

ESTUDOS DE DIREITO DO SEGURO
Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS

VOLUME 1

I Fórum de Direito do Seguro "José Solleró Filho"

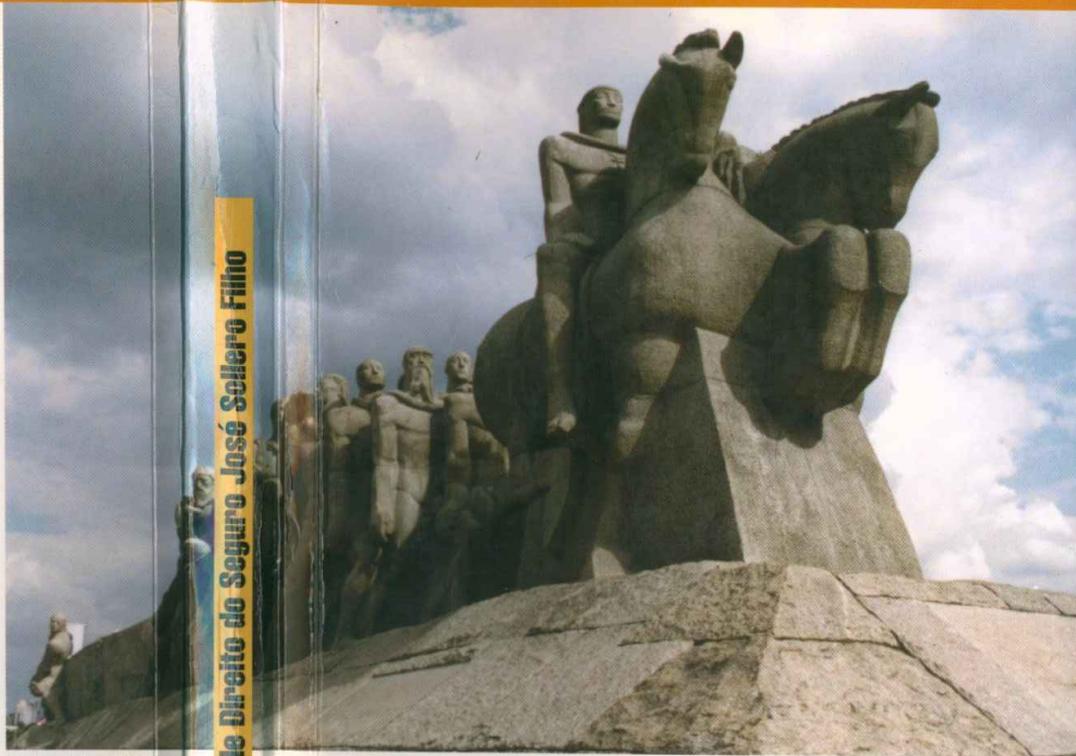


Foto da capa: "Monumento às fundação"
do paulista Bento de Barros Neto

I Fórum de Direito do Seguro José Solleró Filho

PATROCÍNIO



APOIO



Seguros Riscos

LAYAM TOUR



PROMOÇÃO



Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

ISBN 858630098-5



9 788586 300981

Max
Limonad



I Fórum de Direito do Seguro "José Solleró Filho"

A N A I S

Max
Limonad

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

**1º FÓRUM
DE DIREITO DO SEGURO
José Sollero Filho**



Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

**1º FÓRUM
DE DIREITO DO SEGURO
José Sollero Filho**

**Max
Limonad**
●

Copyright:
Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS

Copyright da presente edição:
Editora Max Limonad
Moisés Limonad

Editora Max Limonad
São Paulo
fone: (0XX11) 3873-1615
www.maxlimonad.com.br
E-mail: maxlimonad@maxlimonad.com.br

ISBN: 85-86300-98-5

2001

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
-----------------------	---

I - PRINCÍPIOS

J. J. Calmon de Passos	11
O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro	
Ovídio A. Baptista da Silva	21
Relações Jurídicas Comunitárias e Direitos Subjetivos	
Hilda Esperanza Zornosa Prieto	49
Aproximación al fenómeno del riesgo en la era tecnológica: Fundamentos para su comprensión y tratamiento en la obra de Niklas Luhmann	
Arturo Díaz Bravo	73
¿Consensualidad o formalidad?	
Sergio Cavaliere Filho	85
A trilogia do seguro	
Ruben S. Stiglitz	99
El Contrato De Seguro Como Contrato Por Adhesión. Cláusulas Abusivas. Control.	

