrar el monto pagado por el asegurado al tercero dañado<sup>472</sup>, se colegiría que el reasegurador debe pagarle al asegurador directo, sólo una vez que este le demuestre haber pagado la indemnización al asegurado, salvo un acuerdo expreso distinto.

En buenas cuentas, el reaseguro sería un contrato de seguro de responsabilidad, específicamente de *reembolso*, en el que la contribución del reasegurador se tornaría exigible a condición y sólo una vez que el reasegurado ha pagado la indemnización al asegurado directo.

Evidentemente, esta interpretación puede conducir al asegurador a enfrentar serios problemas para pagar indemnizaciones importantes, algunas de las cuales pueden exceder la totalidad de su capital y reservas. Tal posición no es compartida por otros, quienes estiman que el reaseguro es un *contrato de indemnidad patrimonial*, destinado a proteger el patrimonio de la cedente, tanto económica como financieramente, por lo que el reasegurador debe contribuir con su participación en el siniestro antes de que el asegurador se vea legalmente obligado a pagar al asegurado directo.

Para quienes así opinan, en el contrato de reaseguro el siniestro tiene lugar o surge al momento del nacimiento de la deuda en el patrimonio de la cedente/reasegurada, con independencia de que haya indemnizado o no al asegurado directo.

Sostienen estos últimos que esta solución es igualmente aplicable a los contratos automáticos proporcionales cuando se trata de siniestros de pago contado (“CASH LOSS”).

La jurisprudencia norteamericana e inglesa se ha inclinado por la segunda posición, concluyendo por ejemplo: (i) que no es necesario que el asegurador haya pagado el siniestro al asegurado antes de que proceda su reclamo en

---

<sup>472</sup> Lo que excluye la procedencia de la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador.

contra del reasegurador; (ii) que la insolvencia del asegurador no afecta la responsabilidad del reasegurador, como tampoco su imposibilidad de pagar al asegurado por cualquier otra circunstancia (una orden administrativa o judicial); y (iii) que en ausencia de una cláusula contractual expresa, ni el pago del reclamo al asegurado directo, ni el pago de la prima de reaseguro por el reasegurado es una condición precedente de la responsabilidad del reasegurador.

En todo caso este tema es de una permanente actualidad y fuente de potenciales conflictos de intereses de una gran relevancia, puesto que en siniestros con pérdidas cuantiosas puede llegar incluso a verse amenazada la estabilidad financiera del asegurador directo si no recibe la contribución de reaseguro antes de ser forzado al pago de la indemnización a su asegurado.

▪ *Normas chilenas que rigen el reaseguro*

En la actualidad, las únicas normas legales que en nuestra legislación se refieren al reaseguro son las siguientes:

El Art. 523 del Código de Comercio según el cual *“el asegurador puede hacer reasegurar, a condiciones mas o menos favorables que las estipuladas, las mismas cosas que él hubiera asegurado.*

*El reaseguro no extingue las obligaciones del asegurador, ni confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador.*

*El asegurador y el asegurado no pueden celebrar un reaseguro; pero el segundo puede hacer asegurar el costo del seguro y el riesgo de insolvencia del primero”.*

Coincidente con lo indicado en el inciso segundo del Art 523 antes citado, el Art 28 del DF 251 de 1931 señala que: *“El reaseguro no altera en nada el contrato celebrado entre el asegurador directo y el asegurado, y su pago, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro”.*

Por su parte, el Art 16 establece el control sobre el comercio de reaseguros en Chile, al disponer que las entidades aseguradoras y reaseguradoras sólo podrán reasegurar los contratos de seguro celebrados en el país, con las siguientes entidades:

- a) Sociedades chilenas cuyo objeto exclusivo sea el reaseguro;
- b) Compañías chilenas de seguros;
- c) Entidades extranjeras de reaseguro clasificadas por agencias clasificadoras de riesgo de reconocido prestigio internacional, que tengan un representante en Chile con amplias facultades y que pueda incluso, ser emplazado en juicio, salvo que el reaseguro se contrate a través de un corredor de reaseguro inscrito en la Superintendencia en las condiciones que la citada disposición establece.

d) Por último, el Art 29 establece que las cuestiones litigiosas que se susciten con ocasión de contratos de seguro directo y de reaseguros sujetos a esta ley serán sometidas a la jurisdicción chilena, siendo nulo todo pacto en contrario.

El examen de estas normas lleva a la conclusión de que los problemas atinentes a los conflictos de intereses en el reaseguro, a que mas arriba hemos aludido, no encuentran otra solución en el derecho chileno que no sea la de la absoluta independencia entre la obligación de indemnizar al asegurado que tiene el asegurador directo y el derecho de éste último a cobrar el reaseguro.

La solución de los otros problemas a los que hemos aludido, y las consecuencias potencialmente negativas que, en algunos casos, presenta la norma chilena, sólo puede alcanzarse a través del examen de las costumbres y prácticas nacionales e internacionales y de la opinión de la doctrina y la jurisprudencia, que en esta materia es fundamentalmente extranjera.

## **5. CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LOS CORREDORES DE SEGUROS, LOS ASEGURADOS, LOS ASEGURADORES Y LOS REASEGURADORES**

### **5.1 Regulación legal de los corredores de seguros**

Bajo el término genérico de Corredores de Seguros, se distingue a las personas jurídicas o naturales que actúan como intermediarios en la contratación de pólizas de seguro o de reaseguro, es decir, que facilitan y gestionan la contratación de pólizas, orientando y asesorando técnicamente a los asegurados.

El Art 9. del DS 863, que regula a los auxiliares del comercio de seguros los define específicamente diciendo que: *“Son corredores de seguros las personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, actúan como intermediarios independientes en la contratación de pólizas de seguros con cualquier entidad aseguradora, obligándose a asesorar a las partes en la forma que establece la ley y este Reglamento”.*

Los intermediarios de seguro han sido denominados de diferentes maneras a lo largo del tiempo: corredores, productores o agentes de seguros; pero desde la modificación legal introducida al DFL 251 por la Ley 18.814, se ha uniformado el uso del término “corredores de seguros”, que es la más apropiada para los intermediarios independientes.

Según el Art 57 del referido DFL 251, la expresión “agentes de ventas”, alude a los *empleados dependientes* de las propias compañías aseguradoras, que

forman su propia “fuerza de ventas” y comercializan seguros directa y únicamente para aquélla a la que pertenecen, de modo que no son intermediarios o corredores de seguros independientes.

Hasta la dictación del Decreto Ley N° 3.057 la intermediación en materia de seguros estaba reglamentada por el llamado Reglamento sobre Productores de Seguros, contenido en el Decreto Supremo N° 2.098 del Ministerio de Hacienda, de fecha 20 de diciembre de 1977.

