

La prevención y el seguro

1. Consideraciones generales:

Desde las antiguas medidas de protección adoptadas por el hombre en una primera etapa de la historia de la humanidad, hasta la época actual caracterizada por un gran desarrollo industrial con técnicas sofisticadas, útiles pero en veces peligrosas, la prevención ha adquirido importancia cada vez mayor y un alcance más amplio, ya no limitada a evitar o reducir los daños sino dirigida a proteger el patrimonio de la comunidad.

Los "riesgos industriales" son el precio de la sociedad por el alto desarrollo tecnológico, caracterizados por el "gigantismo", en cuanto que los capitales expuestos en razón de la concentración en instalaciones industriales adquieren valiosas cuantías, y la "peligrosidad" que resulta propia de la actividad de ciertas industrias, unido a ello el concepto de la economía moderna de obtener un máximo de producción al mínimo costo lo cual lleva a utilizar mano de obra no calificada, maquinaria poco útil o insuficientemente experimentada, mal acoplamiento de sistemas e instalaciones, etc.

Pero si bien la propensión al siniestro por riesgos industriales va en aumento, la prevención está adquiriendo igualmente un papel muy importante.

2. Objetivos:

La prevención busca evitar la realización del riesgo o atenuar sus consecuencias limitando la magnitud de los daños en caso que se presente el siniestro. De ahí la necesidad de medir bien el riesgo e investigar los medios adecuados para evitar que se realice.

3. Razones justificativas:

a) Éticas. La prevención tiende a la defensa de la vida humana y la integridad física de las personas, obligación elemental

Resumen de la ponencia sobre este tema, presentada al IV Congreso de A.I.D.A., en Madrid, por el Profesor Ernesto Caballero Sánchez. (Resumen preparado por Carmenza Mejía, Asociación Colombiana de Derecho del Seguro, ACOLOSE).

La prevención ha adquirido importancia cada vez mayor, dirigida a proteger el patrimonio de la comunidad.

Deben justificarse los costos de las medidas de protección y seguridad... que tengan una correlación económica razonable con el valor real de los bienes objeto de protección.

derivada del derecho a la vida, así como a la defensa de un patrimonio que de una u otra forma resulta producto de toda una comunidad.

b) Económicas. El siniestro constituye un menoscabo patrimonial que puede afectar tanto al individuo como a la sociedad entera pues ésta en forma directa o indirecta recibe el influjo del daño o pérdida de una vida humana o de un bien material.

Desde el punto de vista de la empresa, ésta por definición exige del empresario la asunción de todos los riesgos ya sean propios de la actividad de explotación o de aquellos que, aún externos, puedan afectar el proceso productivo.

Lo que se ha denominado Gerencia del Riesgo (Risk Management) constituye una rama importantísima en la gestión de empresa y está siendo desarrollada por importantes asociaciones¹. Tiene una función principal consistente en "identificar todas las causas potenciales de pérdidas para el empresario, sean materiales o financieras y poner remedio a ellas". (Ponencia de Gran Bretaña).

Los medios que debe utilizar la Gerencia del Riesgo son los siguientes: (también según la ponencia británica):

- "a) Eliminación del riesgo (es decir, prevención).
- b) Reabsorción del riesgo, o sea aceptación de una serie de pérdidas regulares y conocidas cuyas consecuencias financieras serían consideradas como un gasto comercial.
- c) Disminución del riesgo mediante medidas positivas tales como la instalación de extintores automáticos de agua o de detectores de alarma contra el fuego (producción o minimización de riesgos).
- d) Cesión del riesgo a un asegurador".

El problema de la rentabilidad

Se plantea si es o no rentable la prevención a lo cual forzosamente hay que responder afirmativamente.

En primer lugar por las razones que han sido expuestas respecto a las amplias repercusiones que tiene un detrimento patrimonial y las consecuencias de una parálisis en el proceso productivo de una empresa; en segundo lugar, por la disminución que representa en los costos del seguro al reducir las primas pues éstas están en relación con el estado del riesgo y éste disminuye por la adopción de medidas de protección y seguridad.

Con todo, deben justificarse los costos de tales medidas de protección y seguridad, esto es, que compensen las probables pérdidas de un siniestro, que tengan una correlación económica razonable con el valor real de los bienes objeto de protección y representen costos escasos en relación con el total de la inversión.