II - ATUALIDADES

Carlos Ignacio Jaramillo y Jaramillo	129
Defensor do segurado (Ombudsman): experiencia internacional	
Jorge Eduardo Narvaez Bonnet	161
El riesgo en el contrato de reaseguro	
Flávio Queiroz	213
O regime prescricional nos contratos de seguro após o Código de Defesa do Consumidor	
Pablo Medina Magallanes	231
La acción directa del tercero en contra del asegurador en los seguros de Responsabilidad Civil en México	
Fábio Ulhoa Coelho	269
A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Seguro	

PREFÁCIO

Temos a honra de apresentar aos participantes do *I Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"* e ao público em geral esta obra coletiva contendo as colaborações dos juristas que certamente inauguram uma nova fase do direito do seguro no país.

A ordem dos textos segue a das respectivas exposições, dividindo-se em dois grupos: *princípios e atualidades*.

O rol de colaboradores fala por si próprio: (Argentina) Rubén S. Stiglitz (Brasil) Fábio Ulhoa Coelho, Flávio Queiroz Bezerra Cavalcanti, José Joaquim Calmon de Passos, Ovídio A. Baptista da Silva e Sérgio Cavalieri Filho; (Colômbia) Carlos Ignacio Jaramillo J., Hilda Esperanza Zornosa Prieto e Jorge Eduardo Narvaez Bonnet; (México) Arturo Diaz Bravo e Pablo Medina Magallanes.

Não temos dúvida de que todos nós, operadores do direito e técnicos de seguro, encontraremos nestes *anais* as lições que faltavam para renovar a compreensão a respeito das relações securitárias, tão abandonadas e pouco compreendidas pela literatura técnica brasileira, especialmente a jurídica.

As teses, sem nenhuma exceção, são labores da liberdade. Da liberdade de juristas que vêm-se dedicando intensa e seriamente à sociedade em que vivem. Certamente serão, em sua maioria, trabalhos polêmicos, especialmente considerando-se o anacronismo existente entre o estágio alcançado pelas operações de seguro e o atraso de nossas letras jurídico securitárias, que se repetem, se copiam ... e se perdem.

Aos palestrantes, que tornaram possível esta primeira realização do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, nossa eterna gratidão.

Aos que inspiraram esta iniciativa, José Sollero Filho e Humberto Roncarati, nosso mais profundo respeito.

São Paulo, 7 de setembro de 2000

ERNESTO TZIRULNIK
Presidente do IBDS

I - PRINCÍPIOS

O RISCO NA SOCIEDADE MODERNA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E NA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SEGURO¹

J. J. Calmon de Passos

1. A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. Tudo isso sucedeu não por mero capricho de teóricos, mas sim por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que o capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram. Sobre isso, Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi, em trabalho apresentado para justificar a criação, na Itália, do Centro di Studi sul Rischio, sob o título de *L'analisi e lo studio del rischio nelle società complesse*, afirmam poder este tema “ser objeto de pesquisa sociológica e de pesquisa orientada para uma teoria da sociedade”, tal sua relevância. Lembram eles caber às ciências sociais a tarefa de fornecer análises que tornem possível uma compreensão das condições de vida da sociedade contemporânea. O horizonte de percepção desta sociedade, esclarecem, é caracterizado por uma crescente possibilidade de decisão. E se entendermos “perigo” como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser

1. Este trabalho é adaptação de quanto argumentado em Parecer oferecido por solicitação da Cia. de Seguros Aliança da Bahia, publicado no vol. 763, p. 95 da Revista dos Tribunais..