Esta disposición reglamentaria fue derogada por el Decreto Ley más arriba referido hasta que posteriormente, por la ley 18.814 de 28 de julio de 1989 su estatuto legal se incorporó al DFL 251, que constituye hoy en día la ley que rige exclusivamente al comercio de seguros en Chile. Particularmente el Título III de dicho DFL se refiere a “Los Auxiliares del Comercio de Seguros”, y específicamente tratan a los corredores, las normas del párrafo I, denominado justamente “De los corredores de Seguros”, que comprende a los artículos 57 a 60 inclusive.

Las referidas normas legales han sido complementadas por las que contempla el DS 863, de 1990, que contiene el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros.

Para ejercer su actividad, los corredores de seguros deberán inscribirse en el Registro que al efecto lleve la Superintendencia y cumplir con los siguientes requisitos que establece el Art 58 del DFL 251:

- a) Ser chileno o extranjero radicado en Chile con carné de extranjería al día y ser mayor de edad;
- b) Tener intachables antecedentes comerciales;
- c) Estar en posesión de licencia de educación media o estudios equivalentes y acreditar los conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros, en la forma y periodicidad que disponga la Superintendencia mediante norma general. Esto se concreta en la necesidad de rendir un examen de conocimientos sobre el seguro ante la Superintendencia;
- d) Constituir una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguro que determine la Superintendencia<sup>473</sup>, para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los aseguradores que contraten por su intermedio; y

---

<sup>473</sup> Por un monto no inferior a la suma más alta entre 500 unidades de fomento o el 30% de la prima neta de los contratos de seguros intermediados en el año inmediatamente anterior, con un máximo de 60.000 unidades de fomento. Sin embargo, tratándose de primas provenientes de seguros de renta vitalicia, el porcentaje que se usará para determinar la suma señalada será de un 30% de las primeras 15.000 unidades de fomento de prima por dichas rentas y sólo de un 10% por el exceso sobre esta cifra.

- e) En el caso de personas jurídicas, haberse constituido legalmente en Chile con este objeto específico y acreditar la contratación de la garantía a que se refiere la letra precedente. Además, sus administradores y representantes legales deberán reunir los requisitos exigidos precedentemente (vale decir, haber obtenido su nombramiento como corredor persona natural), salvo el de la letra anterior, y no registrar las inhabilidades previstas en esta ley.

Los administradores, representantes legales o empleados de la corredora que es una persona jurídica no podrán ejercer en forma independiente el corretaje de seguros, ni trabajar para una compañía de seguros ni para otra persona dedicada al corretaje de seguros.

Conviene enfatizar que la norma anteriormente citada estipula que las personas jurídicas pueden ser corredores de seguros, siempre que tengan como objeto específico y único, la intermediación independiente en la contratación de pólizas de seguros con cualquiera entidad aseguradora.

Presentados todos los antecedentes correspondientes, la Superintendencia conocerá de las respectivas solicitudes y las aceptará o rechazará y en caso de aceptarlas procederá a la inscripción del corredor en el Registro respectivo. En caso de rechazo, éste deberá ser motivado.

Esta póliza cubre la responsabilidad del corredor por errores u omisiones en que incurriere, así como el incorrecto cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediario de Seguro y que causaren perjuicio a las personas que contraten por su intermedio.

Los corredores de seguros deberán llevar un registro de las personas que participen en la intermediación por su cuenta, correspondiéndoles la verificación del cumplimiento de los requisitos que a éstos se les establezcan.

No podrán tener una participación que suponga directa o indirectamente más del 15% de la propiedad de una compañía dedicada al corretaje de seguros, las personas señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 44 bis y en las letras a) y b) del artículo 59, esto es, los corredores que se encontraren suspendidos de sus funciones por resolución de la Superintendencia y los administradores y representantes legales de una sociedad corredora que se encontrare en dicha situación. En caso de que se incurra en la inhabilidad una vez adquirida la participación, quedarán privados del ejercicio de los derechos políticos societarios derivados de ella por el tiempo de duración de la inhabilidad.

En materia de *inhabilidades*, de acuerdo a lo que dispone el Art 59 del DFL 251, no podrán ser corredores de seguros:

- a) los directores, gerentes, representantes legales o apoderados de una entidad aseguradora o reaseguradora, los liquidadores de siniestros, los administradores o representantes legales de una sociedad liquidadora de siniestros, y los trabajadores de cualquiera de las entidades anteriores; y

- b) los directores, gerentes, apoderados o empleados de una administradora de fondos de pensiones, las personas que desempeñen, en cualquier forma o calidad, la actividad de promoción e incorporación de afiliados a una administradora de fondos de pensiones y, en este caso, las que hayan sido eliminadas del Registro que lleva la Superintendencia del ramo, exclusivamente respecto de la intermediación de seguros de renta vitalicia previsual. Las personas referidas en esta letra, además, no podrán ser administradores, representantes legales o empleados de una persona jurídica dedicada a dicha actividad.

Los corredores de seguros estarán obligados a cumplir con diversas obligaciones que les impone el Reglamento y en particular con las siguientes:

- 1) Deben remitir a la compañía aseguradora las primas y documentos que reciban por las pólizas que intermedien a más tardar dentro de los dos días hábiles siguientes a su entrega, salvo que tengan un poder escrito que les haya otorgado la compañía.
- 2) Les queda prohibido firmar, cancelar, anular o dejar sin efecto, o hacer modificar en cualquier forma la vigencia, cobertura, prima o modalidad de pago de las pólizas que intermedien, sin autorización escrita del asegurado.
- 3) Deben poner a disposición de la Superintendencia cualquier antecedente que a su juicio sea necesario para mantener información adecuada en el Registro de Corredores y éstos especialmente deberán presentarle, antes del 31 de marzo de cada año, un resumen de las primas correspondientes a los seguros intermediados durante el año anterior, un listado con los saldos pendientes que mantengan al 31 de diciembre del año anterior con asegurados y aseguradores, acreditar la mantención de su capacidad financiera y, tratándose de personas jurídicas, un balance general correspondiente al año calendario anterior.

Según dispone el Art 45 del DFL 251, la Superintendencia podrá *sancionar* a los agentes de ventas de las compañías y a los corredores de seguros en los casos y la forma establecida en el artículo 28 del decreto ley N° 3.538, de 1980, que es la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, por las infracciones a sus deberes profesionales, sanciones éstas que van desde la simple censura hasta la revocación de su autorización o nombramiento por causa grave.

Antes de terminar, conviene dejar establecido que puede haber corredores de reaseguros, conforme a las normas del Art 16 del DFL 251, el que establece que por su intermedio se podrá contratar reaseguros con entidades extranjeras de reaseguro, considerándose como entidad reaseguradora, para efectos de esta ley, al mercado de seguros Lloyd's de Londres.

La referida norma establece que el reaseguro se podrá efectuar con las entidades extranjeras de reaseguro, directamente o a través de corredores de

reaseguro que se encuentren inscritos en el Registro de Corredores de Reaseguro Extranjero que llevará la Superintendencia.