A este respecto existen importantes trabajos y se ha llegado incluso a la elaboración de una fórmula matemática para determinar la rentabilidad de la prevención respecto a las pérdidas probables.

c) Sociológicas. Evitar las dimensiones sociales que puede adquirir un siniestro, respetando de un lado los derechos y bienes de los demás y velar por el bienestar y salud de toda la comunidad.

¹ La americana "Association of Insurance Buyers" o la Británica "Association of Risk Management in Commerce and Industry" vienen realizando una importante labor en ese sentido.

d) Ecológicas. El equilibrio ecológico, amenazado por los avances tecnológicos, se convierte en un importante capítulo y en objeto fundamental de la acción preventiva en la protección del medio ambiente, defensa del paisaje, lucha contra la contaminación, etc.

4. Ensayo de un concepto:

Prevención, protección y medidas de seguridad. Vistas las anteriores consideraciones se puede definir la prevención como el "conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes".

Si bien se trata de un concepto amplio, es necesario distinguir entre prevención, protección y medidas de seguridad.

La prevención, como queda definida, resulta el género, mientras que la protección más concretamente es "el conjunto de medios materiales directos que atacan el riesgo para hacerlo desaparecer o reducir al máximo sus consecuencias cuando se transforma en siniestro" y las medidas de seguridad son "los instrumentos técnicos en que se concreta la actividad de protección".

Por su parte la prevención puede ser directa (protección) o prevención en sentido estricto, serie de medidas concretas tendientes a evitar el siniestro o a reducir sus efectos, la cual a su vez puede ser activa y pasiva. La protección activa se realiza a través de la utilización de los sistemas de seguridad; la protección pasiva está conformada por las medidas de tipo estructural como paredes cortafuegos, aislamientos, etc.

La prevención indirecta se manifiesta a través de métodos diversos como estímulos e incentivos económicos, la publicidad, medios educativos, etc.

5. Medios e instrumentos preventivos:

De acuerdo con la clasificación anterior, los medios e instrumentos preventivos pueden ser directos e indirectos. Los primeros son exclusivamente técnicos: medidas de protección y seguridad que atacan directamente el riesgo, entre los cuales cabe toda clase de precauciones y protección de bienes materiales. Los segundos o inmateriales están constituidos por estímulos y métodos diversos: incentivos económicos, medios psicológicos de persuasión (divulgación, propaganda); medios educativos y formación prevencionista; e instrumentos jurídicos.

PREVENCIÓN Y SEGURO

El fin primordial del seguro es resarcir los daños y perjuicios, en tanto, que la prevención ataca el origen de los mismos, buscando eliminar previamente su causa.

En este sentido podría pensarse que son totalmente independientes e incluso que resultan contradictorios por cuanto la finalidad misma del seguro de indemnizar daños ya surgidos, aparentemente excluye la importancia de prevenirlos, de igual modo que un perfeccionamiento de la prevención llegaría a hacer innecesario el seguro. Sin embargo, esta posición es puramente teórica, además que resulta utópico pensar en tal perfec-

Es necesario distinguir entre prevención, protección y medidas de seguridad.

cionamiento de la prevención que llegue a eliminar la totalidad de los siniestros.

Los aseguradores cada vez en forma más estrecha participan en el desarrollo e impulso de la prevención, bien sea por razones generales como las de carácter ético o social participando activamente en la lucha de toda la humanidad contra los riesgos y peligros que le amenazan en aras de un constante progreso, en que el estamento asegurador constituye uno de los colaboradores más eficaces por su conocimiento profundo y evaluación permanente de los riesgos, o bien por razones derivadas de las mismas funciones de la institución aseguradora.

El aumento de tarifas no puede ser la solución sino hasta ciertos límites y el constante aumento en las primas no es la imagen más conveniente de la actividad aseguradora. Su mayor dedicación a los aspectos preventivos busca hoy fundamentalmente proteger también a los asegurados reduciendo para ellos el precio del seguro al reducir la siniestralidad, concepto contrario al que se esgrime con frecuencia de que los aseguradores buscan la prevención en provecho propio para pagar menos siniestros.