imputada a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de “risco” quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele. Nesses termos, a sociedade contemporânea caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco. A ciência, a tecnologia, a economia de nossos dias contribuíram para a redução do perigo. A previsibilidade e o controle que a tecnologia já permite no tocante aos acontecimentos externos autorizam esta conclusão. O que é danoso por determinação externa se tornou altamente previsível e controlável, graças aos avanços da ciência. Contudo, na medida em que se tornam evidentes e mais numerosas as possibilidades de decisão em relação a comportamentos, ou na medida em que podem se tornar visíveis as possibilidades das quais depende a ocorrência de danos futuros efetivos, impõe-se a tematização dos riscos. O horizonte do futuro se retrai, a sua prospectiva se desloca do âmbito do perigo para o âmbito do risco. Os riscos, agora, estão estreitamente relacionados ao desenvolvimento da própria sociedade, ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da medicina, da política e em geral às transformações da estrutura nas quais se torna possível a comunicação social. Em suma, concluem, *o risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea.*

2. A par desse fenômeno da incorporação do risco à dinâmica da sociedade de nossos dias, fala-se também, hoje, com total procedência, em produção de massa, consumo de massa, comunicação de massa, contrato de massa, evidenciando-se o que já não pode mais ser ignorado por ninguém – um nível de interdependência entre os homens como jamais existiu antes, a par da capacidade das organizações privadas atingirem, com impositividade bem próxima da que é específica dos organismos estatais, um universo ponderável de sujeitos impotentes para lhes oferecer resistência eficaz. No campo delimitado por essas duas coordenadas – o incremento do risco e o crescente esgarçamento e anonimato das relações sociais – a velha responsabilidade civil viu-se compelida a buscar outros fundamentos que não a culpa individual, deduzida de um comportamento sobre o qual teria o agente algum poder de opção. Na atualidade, urge deslocar o ponto focal da responsabilidade, justamente em sua

dimensão mais significativa, a do causador imediato do dano e de sua culpa, para o imperativo da reparação do dano, o qual, ainda que experimentado individualmente, tem sua causa em algo de que, mesmo indireta e remotamente, se beneficia a própria vítima do dano. As luzes se dirigem, agora, portanto, para o que se fez centro, por sua relevância – o dano. É ele que cumpre seja reparado, independente da investigação de quem seu causador e de sua culpabilidade, dado que se tornou produtora de danos a própria atividade produtiva, necessária e lícita, do capitalismo avançado, utilizando a tecnologia disponível. Porque devendo ser dissociada da culpa, foi vinculada ao mero nexos causal entre o evento e o resultado danoso, imputável ao beneficiário da atividade. Deve suportar a perda patrimonial respectiva, ainda quando nenhum ou quase nenhum seu poder de influir sobre os acontecimentos. É peça da engrenagem que opera segundo uma lógica impiedosa, tanto quanto o por ele vitimado. E para essa realidade nova as respostas antigas se mostram ou iníquas ou inócuas.

3. As conseqüências dramáticas e imobilizantes a que conduziria o permanecermos vinculando a responsabilidade à culpa individual, que já reclamara sua ultrapassagem pela teorização da culpa objetiva, pedem seja também ultrapassada esta última, passando-se a falar em responsabilidade coletiva, conseqüência de uma sociedade que incorporou o *risco* ao seu cotidiano como preço a pagar pelo que se fez prioritário – o progresso tecnológico e a reprodução ampliada. Os danos que decorrem de atividades cuja licitude foi admitida em proveito (teoricamente) de todos, conseqüentemente em benefício da convivência social, em que pese seu componente de risco, devem ser por essa mesma sociedade suportados. Revelou-se indubitável que se admitir a responsabilidade pelo risco, de matriz social, mantendo-se a antiga técnica de ressarcimento às custas do patrimônio individual do responsável, significaria inviabilizar-se a atividade produtiva, incapaz de arcar com o ressarcimento dos danos inerentes a essa mesma atividade, caso conservada a velha perspectiva. Para se tornar operacional a teoria do risco, sem disfuncionalidade, impôs-se a solução pelo seguro, que institucionaliza, em termos técnicos, o imperativo da solidariedade numa sociedade de riscos. O que surgiu como um contrato entre pessoas, no qual uma delas assumia os riscos de indenizar a outra por força de algum sinistro que viesse a atingir o