Para obtener dicha inscripción, éstos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1) No encontrarse inscritos en el Registro de Corredores de Seguros de la Superintendencia. Ello significa que son incompatibles entre sí, las funciones de corredores de seguros y corredores de reaseguro;
- 2) Acreditar la contratación de una póliza de seguros de garantía del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad de corredor de reaseguros en Chile y, especialmente, por los perjuicios por errores u omisiones que puedan ocasionar a quienes contraten por su intermedio, la que deberá permanecer vigente hasta la extinción de sus obligaciones contraídas como corredor. El monto asegurado de esta póliza no deberá ser inferior a la suma más alta entre 20.000 unidades de fomento y un tercio de la prima intermediada en Chile en el año inmediatamente anterior.

Será necesaria la aprobación previa de la Superintendencia cuando el emisor de la póliza sea una compañía no establecida en Chile. La ley expresa que verificado el incumplimiento o perjuicio aludidos, se hará efectiva (la ley emplea equivocadamente la expresión “siniestrará”) la póliza y el corredor afectado no podrá intermediar nuevos contratos mientras no se rehabilite a satisfacción de la Superintendencia, en el evento de que se haya estipulado en ella que el pago de indemnizaciones reduce el monto asegurado;

- 3) Tratándose de corredores extranjeros, ser persona jurídica y acreditar que la entidad se encuentra constituida legalmente en su país de origen y que puede intermediar riesgos cedidos desde el extranjero, con indicación de la fecha desde la cual se encuentra autorizada para operar. En este caso, para obtener la inscripción dichas entidades deberán designar un representante en Chile, el que podrá actuar en su nombre con amplias facultades, pudiendo incluso ser emplazado en juicio. El representante deberá tener residencia en Chile.

En el caso que los corredores de reaseguros dejen de cumplir alguno de los requisitos señalados precedentemente, se les eliminará del registro correspondiente.

La Superintendencia, por norma de carácter general, determinará la forma, plazos y periodicidad con que deberán ser acreditados todos los requisitos establecidos en este artículo y las normas que se apliquen en el caso en que un reasegurador, de los señalados en la letra c) del Art 16 del DFL 251, deje de cumplir el requisito de clasificación de riesgo exigido.

## 5.2 Conflictos de intereses que pueden presentarse a los corredores

Dada su calidad de intermediarios, los corredores de seguros pueden tener diversos conflictos de intereses, de los cuales, al tenor de las normas precedentemente transcritas, sólo tiene reglamentación legal el que se produce con motivo de las circunstancias señaladas en el Art 59 del DFL 251, que expresa que *“no podrán ser corredores de seguros:*

- a) los directores, gerentes, representantes legales o apoderados de una entidad aseguradora o reaseguradora, los liquidadores de siniestros, los administradores o representantes legales de una sociedad liquidadora de siniestros, y los trabajadores de cualquiera de las entidades anteriores; y
- b) los directores, gerentes, apoderados o empleados de una administradora de fondos de pensiones, las personas que desempeñen, en cualquier forma o calidad, la actividad de promoción e incorporación de afiliados a una administradora de fondos de pensiones y, en este caso, las que hayan sido eliminadas del Registro que lleva la Superintendencia del ramo, exclusivamente respecto de la intermediación de seguros de renta vitalicia previsional”.

Otros conflictos de intereses que no tienen sanción legal expresa, son los que derivan de la estrecha relación que se forma entre el corredor de seguros y la o las compañías con las que habitualmente intermedian, y entre aquél y los asegurados que son clientes suyos, más aún, si son habituales. Resulta evidente que en la mayoría de los casos, el mayor grado de compromiso del corredor es mayor para con los clientes a quienes atienden, pero como en la generalidad de los casos, esa regla admite excepciones según la importancia relativa de las operaciones y de las compañías aseguradoras y los asegurados con los que el corredor trabaje.

Habitualmente, también, el corredor estará del lado del asegurado y formará frente común con el asegurador frente al reasegurador que respalda la póliza. Esta situación no ocurre, normalmente, con los corredores de reaseguros extranjeros, en los que la mayor lealtad siempre va a estar ligada a la fuente y a la magnitud de las operaciones que constituyen la fuente de ingresos del corredor.

## 6. CONFLICTOS DE INTERÉS ENTRE LOS LIQUIDADORES DE SINIESTROS, LOS ASEGURADOS, LOS ASEGURADORES Y LOS REASEGURADORES

La ocurrencia de un suceso constitutivo de un siniestro que esté o pueda estar amparado por una póliza de seguros, exige obtener la versión de los hechos que debe proporcionar el asegurado, aclarar los antecedentes relativos a la forma en que dichos hechos ocurrieron y sus consecuencias, profundizar la investigación de las causas, si las circunstancias lo ameritan, y paralelamente



evaluar los daños causados y confrontar la totalidad de los antecedentes reunidos con la cobertura de la póliza para determinar si el siniestro es o no indemnizable y el monto de la indemnización en su caso, tomando en consideración el valor de la cosa asegurada, el monto del seguro contratado y las franquicias o deducibles que procedan.

Como resultado de la realización de esas labores, se arriba a una conclusión respecto de sí el siniestro es indemnizable o no y, en su caso, sobre el monto a que debe ascender la indemnización y la forma en como proceda a hacerla efectiva, sea pagando el monto de los daños en dinero, reparando, reconstruyendo o reemplazando los bienes dañados.

En el ámbito internacional al conjunto de estas labores se les denomina el ajuste del siniestro y las personas naturales o jurídicas que las llevan a cabo reciben el nombre de ajustadores de siniestros. En Chile el proceso y su conclusión se denomina “liquidación” del siniestro y “liquidadores de siniestros” o “liquidadores oficiales de seguros” a las personas naturales o jurídicas que lo realizan.

La liquidación de los siniestros y los liquidadores se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico chileno en los artículos 61 a 64 del ya mencionado Título III, “De los Auxiliares del Comercio de Seguros”, del D.F.L. N° 251, de 1931, que regula el comercio de seguros en Chile y en el Decreto Supremo N° 863, de fecha 3 de Octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de Abril de 1990, que contiene el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros.

El Art 61 del DFL 251 expresa que la liquidación de los siniestros amparados por un seguro podrán practicarla las compañías directamente o encomendarlas a un liquidador registrado en la Superintendencia, salvo las excepciones legales. Sin embargo, el asegurado o beneficiario del seguro podrá exigir, en la forma o plazo que establezca el reglamento, que la liquidación la realice un liquidador registrado.

La misma disposición define lo que debe entenderse por liquidación, diciendo que “la liquidación del siniestro tiene por fin básicamente determinar la ocurrencia del siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar, todo ello de conformidad con el procedimiento que establezca el Reglamento”.