Si bien puede aparecer de esto el problema de la competencia tarifaria, ello queda a cargo de los controles estatales a las compañías aseguradoras sobre competencia desleal. De otra parte, a los órganos estatales debería corresponder igualmente, facilitar a los asegurados y aseguradores medios para el ejercicio de la actividad preventiva, por ejemplo, mediante la autorización de créditos a los asegurados con bajo interés para medidas de protección y seguridad y que los préstamos de los aseguradores destinados a tal fin puedan ser computados para la inversión forzosa de sus reservas técnicas.

EL CASO ESPECIFICO DEL DERECHO DE SEGUROS

Dentro de los instrumentos jurídicos reguladores de la prevención cabe distinguir, como lo hace la ponencia italiana, aquellos cuya finalidad exclusiva o principal es la de influir en la prevención y aquellos que aunque persiguen otras finalidades pueden ejercer cierta influencia en ella. Los primeros serían las disposiciones administrativas reguladoras de las medidas de prevención, protección y seguridad y los segundos serían las medidas precautelativas indirectas contenidas en el derecho de seguros.

1. El derecho común ante la prevención

En general el Derecho Civil en la mayoría de las legislaciones no contempla el fenómeno de la prevención, con excepción del derecho checoslovaco y en cierto modo el caso de Polonia, cuyo Código Civil contiene normas específicas en materia de prevención.

2. El derecho administrativo de la prevención

Casi sin excepción y con mayor o menor amplitud, la regulación de los medios de prevención directa se lleva a cabo a través de disposiciones que integran lo que puede denominarse el derecho administrativo de la prevención, sobre medidas de precaución y técnicas a adoptar en distintas actividades (construcción de edificios, protección industrial, protección a los trabajadores,

Los aseguradores cada vez en forma más estrecha participan en el desarrollo e impulso de la prevención.

transporte de mercancías inflamables, etc). Tales normas son propias de la técnica prevencionista de dichas actividades pero independientes de los aspectos asegurativos de las mismas. Sólo cabe citar como excepción la Seguridad Social, la cual recoge no sólo las disposiciones reguladoras de las prestaciones (seguros de enfermedad, accidentes de trabajo) sino también normas sobre higiene y seguridad del trabajo.

3. Derecho de seguros y actividades de prevención

Se trata de saber si en el campo específico del derecho de seguros las disposiciones recogen o no el elemento prevención.

En esto hay que distinguir la postura de los países socialistas de la de otros países.

a) Países Socialistas. Estos incluyen con carácter esencial, normas sobre prevención dentro de los ordenamientos de seguros. La actividad preventiva está estrechamente ligada a la actividad aseguradora. Esta concepción, recogida fielmente por la ponencia de Polonia, en el sentido de que en el derecho de seguros de los países socialistas existe una prevención surgida del propio seguro, se traduce en "el conjunto de acciones directas y medidas de influencia indirecta emprendidas o aplicadas en la actividad del seguro con el fin de disminuir la frecuencia del acaecimiento o intensidad de acción de los casos fortuitos cubiertos por la prevención nacida del seguro".

En el derecho yugoslavo se llegó a dar inicialmente a las medidas de prevención una función equivalente a la reparación y en tal sentido constituían una función primordial del seguro; posteriormente y como consecuencia del principio de la autogestión, propia de estos países, según el cual los fondos de prevención y las empresas de seguros deben ser administradas por quienes han aportado los medios, esto es, por los asegurados, la función única y primordial del seguro es la protección económica de las cosas y las personas, en tanto que las medidas preventivas constituyen "la participación del asegurador en la aplicación de las medidas destinadas a combatir y prevenir los riesgos de conformidad con los intereses económicos de los aseguradores y de las organizaciones de seguros".

b) Otros países. En general los países no socialistas no contienen en sus ordenamientos jurídicos referentes al seguro, normas sobre prevención, por lo menos no en forma expresa. Cabe destacar sin embargo que se ha producido una evolución en tal sentido.

Modernamente se está concibiendo cada vez más como un servicio al asegurado pero debe tratar de recogerse y sistematizarse en normas de derecho positivo. Si bien puede parecer difícil debido al gran número de legislaciones diversas, la tarea puede ser facilitada a través de un Convenio Internacional sobre regulación de la Acción Preventiva dentro del campo del seguro, comenzando con la inclusión a nivel internacional de cláusulas sobre prevención en las pólizas de seguros.