seu patrimônio ou a sua pessoa, bem mais próximo do jogo e da aposta que de algo relacionado com algum interesse social relevante, o que antes fora assim pensado, tornou-se uma técnica a serviço do interesse geral, mais adequadamente definível como *seguridade social ou segurança social*, publicizando-se, ou socializando-se, se assim se preferir. Deixou de ser possível, por conseguinte, entender-se a atividade securitária como de natureza estritamente privada, passando a ser vista, em muitas de suas manifestações, como vinculada ao interesse geral, retirada do campo da pura autonomia da vontade, passando a ser regulada, de forma cogente e minuciosa, pelo Poder Público. Os negócios que formaliza entram na categoria também nova dos chamados contratos de massa. Relações jurídicas nas quais o menos relevante é o sujeito que contrata e de quase nula relevância as motivações da declaração de vontade que formaliza.

4. A nossa Constituição Federal aponta, em vários de seus dispositivos, para essa compreensão. Coloca no âmbito do sistema financeiro nacional as empresas de seguro, dizendo a Lei Maior que este sistema é estruturado para servir aos interesses da coletividade (art. 192, *caput* e inciso II) reservando-se, com exclusividade, para a União, a competência legislativa sobre a matéria (art. 22, VII). Essa perspectiva conduz ao entendimento necessário de que todo aporte financeiro atribuído pelo segurado à seguradora com que contrata, intitulado de *prêmio*, é, em verdade parcela que, integrada a outras, *constitui um fundo comum de propriedade e destinação comunitária ou coletiva de todos os segurados*. Dessa universalidade apenas são extraídos os valores indispensáveis para sua administração, que inclui a justa retribuição do empreendedor, tudo isso regulado por disposições legais de natureza cogente objetivando, precisamente, acentuar e resguardar a propriedade coletiva desse patrimônio e sua destinação social e específica. Decorrência disso é a exigência legal de serem instituídas *reservas técnicas*, mediante as quais se dá ao sistema, como um todo, a estabilidade e segurança de que necessariamente se deve revestir. Vistos tais recursos com o caráter de patrimônio coletivo, público não estatal, configuram o que poderemos chamar de uma universalidade de interesses que se transindividualizam por força de sua destinação, ainda quando diferentes dos que têm uma abrangência universal e derivam da própria natureza das coisas.

5. Para melhor precisar essa distinção, aprofundemos nossa análise. Interesse é conceito vinculado a determinada necessidade e ao bem que a satisfaz. Em verdade, é ele o vínculo entre o bem e a necessidade a que atende, na perspectiva do sujeito que a experimenta. Nenhuma necessidade pode ser satisfeita sem que o bem a ela associado se torne disponível para o sujeito da necessidade. Se o bem, para cumprir sua destinação, reclama ser apropriado ou consumido pelo sujeito da necessidade, temos um interesse individual, capaz, inclusive de revestir-se do caráter de interesse geral ou social, dada a massa dos que experimentam igual necessidade, nunca suscetíveis, entretanto, de se mostrarem transindividuais, por força da satisfação que reclamam, via apropriação ou consumação individual. Quando ocorre essa generalização sem que se elimine a individualização da satisfação, denominamos esses interesses ora de coletivos ora de homogêneos, distinção que deixa aqui de ser aprofundada por desnecessária para o que nos propomos no momento. Há situações, entretanto, em que a necessidade que o bem satisfaz reclama esteja ele acessível ao sujeito que a experimenta, mas sua satisfação se dá necessariamente sem apropriação, permanecendo o bem sempre disponível para a satisfação de iguais necessidades de quantos venham a experimentá-las no futuro ou concomitantemente. O bem é em si mesmo indivisível e inapropriável. A sua utilização só é admissível se não afeta sua disponibilidade para atender às necessidades de outros sujeitos. Essa indivisibilidade e inapropriabilidade, poderemos dizê-las *universais ou naturais*, porque permanentemente disponível o bem e ao alcance de quantos dele venham a necessitar, os nascidos e os por nascer, os que estão e os que vierem a estar em relação com ele, hoje e amanhã. E isso é assim porque sua fruição só é possível se inviável excluir-se dela quem quer que seja, o que decorre da própria natureza das coisas, que torna o interesse insuscetível de delimitação em termos subjetivos e de divisibilidade em termos objetivos, sendo inapropriável por natureza. O exemplo mais típico é o do meio ambiente e sua pureza que ou existe para todos ou não existe, sendo inatribuível a uns em detrimento de outros.