El reglamento a que alude es el DS 863 de 1990, precedentemente citado, que contiene la normativa aplicable a los auxiliares del comercio de seguros, esto es, en particular, a los corredores y a los liquidadores<sup>474</sup>.

---

<sup>474</sup> Hay otros auxiliares del comercio de seguros -vgr los comisarios o inspectores de averías- que no están regulados por este D.S. 863 ni por el DFL 251.

En cuanto a los *requisitos para ser liquidador*, el Art 62 dispone que el postulante requiere:

- a) Reunir lo requisitos de las letras a) y b) del artículo 58 del DS 863 (normas que se aplican a los corredores de seguros, según ya hemos visto);
- b) Estar en posesión de la licencia de educación media o estudios equivalentes;
- c) Acreditar los conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros en la forma y periodicidad que disponga la Superintendencia mediante norma de carácter general y no encontrarse en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 44 Bis, que se refiere a los condenados a pena aflictiva o por los delitos contemplados en el DFL 251; los fallidos no rehabilitados, los que tengan prohibición de comerciar y los sancionados por la Superintendencia con la revocación de su inscripción en alguno de los registros que esta repartición lleva;
- d) Constituir una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguro que determine la Superintendencia<sup>475</sup>, para responder al asegurado o beneficiario del seguro objeto de la litigación, del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que por ella puedan ocasionarse;
- e) No ser martillero público, agente de aduanas, corredor de seguros, director, gerente, apoderado o trabajador de alguno de estos o de una entidad aseguradora o reaseguradora, y
- f) Tratándose de personas jurídicas, haberse constituido legalmente en Chile con ese objeto específico y reunir sus administradores y representantes legales los requisitos exigidos para los demás liquidadores.

Las *obligaciones de los liquidadores* son las siguientes, según dispone el Art 63 del DFL 251:

- a) investigar las circunstancias del siniestro para determinar si el riesgo asegurado gozaba de la cobertura contratada en la póliza;
- b) determinar el valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar, informando fundadamente al asegurador y al asegurado la procedencia o rechazo de la indemnización;

---

<sup>475</sup> Por un monto no inferior a la suma más alta entre 500 unidades de fomento o un tercio de los ingresos obtenidos como liquidador en el año inmediatamente anterior, con un máximo de 60.000 unidades de fomento.

- c) proponer a las partes las medidas urgentes que se deban adoptar para evitar que se aumenten los daños y llevarlas a cabo previa autorización escrita del propietario o responsable de los bienes siniestrados, sin perjuicio de las obligaciones del asegurado, y
- d) las demás que establezca el reglamento.

La ley señala expresamente que en el cumplimiento de sus obligaciones los liquidadores responderán hasta de la culpa leve. Por último, en cuanto a las *prohibiciones* a que están afectos los liquidadores y el *resguardo legal de su independencia*, cabe señalar que, con una fuerza que se ha ido acentuando con el curso de los años, el legislador ha querido resguardar la independencia de los liquidadores respecto a las partes interesadas en los resultados de su labor, que son el asegurador y el asegurado, o el beneficiario en su caso.

En efecto, el inciso final del Art. 61 del DFL 251, introducido por la ley 19.769, de 2001, señala textualmente: “En el ejercicio de sus funciones, y sin perjuicio de sus obligaciones legales y reglamentarias, los liquidadores de siniestros deberán guardar la debida independencia y autonomía en su cometido, garantizando la imparcialidad y objetividad del proceso de liquidación, y velar porque sus opiniones se emitan con estricta sujeción a criterios técnicos.”

Dentro de ésta línea de pensamiento, el Art. 64 del DFL 251 establece las siguientes *prohibiciones* a que están afectos los liquidadores en el ejercicio de sus funciones:

- a) Practicar liquidaciones en las cuales tengan interés en razón de parentesco o de su relación con las personas afectadas o con la propiedad de los bienes siniestrados, de acuerdo al reglamento;
- b) Prestar servicios o asumir con las compañías de seguros, responsabilidades distintas a las señaladas en esta ley y el reglamento, y percibir directa o indirectamente beneficios económicos del asegurador, del asegurado o de terceros, distintos de sus honorarios profesionales y retener para sí o adjudicar a personas relacionadas los bienes o productos del recupero que hubieren practicado.
- c) Atender reclamaciones de siniestros en que el liquidador tuviere un interés actual, directo o indirecto.
- d) Asumir el liquidador persona natural, los administradores, representantes legales, apoderados o sus empleados, la representación judicial de las compañías, en juicios seguidos por los asegurados en su contra.

La redacción de este último numeral, introducido también por la ley 19.769 de 2001 con el propósito de resguardar la independencia de los liquidadores, es, sin embargo, deficiente, toda vez que de acuerdo a la historia de su establecimiento, se quiso expresar la idea de que tampoco podían representar

judicialmente a las compañías los representantes legales, apoderados y empleados de los liquidadores *personas jurídicas*. Además, la idea era que tampoco pudieran representar a los asegurados de las compañías por encargo de éstas en juicios con terceros, lo que resultaba de uso frecuente en los seguros de responsabilidad civil <sup>476</sup>.

En resumen, resulta evidente que la ley ha querido establecer un sistema en que el liquidador oficial de seguros inscrito en los registros de la Superintendencia sea verdaderamente independiente de la compañía aseguradora y del asegurado y que investigue el siniestro y sus circunstancias, sin prejuicios dictados por el interés, y proceda finalmente a emitir sus informes de liquidación, de acuerdo al mérito de los hechos, las estipulaciones contractuales y la ley.

Cabe hacer presente que el pago de los honorarios y gastos de los liquidadores de seguros, es de cargo de la compañía de seguros que los nombra, aún cuando sea a petición del asegurado y ella no tiene regularmente derecho a traspasarle el costo al asegurado, ni siquiera parcialmente, ni imputarlo al monto del seguro contratado.

En la actividad aseguradora nacional se constata la existencia de una mala práctica muy generalizada en el mercado, consistente en que los aseguradores entregan la liquidación de los siniestros a los liquidadores, y la defensa de los intereses de la compañía aseguradora respectiva, en los juicios relacionados con dichos siniestros, a abogados estrechamente relacionados con dichos liquidadores, lo que genera un evidente conflicto de intereses, afecta a la transparencia de la actividad aseguradora, pone en tela de juicio la independencia que la ley exige a los liquidadores de siniestros y a la larga perjudica a los asegurados, y desprestigia a los aseguradores, a los propios liquidadores y a la institución del seguro.

Dicha mala práctica, pugna contra la letra y el espíritu del artículo 64 letra b) del D.F.L. 251 de 1931, al que se debe dar estricto cumplimiento no solo en la mera apariencia, sino también en el fondo, lo que se logra en la medida en que los estudios jurídicos relacionados con liquidadores de seguros, o integrados directa o indirectamente por uno o más de los socios de dichos estudios, se abstengan absolutamente de atender litigios que se relacionen con siniestros asignados a estos últimos, evitando así contravenir la norma legal, lo que permitiría mantener la necesaria independencia del liquidador respecto de la empresa aseguradora que le ha encomendado la liquidación de un siniestro.