Este podría ser uno de los principales objetivos del "Centro Mundial de Coordinación e Intercambio de Estudios y Experiencias entre el Seguro y la Prevención", cuya creación se propone al final de la ponencia.

Proteger también a los asegurados reduciendo el precio del seguro al reducir la siniestralidad.

EL CONTRATO DE SEGUROS Y LOS ELEMENTOS PREVENTIVOS

1. La noción del contrato y la prevención

Las definiciones del contrato de seguro no incluyen en forma expresa el elemento prevención. Ello es así, a pesar de la relación cada vez mayor entre seguro y prevención, por cuanto la causa del contrato de seguro, cobertura de riesgos con fines indemnizatorios, es distinta de la causa de un contrato de prevención, prestación de servicios de protección y seguridad.

Ocorre no obstante que en la relación entre el asegurador y asegurado hay una serie de mecanismos que de manera directa o indirecta tienen efectos preventivos y que surgen en la fase precontractual o contractual y dentro de ésta última, antes o después del siniestro.

Fase precontractual:

El asegurador dispone de una serie de mecanismos para hacer una selección del riesgo, a través de la cual puede llegar a exigir al asegurado ciertas medidas de prevención o incluso, en ciertos casos, a no celebrar el contrato. Dichos mecanismos con que cuenta son las declaraciones previas del asegurado, las cuales deben ser hechas con absoluta sinceridad; visitas de los equipos técnicos; la proposición del seguro, etc.

En esta etapa el asegurador puede ejercer una influencia directa sobre el asegurado mediante la recomendación, exigencia o asesoramiento sobre las medidas de prevención que éste debe tomar, sin perjuicio de que si la presta el servicio de asesoramiento técnico quede por ello coartado en su derecho de alegar la reticencia del asegurado en sus declaraciones; así lo entienden la mayoría de las ponencias nacionales. Se trata de un servicio que ya están prestando algunos aseguradores.

De las declaraciones del asegurado éste resulta exclusivamente responsable pudiendo llegar a ser nulo el contrato por la reticencia e inexactitudes en que incurra. Este criterio es bastante riguroso en algunas legislaciones; en otras se tiene en cuenta el elemento "buena fe" y la verdadera incidencia de la reticencia o declaración inexacta en la cobertura del riesgo.

La determinación de la prima puede tener también un efecto preventivo. Las reducciones de primas por cumplir determinados requisitos de seguridad estimulan al asegurado, siempre y cuando los costos de tales medidas sean proporcionales a la reducción de la prima. El sistema de cualificar los riesgos en forma individualizada viene siendo empleado con el fin de corregir los defectos de las estadísticas, para determinar en cada caso los riesgos favorecidos por reducciones o aquellos que sufran aumento en la prima. Si bien las estadísticas no pueden estimar matemáticamente el riesgo individualizado resultante del análisis de los factores condicionantes de la tarifa, los especialistas con base en su experiencia fijan las agravaciones o desgravaciones conforme a la idea de prevención y al interés general. Así, los riesgos más peligrosos soportan una mayor contribución. En el seguro de automóviles, por ejemplo, tal es la tendencia tarifaria en la cual suele tenerse en cuenta elementos como el vehículo, edad y experiencia del conductor, etc. Estos criterios se corrigen con el sistema "Bonus Malus", que consiste en la personalización de la prima con un criterio preventivo,

Moderadamente se está concibiendo cada vez más la prevención como un servicio al asegurado.

pues está en función del número de accidentes sufrido por el conductor asegurado. El sistema "Bonus Malus" ha resultado bastante positivo y se ha constituido como un elemento de equidad, moralización y prevención.

Fase contractual:

a) Obligaciones preventivas: El deber general de diligencia. En los países cuyos ordenamientos jurídicos de seguros incluyen el elemento prevención, en especial los países socialistas, el cumplimiento o no por el asegurado de medidas de seguridad puede producir no sólo la determinación de ciertas condiciones como la reducción o incremento de las primas, sino llegar incluso a dar derecho al asegurador a rescindir unilateralmente el contrato. En los demás países, si no en sus disposiciones legales, en la práctica se han elaborado especificaciones de carácter preventivo en forma directa o indirecta.