---

<sup>476</sup> Tampoco ha quedado reflejada en la norma finalmente aprobada, la idea original que extendía la prohibición de los liquidadores, y sus administradores, apoderados o representantes y personas relacionadas, de actuar en representación de las compañías en contra de terceros, ejerciendo los derechos de los asegurados por subrogación legal, actividad que también les resta imparcialidad.

Asimismo, ello contribuirá a que el proceso de liquidación no se vea influido por eventuales intereses o expectativas ajenos al mismo.

El ex-Superintendente de Valores y Seguros, Sr. Alejandro Ferreiro, actual Ministro de Economía, manifestó, en la inauguración de un seminario efectuado en noviembre del año 2005, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que se hacía necesario que los distintos actores del mercado asumieran cabalmente sus respectivos roles, evitando cualquier acción o conducta que pudiese afectar su independencia. Por otra parte, numerosos liquidadores de seguros han expresado -verbalmente y por escrito- su coincidencia con este planteamiento.

Al respecto cabe tener espacialmente presente que ha sido precisamente la Superintendencia de Valores y Seguros la que ha patrocinado e impulsado reformas a diversas normas legales que ya se encuentran en vigencia, destinadas a evitar y prevenir los perniciosos efectos que derivan de los conflictos de intereses, como es el caso, por ejemplo, de los artículos 42, 44, 89, 93 y 136 de la ley 18.046 y de las normas contenidas en el actual Título XV de la Ley 18.045.

## **7. CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LOS ASEGURADOS Y LOS ASEGURADORES QUE SURGEN DE LA INDEMNIZACIÓN MISMA**

Cabe referirse, por último, a los conflictos de intereses que derivan de la indemnización misma de los siniestros, el primero que surge es el de la valorización de los daños. El asegurado siempre pedirá que se le curse una indemnización calculada bajo el supuesto de que la cosa siniestrada era de la mejor calidad y mantenimiento posibles y por ende, lo mas alta que sea posible.

El asegurador tratará de indemnizar, a lo más, por el valor medio, y el liquidador intentará buscar un valor de compromiso, o en subsidio, el que según los antecedentes que obtenga del objeto, sea el que parezca adecuado<sup>477</sup>.

Otros problemas similares, más no idénticos surgen cuando en vez de pagarse su importe en dinero, el asegurador y/o el asegurado optan por la reparación o el reemplazo del bien asegurado.

Cuando se elige la primera alternativa, esto es, la reparación del bien siniestrado, el conflicto surge de la circunstancia que el asegurado va a pretender que dicha reparación sea óptima y efectuada por el especialista de

---

<sup>477</sup> Es un hecho que no se puede desconocer, que influye el "peso relativo" del asegurado y las circunstancias del caso.

mayor reputación y si se trata de un bien de marca, por un agente oficial de ésta; el asegurador querrá, por su parte, minimizar sus pérdidas y tratará de que la reparación sea, dentro de lo razonable, la mas barata posible. En cuanto al reparador, este tratará, también dentro de lo razonable, de hacer el mejor trabajo que pueda a un costo que le genere utilidad.

Si se opta por el reemplazo del objeto asegurado, el conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador se centrará en la equivalencia de la funcionalidad y valor del objeto reemplazado.

Un tema extraordinariamente sensible en cuanto a este último capítulo, es el que se refiere a la calidad del objeto de reemplazo y a la de los materiales o repuestos empleados en la reparación, en su caso.<sup>478</sup>

Resulta muy frecuente que las compañías aseguradoras dispongan que la reparación se efectúe empleando materiales, piezas o partes y/o repuestos que no son los originales, lo que, junto con no ser aceptable para los asegurados, genera, muchas veces, problemas de pérdida de la garantía, e incluso, eventuales responsabilidades por fallas consecuenciales posteriores, e incluso accidentes.

Otro conflicto muy frecuente que se origina al momento del siniestro, es el que se guarda relación con la procedencia o improcedencia de declarar que el objeto asegurado ha sufrido un siniestro de pérdida total.

Si bien el Art 513 del Código de Comercio señala que se considera pérdida total la pérdida o deterioro de las tres cuartas partes del valor de la cosa asegurada, la misma disposición se encarga de añadir que ello procede “*sólo en los casos expresados por la ley*”. Al revés de lo que ocurre en el seguro marítimo, habitualmente las pólizas de seguros terrestres no contemplan la obligatoriedad para el asegurador, de reconocer que un siniestro es de pérdida total y que procede el reemplazo en vez de la reparación del objeto asegurado. Se produce, en consecuencia, una pugna entre el asegurado, y el asegurador. El primero perseguirá, a toda costa, el reemplazo del bien siniestrado, porque fundadamente temerá que, aunque la reparación sea buena, los efectos del siniestro, por su gravedad, no pasarán inadvertidos, afectando su valor de venta posterior.

Muchas veces, en estos casos, las compañías aseguradoras optan por aceptar la pérdida total, aunque ni legal ni contractualmente proceda, teniendo en consideración evitarse ulteriores reclamos o responsabilidades por los defectos de la reparación.

---

<sup>478</sup> Este mismo conflicto, con las variaciones atinentes a su diferente naturaleza, se da en todo tipo de seguros, incluso en los de personas, particularmente los que cubren atención hospitalaria y, en general, gastos de salud.

Por otra parte, al menos en muchos casos, si no en la generalidad, el importe del valor del bien de reemplazo, menos el precio que el asegurador obtiene por los restos del bien siniestrado –que le pertenecen, desde que ha pagado su valor íntegro- se traduce en una cifra final de pérdida que es incluso menor al costo de una reparación.

Por último, cabe citar, a propósito de los conflictos de intereses que surgen a la hora del siniestro, los problemas que acarrear los seguros de responsabilidad civil, en cuanto en algunos casos, el asegurado querrá que la compañía proceda a pagar rápido el monto que exige el tercero perjudicado, sin siquiera discutir la justificación de su importe, para ahorrarse molestias y sanciones. En otros casos, por el contrario, el asegurado querrá que la compañía no pague nada al tercero porque ello importa un reconocimiento tácito de una responsabilidad que afecta su prestigio y que el no acepta, pugnando con los intereses del asegurador que, realistamente, prefiere pagar menos, antes, ahora, que una gran cantidad incrementada por gastos y costas, después.

También se generan conflictos de intereses a propósito del reconocimiento de culpas o la declaración del asegurado en que reconoce hechos de los cuales deriva su responsabilidad, en contra de las prescripciones de la póliza que le exige no hacerlo sin autorización previa del asegurador.

Otro conflicto propio del seguro de RC, surge a propósito del abogado encargado de la defensa del asegurado. Habitualmente el asegurado quisiera atenderse por un profesional de su confianza, en tanto que el asegurador querrá que dicha defensa la haga un abogado designado por ella, con honorarios preestablecidos, generalmente más bajos, y manteniendo, además, así, el control del proceso y de la defensa.

Por último, existe un conflicto de intereses mas profundo, de naturaleza jurídica, pero no desligado absolutamente de los intereses económicos en juego y que guarda relación, también, con las finalidades de la institución: si se acepta o no que el seguro sea cobrado directamente por el tercero perjudicado.

En la mayoría de las pólizas que cubren responsabilidad civil y en algunas legislaciones que lo regulan (en Chile, hasta la fecha, no se encuentra regulado por la ley), los problemas precedentemente referidos son tratados conforme a los siguientes criterios y normas:

- 1) El asegurado deberá dar aviso inmediato al asegurador, de toda noticia que reciba, de la intención del tercero afectado o sus causahabientes de reclamar indemnización; de la amenaza de iniciar acciones en su contra; de las notificaciones judiciales que reciba, y de la ocurrencia de cualquier hecho o circunstancia que pudiese dar lugar a una reclamación en su contra.
- 2) A menos que estén amparados por una cobertura especial, el asegurador responde sólo hasta el límite estipulado en la póliza, por la indemnización

de los daños y perjuicios causados a terceros así como de los gastos y costas del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en contra del asegurado.

- 3) Salvo pacto en contrario, la póliza no cubre el importe de las cauciones que deba rendir el asegurado, ni las multas o sanciones pecuniarias a que sea condenado.
- 4) El asegurador tiene el derecho de asumir la defensa judicial del asegurado frente a la reclamación del tercero. Si la asume tendrá la facultad de designar al abogado encargado de ejercerla y el asegurado estará obligado a encomendar su defensa a quien el asegurador le indique. El asegurado prestará al asegurador y a quienes éste encomiende su defensa toda la información y cooperación que sea necesaria.
- 5) Es prohibido al asegurado aceptar la reclamación contraria o transigir judicial o extrajudicialmente con el tercero afectado, sin previa aceptación del asegurador. El incumplimiento de esta obligación, exime al asegurador de la obligación de indemnizar. No constituye incumplimiento la circunstancia de que el asegurado, en las declaraciones que formule, reconozca hechos verídicos de los que se derive su responsabilidad.

Si el asegurador se negare a acordar una transacción con el tercero perjudicado, será de su cargo el mayor monto a que sea condenado el asegurado en el proceso. Si fuere el asegurado quien se negare a aceptarla, será de su cargo dicho exceso.

- 6) El problema de la acción directa del tercero perjudicado en contra de asegurador, encuentra muy distinto tratamiento y confronta fuerte y directamente a la doctrina y la legislación internacionales.

En muchos países, como Chile, Brasil, la mayoría de los Estados de USA, Inglaterra y Alemania, por citar algunos países, no se acepta la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador.

En otros como México, Colombia, Perú, España, algunos estados de USA, Francia y Bélgica, se reconoce absolutamente la acción directa.

En Italia y Argentina, se la acepta indirectamente, bajo la forma de un sucedáneo, cual es la concesión al tercero perjudicado del derecho de "citar en garantía" al asegurador, en el juicio que enfrenta al asegurado con el tercero perjudicado.

En varios países que como principio no aceptan la acción directa, la reconocen, sin embargo, en el caso de los seguros obligatorios, como el automotriz.



Por último en Inglaterra se reconoce la acción directa en el caso en que el tercero perjudicado no pueda cobrar la indemnización al causante, debido a su insolvencia.

- 7) Cabe señalar que, en todo caso, hay acuerdo unánime en la doctrina que el beneficio del seguro de responsabilidad civil cede a favor del tercero perjudicado, de modo que la indemnización será pagada por el asegurador sólo a éste (en ningún caso al asegurado), sea a virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento.



**Ponencia 7**  
**AUTORREGULACION EN MATERIA DE SEGUROS**  
**(UNA BREVE EXPOSICIÓN DE LA EXPERIENCIA BOLIVIANA)**

**María Sandra Ramírez Bernal**<sup>479</sup>  
Sección Boliviana de AIDA

SUMARIO

1. Introducción. 2. La autorregulación. 3. La experiencia boliviana. 3.1. Instrumentos de la autorregulación. 4. Conclusión.

## 1. INTRODUCCION

El presente trabajo, es una recopilación sintética de la experiencia boliviana en autorregulación en materia de seguros, presentada en el marco del Décimo Congreso Iberoamericano de seguros CILA 2007. Son fuentes del presente la consultoría realizada para la Asociación Boliviana de Aseguradores en Mayo de 2007, que contó con el copatrocinio de la CAF. Además se incluye un modesto aporte propio y una recopilación doctrinal con el objetivo de lograr mayor ilustración en el tema.

## 2. LA AUTORREGULACION

Consultada la doctrina se evidencia que la autorregulación tiene variadas acepciones, coincidentes en algunos elementos básicos. Es así; que se define la Autorregulación, como el proceso voluntario de control y monitoreo interno que tiene una organización, o un grupo de organizaciones.

Este sistema tiene singular importancia en las actividades que aunque son de ejercicio privado, son de interés público. Estas son por ejemplo, la actividad periodística, la publicitaria, la comercial y especialmente la actividad aseguradora. En Europa que es donde se tiene más experiencia en el desarrollo del

---

<sup>479</sup> Abogada y Licenciada en Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Bolivia, con especialidad en seguros y derecho corporativo. Facilitadora de procesos grupales. Graduada Escabo y Prime de la JCI. Asesora Legal de Fidentia (Bolivia) S.A.; International Inspection Services IIS (Bolivia) LTD, Cordill S.A. Presencia S.R.L., Proesa S.A Telefonica Tigo. Asesora Legal FADES, PROCOSI, CIES y otras ONGs. Consultoría para Zurich, Bisa Adriática, Naciona, Unicruz, Sudamericana. Autora del modulo Legislación Municipal publicada por la Fundación Konrad Adenauer. Consultora en la revisión de la Ley de Municipalidades en el Parlamento. Mail: musiscj@web-bolivia.com

concepto, se han alcanzado niveles de alta concientización, inclusive en el Parlamento Europeo que ha aprobado resoluciones y recomendaciones, relativas a la necesidad de la autorregulación televisiva sobre todo en materia de protección de los menores.

Otro campo de ejercicio privado pero de interés público es el periodístico, especialmente sensible a cualquier restricción del poder Estatal o del control social, que pueda interpretarse como un atentado a la libertad de expresión o la libertad de prensa. En este campo, según el autor Hugo Aznar, la autorregulación periodística nace del compromiso voluntario de los agentes que participan en el proceso de comunicación y se dirige a complementar la libertad de los medios de comunicación con un uso responsable de la misma. No tiene en absoluto que ver con la censura ni con la autocensura.