Aun cuando el contrato de seguro no incluye en forma expresa la obligación preventiva, y normalmente es así por cuanto de otro modo podría resultar discordante con la causa misma del contrato de seguro, debe plantearse de manera muy importante el deber general de diligencia del asegurado antes de que se produzca el siniestro.

Las obligaciones que pueden denominarse como preventivas, derivadas del contrato de seguro aparecen como deberes o cargas del asegurado en íntima dependencia con la naturaleza de riesgo. Es procedente además, como lo hace la ponencia de Suiza, distinguir entre las obligaciones o deberes preventivos y cláusulas de excepción. "Sus finalidades —dicen los ponentes suizos con base en la legislación de su país— son fundamentalmente diferentes: el deber preventivo impone al tomador de seguro un cierto comportamiento para prevenir una amenaza de peligro. Las cláusulas de excepción permiten, por el contrario, al asegurador —cuando lo hace de forma precisa e inequívoca— negar la inclusión en su garantía de acontecimientos que, dada su naturaleza, presentan el carácter de riesgo, contra las consecuencias del cual el seguro ha sido concertado".

Prevención directa e indirecta

Estas cargas pueden ser medidas concretas de protección y seguridad tomadas por el asegurado (prevención directa) y la utilización de otros instrumentos materiales, (prevención indirecta).

Las primeras constituyen la obligación del asegurado de dar al asegurador las informaciones necesarias sobre las condiciones y medidas a adoptar, las modificaciones que sufran dichas condiciones especialmente si conllevan agravación del riesgo.

Es importante analizar a quién corresponden tales obligaciones en el seguro por cuenta de un tercero: si al asegurado o al tomador. En principio, es difícil suponer que corresponde al asegurado por cuanto está más cerca de la cosa asegurada que el tomador. Sin embargo, deberá especificarse claramente.

La modificación de las condiciones de seguridad antes del siniestro, conceden derecho al asegurador a rescindir el contrato. En algunas legislaciones se distingue entre una rescisión automática cuando la modificación es imputable al asegurado, o diferida a un determinado plazo después de haberse producido la modificación cuando no le es imputable; pero en la mayoría de

En la relación entre asegurador y asegurado hay una serie de mecanismos que de manera directa o indirecta tienen efectos preventivos.

A través de la selección del riesgo, el asegurador puede llegar a exigir al asegurado ciertas medidas de prevención.

las legislaciones se establece tan solo el derecho del asegurador de denunciar el contrato cuando ha habido agravación del riesgo.

Si el siniestro ocurre y se comprueba que ha habido modificación del estado del riesgo sin que hubiere conocido de ello el asegurador, la solución generalizada es la de exonerar a éste de su deber de indemnizar o de reducir el monto de la indemnización, sea que se trate de aquellas circunstancias que conocidas lo hubieren llevado a no celebrar el contrato o aquella agravación que tan solo hubiere implicado pactar nuevas condiciones.

La pérdida de la indemnización puede ser condicionada a si el asegurado conoció o no la agravación y que además dicho hecho agravatorio dé origen al siniestro. Generalmente no se prevé como obligación al asegurado el mejoramiento de las medidas de prevención durante la vigencia del contrato y normalmente el no mejoramiento de tales medidas no origina una agravación del riesgo. Incluso los países socialistas que consagran la acción preventiva, no establecen sanciones por la omisión de mejorar las medidas preventivas, cuando ello no implique forzosamente una agravación del riesgo. Tan solo podría pensarse entonces, aunque con no pocos problemas interpretativos en las distintas legislaciones, en imponer al asegurado la carga de mejorar la prevención cuando resulte que de no hacerlo surge una mayor propensión al siniestro. Pero si bien puede parecer difícil constituir legalmente para el asegurado la carga de perfeccionar su acción preventiva, en la práctica, por vía contractual, está siendo establecido, con la determinación incluso de las consecuencias de su incumplimiento.