Otra de las experiencias enriquecedoras es la de España que tiene una Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial cuyas normas son aplicadas por un órgano denominado El jurado.

Se tienen establecidos *tres códigos éticos*:

- Un código general, el Código de Conducta Publicitaria,
- Un código sectorial de la publicidad en cine
- Un código para la publicidad en Internet que el pasado noviembre de 2002 fue sustituido por el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (CONFIANZA ONLINE).

Además, hay otros 6 códigos sectoriales de otras entidades que son aplicados por el Jurado. Este proceso voluntario de control al que se somete una empresa o un grupo de empresas, se ha concebido como un concepto complementario, completamente compatible con el control estatal.

Como ya se indicó, la actividad aseguradora es eminentemente privada pero de interés público por lo que no se puede concebir la autorregulación como un sistema sustitutivo del control estatal, sino más bien como una situación complementaria y coadyuvante del mismo. Así ha sido entendido en el caso de las Compañías de Seguro de Bolivia, no se trata de generar mayor carga regulatoria ni tampoco de eliminar la necesaria intervención regulatoria del Estado, se trata de acordar normas de comportamiento de las empresas que favorezcan sus relaciones al interior, con el público usuario y con sus propios accionistas.

Es coincidente la opinión de los tratadistas en sentido, de que solo se puede concebir la autorregulación como un sometimiento voluntario a un conjunto de normas y es complementario y respetuoso del sistema de control del Estado y de las Leyes y normas vigentes en cada País.

Existen también detractores del sistema, corrientes escépticas que consideran que la autorregulación es una utopía impracticable, basados en el principio de

que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo. Estas corrientes sostienen también que la autorregulación podría estar en contraposición con las leyes de cada país.

No obstante de estas opiniones contrarias a la autorregulación la realidad se ha impuesto en la mayoría de los Países, por lo que aparentemente este es un proceso irreversible. Las negativas experiencias en las que se evidenció que grandes corporaciones, tenían dudosos procedimientos e información poco confiable, han derivado en una desconfianza generalizada en los gobiernos corporativos y la realidad de las empresas y han sido circunstancias coadyuvantes a la necesidad de la autorregulación, también como una forma de desarrollar mayor credibilidad ante la sociedad civil y los mercados nacionales o internacionales. En este sentido, cada vez con más frecuencia, las empresas han visto la posibilidad de autorregularse como una posibilidad beneficiosa, tanto para la regulación del mercado, como para su imagen frente a los clientes y a sus propios socios.

Es posible que, el logro de potenciales beneficios para la propia empresa, sea el elemento más persuasivo para que los empresarios puedan ingresar a un sistema de autorregulación.

### **3. LA EXPERIENCIA BOLIVIANA**

Según el trabajo realizado para la Asociación Boliviana de Aseguradores, el avance de un sistema de autorregulación se justifica por las siguientes razones:

- Constituye una iniciativa pionera en el área financiera y es un paso natural en el desarrollo del sector.
- La Iniciativa fortalece institucionalmente a las Compañías de Seguros.
- Los consumidores pueden esperar una mejor calidad de servicio.
- Se constituye en un paso natural en el desarrollo del sector.
- Es un proceso en desarrollo en mercados internacionales.
- Se han reconocido experiencias exitosas en otros países.
- Favorece a las empresas que se guían por pautas más estrictas de comportamiento.
- Aborda deficiencias urgentes y evita su sobre regulación

Sin embargo, la iniciativa no estuvo exenta de dudas y naturales temores, por tratarse de una nueva experiencia. Entre los principales temores se enunciaron los siguientes:

- Que las compañías aumenten la carga regulatoria que deben asumir.
- Que no exista cabal comprensión del seguro en el Consejo desde un punto de vista técnico.
- Que se produzca una avalancha de denuncias.

Las fuentes de referencia para el trabajo realizado sobre *“las buenas prácticas de gobierno corporativo”* han sido tomadas de las recomendaciones de la CAF (Corporación Andina de Fomento) y los procesos de reformas generados en diversos países en esta materia.

En materia de autorregulación se consideraron *“las normas sobre buenas prácticas del NYSE”*, *“Las normas sobre buenas prácticas en el mercado de valores de Inglaterra”*, *“Las normas que se han aplicado asociadas a la supervisión basada en riesgo”*.

En materia de seguros se consideraron

- El Código del Insurance Marketplace Standards Association (IMSA) de USA.
- Las normas de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.
- Las normas sobre buenas prácticas de la Asociación Alemana de Aseguradores.
- Después de un análisis con los actores se formularon las siguientes conclusiones:
- Entre extensión de las normas y fortaleza en el acuerdo sobre ellas, debe preferirse esta última.
- Deben estar de acuerdo en el sistema tanto quienes son responsables corporativamente en las empresas, como quienes están en el área operacional y legal.
- Debe existir la tendencia a que la ley pueda restringirse a aspectos más generales, depositando en la autoridad facultades que permitan mayor flexibilidad.
- La consecuencia natural de este proceso es que la autoridad pueda restringir algunas áreas de regulación, depositando en el sistema de autorregulación facultades que permitan mayor flexibilidad.

Este es un paso muy importante hacia la solidez institucional del sector, ubicándolo en una posición de liderazgo que debe asumir. *“Estos procesos, una vez iniciados, no admiten retrocesos”*.

### **3.1 Instrumentos de la autorregulación**

Como consecuencia del acuerdo entre las Compañías de Seguros de Bolivia, se ha aprobado y adoptado el Compendio de buenas prácticas de Gobiernos corporativos y el Código de Autorregulación cuyas partes principales son las siguientes:

- *Compendio de buenas prácticas y gobiernos corporativos*

El Artículo 1.1 define la naturaleza de la norma y textualmente dice: *“El Compendio de Buenas Prácticas y Gobiernos Corporativos de las Compañías*

*de Seguros es el conjunto de normas y principios al que los adherentes del Código de Autorregulación, en adelante “las compañías”.*

Han decidido sujetarse voluntariamente, con el objeto de propender al desarrollo del mercado de los seguros boliviano, en consonancia con los principios de libre competencia y buena fe que debe existir entre las empresas, y entre éstas y sus clientes.

Estas normas tienen su origen en la propia iniciativa de las compañías. Se trata de principios y normas acordadas por todos, de aplicación análoga y general para los distintos tipos de seguros, destinadas a perfeccionar el desempeño de la industria”. También hace una definición de términos y el marco general por el cual se define que forma parte del Código de Autorregulación y Gobiernos Corporativos de las Compañías de Seguros, y su aplicación, interpretación y modificación se rige por las normas comprendidas en él.

Por otra parte se ha convenido que las normas del Compendio se Compatibilicen con las leyes nacionales. Se ha definido que toda práctica de los adherentes deberá ceñirse a la moral, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico imperante. Se ha consagrado el principio de de la buena fe, la sana competencia, relaciones justas y la cooperación con la comunidad

El compendio comprende disposiciones básicas sobre las Prácticas al interior de las Compañías, como buena fe en las relaciones internas, información al público, relación con la autoridad, exigencias para vendedores y trabajadores en general.

Se han convenido normas para regular las prácticas entre Compañías entre las que se encuentran *“la Competencia leal, Información y el tratamiento de los Conflictos”* entre Compañías. Y finalmente se han acordado normas que regulen las prácticas entre las compañías y los clientes, habiéndose convenido la obligación de buen servicio, obligación de respuesta frente a reclamos, la publicidad del seguro, la publicidad comparativa, información del cliente, reglas para sus relaciones con los intermediarios.

Se ha incluido todo un capítulo sobre Gobiernos Corporativos que comprende normas sobre: Adecuación a estándares mínimos, tratamiento justo a los accionistas, información a los accionistas, disposiciones sobre el Directorio, los Directores, Ejecutivos principales, Información financiera y la Auditoría externa.

- *Código de autorregulación y gobiernos corporativos de la asociación boliviana de aseguradores*

En su introducción este código textualmente dice *“La Asociación Boliviana de Seguros ha promovido la dictación de este Código de Autorregulación y Gobiernos Corporativos, con el objeto de lograr que todas las compañías cumplan con estándares comunes y de general aceptación”.*

Para ello, se asume el compromiso de concentrar todos los esfuerzos en el estricto cumplimiento de las normas incluidas en el Compendio de Buenas Prácticas y Gobiernos Corporativos. Una vez que esas buenas prácticas se encuentren sólidamente asentadas, corresponderá evaluar el aumento de la exigencia de las normas del Compendio y lograr que espacios significativos de la regulación actualmente entregada a normas legales y reglamentarias, queden recogidos en Compendio en forma autorregulada.

El propósito de esta Código y del Compendio es así propender al desarrollo del sector asegurador y a brindar a los clientes de las compañías de seguros un servicio de satisfacción adecuadamente sus necesidades.

El Consejo de Autorregulación que se crea está llamado a interpretar y aplicar de manera general las normas de este Código y del Compendio, ejerciendo sus facultades de oficio o a petición de quien estimare que existe una infracción. Por ello, el Consejo no está llamado a resolver contiendas específicas propias de la jurisdicción ordinaria, administrativa o arbitral, sino sólo en cuanto signifiquen establecer recomendaciones generales para la industria del seguro. Esta es la más clara exposición de lo que se pretende lograr con este instrumento, además de criterios claros de las materias expresamente excluidas del sistema como son los conflictos entre las partes que deberían ser atendidos por los tribunales ordinarios, las instancias administrativas o arbitrales.

En su Art. 1. Aplicación dice: *“Este Código rige la aprobación, modificación, interpretación y aplicación del Compendio de Buenas Prácticas Corporativas, en adelante “el Compendio”, así como del conjunto de normas destinadas al funcionamiento del Consejo de Autorregulación y Gobiernos Corporativos de las Compañías de Seguros, en adelante “el Consejo”.*

El Código define lo que son Compañías Adherentes disponiendo que la compañía interesada deberá declararlo así mediante escritura pública formal. Esta es una demostración de la importancia asignada a la expresión de la voluntad de los actores, para someterse a un sistema de autorregulación, porque además al exigirse que las Compañías Adherentes, suscriban Escritura Pública formal, queda implícito que a nombre de la Compañía, solo puede suscribir su representante legal con suficiente personería, es decir en virtud de un Poder Notariado que tenga suficientes facultades y previa aprobación del órgano corporativo interno de acuerdo a sus estatutos. Este acto de voluntad además es plenamente formal y de plena fuerza probatoria al realizarse ante un Notario de Fe Pública.

El Código contiene disposiciones sobre la Asamblea de Adherentes, las juntas y sus atribuciones:

- Se crea el Consejo de Autorregulación que tiene por objeto velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas del Compendio de



Buenas Prácticas Corporativas, en conformidad a lo establecido en el Código.

- Dispone su integración, directiva, funcionamiento, competencias, el procedimiento a aplicarse en los asuntos sometidos a su conocimiento.

Finalmente se incluye un capítulo sobre el compendio de buenas prácticas y Gobiernos Corporativos, que textualmente dice: *“El Compendio de Buenas Prácticas y Gobiernos Corporativos de las Compañías de Seguros es el conjunto de normas y principios al que los adherentes del Código han decidido sujetarse voluntariamente, con el objeto de lograr el desarrollo del mercado de los seguros en consonancia con los principios de libre competencia y debida lealtad que debe existir entre las empresas y entre éstas y los consumidores”*.

Estas normas tienen su origen en la propia iniciativa de los agentes. Se trata de reglas acordadas por todos ellos, de aplicación análoga y general para los distintos tipos de seguros, destinadas a perfeccionar el desempeño de la industria. Esta es la expresión clara de la naturaleza jurídica de este instrumento de autorregulación. También se incluyen previsiones para la Reforma del Compendio y la Publicación de las Normas.

## **5. CONCLUSIÓN**

Como conclusión de todo lo expuesto se puede indicar que la Autorregulación es un proceso en desarrollo a nivel mundial, que aparentemente es irreversible, no obstante los detractores del sistema, se viene imponiendo cada vez en más países y en más actividades.

Este sistema recoge el principio de la buena fe, la aspiración humana natural de obrar bien, expresión institucionalizada de la voluntad de los actores, de ponerse de acuerdo para obrar correctamente y definir mecanismos voluntarios de control de este comportamiento. A futuro, va a ser de mucha importancia mantenerse atento al desarrollo del sistema en el mercado asegurador boliviano, solo el tiempo, tiene la respuesta sobre el impacto de la iniciativa.



**COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”  
Instituto de Ciencias del Seguro**

**Para cualquier información o para adquirir nuestras publicaciones  
puede encontrarnos en:**

FUNDACIÓN MAPFRE  
Monte del Pilar, s/n – 28023 El Plantío, Madrid – (España)  
Telf.: + 34 915 818 768  
Fax: +34 913 076 641  
publicaciones.ics@mapfre.com  
www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la Cláusula *CutThrough*. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008
124. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
123. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento *bootstrap*. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2007

118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007
111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El *Fair Value* de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIIF y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006

100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?. 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político?. 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004

80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001

61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999
48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1997  
Fundación MAPFRE Estudios

39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997

38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1996  
Fundación MAPFRE Estudios

32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1995  
Fundación MAPFRE Estudios

28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1994  
Fundación MAPFRE Estudios



22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994

Nº Especial Informe sobre el mercado español de seguros 1993  
 FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS

16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de *controlling* estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991