La responsabilidad del asegurador asesor o revisor de medidas de seguridad:

Este problema fue planteado por la ponencia de Estados Unidos, con base en la doctrina de varios tribunales americanos que declaran la responsabilidad de los aseguradores cuando hubieren intervenido directamente o a través de empresas de prevención en la asesoría o revisión de las instalaciones de seguridad del asegurado, por los daños ocasionados a terceros.

Aunque esta tendencia puede resultar rígida en Norteamérica donde tal asesoramiento e inspección de los aseguradores es frecuente, es ampliamente discutible en el resto de países.

Prevención indirecta:

Como se viene analizando, la acción preventiva puede llevarse a cabo directamente a través de medios materiales (extintores, etc.) o indirectamente por medios inmateriales que pasamos a estudiar.

a) Franquicias. Estipuladas como cláusula contractual, constituyen un estímulo al asegurado en su interés en que el siniestro no se produzca y una medida de evidente efectividad preventiva en los ramos del seguro donde se practica. Con ella el asegurado asume una parte del riesgo; el asegurador indemniza tan solo a partir de cierta suma o bien descuenta un porcentaje que corre a cargo del asegurado lo cual estimula a éste último en su diligencia y cuidado.

b) Deber de aminorar las consecuencias del siniestro. Se trata de una medida que actúa directamente sobre la conducta del asegurado.

Analizando la cuestión que este deber plantea, respecto a si su incumplimiento conlleva la exoneración de indemnizar por parte del asegurador, se adopta en la mayoría de las legislaciones un criterio un tanto benigno, denegando la indemnización tan solo cuando haya habido dolo o culpa grave del asegurador, aunque le imponen de manera general la carga de un comportamiento diligente ante la producción del siniestro, al igual que al asegurador la obligación de correr con los gastos producidos con ocasión del salvamento.

c) Reposición. Siguiendo el principio de que la indemnización no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado, al percibir éste como máximo una indemnización de acuerdo con el daño realmente sufrido, se elimina o reduce la posibilidad de provocar la realización del riesgo. En este sentido, la indemnización constituye una obligación para el asegurado de destinar su importe a una finalidad concreta y específica establecida por una norma de carácter general con lo cual vendría a eliminarse el llamado riesgo subjetivo.

Por último, existe toda aquella clase de medios preventivos indirectos como medidas de precaución que se imponen al asegurado, las exhortaciones a su diligencia y cuidado, investigación previa de los aseguradores y el cumplimiento de las normas administrativas sobre protección y seguridad de edificios, transportes, etc.

B. El dolo o negligencia del asegurado:

Resulta forzoso distinguir entre el dolo y la culpa del asegurado. Respecto al dolo es unánime el criterio de excluir la cobertura de los daños causados por actos intencionados del asegurado, atendiendo a la naturaleza misma del seguro. Respecto a las acciones culposas, el criterio difiere en aquellos sistemas que distinguen varios grados de culpa a aquellos en que no. Quienes hacen la graduación de la culpa llegan incluso a atribuir los mismos efectos del dolo cuando el siniestro se produce por una acción extremadamente negligente del asegurado. Por el contrario, en aquellos ordenamientos que no siguen esta distinción no se atribuye con tanta facilidad a la culpa los mismos efectos del dolo, lo cual evita suponer que en la mayoría de los casos el asegurador quedese libre de indemnizar por actos culposos del asegurado. Resultaría también un contrasentido con la existencia del seguro de responsabilidad civil, que ampara el daño que ocasiona el asegurado sin intención, es decir, sin culpa o negligencia.

Es importante en todo caso analizar cuidadosamente la cuestión respecto a atribuir a aquellas conductas conscientemente negligentes los mismos efectos del dolo, conductas que ciertamente se encuentran en el límite máximo de la culpa muy próximas a ser constitutivas del dolo civil o bien a formar parte de lo que doctrinariamente se conoce como dolo eventual.

C. Dolo o negligencia de representantes y empleados del asegurado:

Atendiendo a la teoría de la REPRESENTACION, los actos de aquellas personas con poder de representar al asegurado, deben estimarse como realizados por el propio representado y así, el dolo o culpa de aquellos acarrear para éste último las mismas consecuencias que si hubiesen sido realizados por él mismo.

Las reducciones de primas por cumplir determinados requisitos de seguridad estimulan al asegurado.