6. Há, contudo, um diverso tipo de interesse que tem de comum com o primeiro sua inapropriabilidade e indivisibilidade, derivadas, entretanto, não da natureza das coisas, sim de decisão político-

jurídica, pelo que se direciona para um universo delimitável de beneficiários, à disposição dos quais deve estar permanentemente. E nisso do outro se distingue. Mas ainda quando comporte apropriação, esta se dá em termos peculiares, visto como é apropriação incompatível com consumação destrutiva. O bem é permanentemente recomposto para ensejar satisfação ao universo dos interessados, sendo inadmissível se dê sem a recomposição do equilíbrio reclamado. O bem é de todos, não como na co-propriedade, em que se idealiza uma quota-parte destacável e disponível, admitida inclusive a divisão do que é comum, sim de um todo integrado, sem possibilidade de divisão, pré-definição de quota ou constituição de direito autônomo, ensejando, porém, apropriação de natureza reparatória. Nesse sentido parece válido falar-se em direito transindividual ou difuso de natureza jurídica. À semelhança das universalidades de direito, uma pluralidade juridicamente concebida como constituindo uma unidade, seriam tratadas as reservas técnicas impostas por lei às empresas seguradoras, entendidas como uma universalidade com administração coletiva centralizada num gestor público. Daí porque a lei, por coerência necessária, dispôs sobre sua inalienabilidade e sobre a impossibilidade de sua oneração, criando uma entidade pública para velar a respeito.

7. A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence, em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída. Deve ser permanentemente reconstituída a cada utilização que se efetive, como deve estar ao alcance de quem precisa respirar, revestindo-se da boa qualidade que assegura a vida saudável, o ar que nos cerca. Assim como ele se recompõe a cada ato respiratório, assim também os recursos direcionados para a segurança de todos os segurados a todos pertence e para todos devem estar disponíveis no momento da necessidade. Poderíamos oferecer larga fundamentação doutrinária e jurisprudencial para esse entendimento

do ainda hoje mal denominado contrato de seguro. Dispensamo-nos de fazê-lo, porque a tarefa já foi magnificamente cumprida em Parecer que Ernesto Tzirulnik elaborou para a Cia. de Seguros Aliança da Bahia. De quanto nele se contém com respaldo na doutrina européia, norte-americana e latino-americana queremos ressaltar, por seu fácil acesso a todos, a lição de um mestre nacional Fábio Konder Comparato, em seus *Ensaios e Pareceres de direito empresarial*, Rio, Forense, 1978, p. 537 e *Seguro de garantia de obrigações contratuais*, em *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio, Forense, 1981, p.353, bem como de um outro não menos autorizado, Eros Roberto Grau, *Responsabilidade do Estado: Sociedades de Crédito Imobiliário: Isonomia e regulamentação*, em revista de Direito Público, RT, S. Paulo, n. 92, p. 253. Do primeiro, destaco o que se segue:

“Na verdade a operação de seguro implica a organização de uma mutualidade, ou o agrupamento de um número mínimo de pessoas submetidas aos mesmos riscos, cuja ocorrência e tratamento são suscetíveis de tratamento atuarial, ou previsão estatística segundo a lei dos grandes números, o que permite a repartição proporcional das perdas globais, resultante dos sinistros, entre os seus componentes. A atividade do segurador consiste justamente na organização dessa mutualidade, segundo a exigência técnica de compensação do conjunto de sinistros previsíveis pela soma total de contribuições pagas pelos segurados”.

Do segundo, ressalto a distinção que faz entre normas de ordem pública voltadas para o estabelecimento de um regime de segurança social, fundado em princípios como o da publicidade, o da legalidade, o do processo devido, o da supremacia do interesse público, entre outros, de uma outra ordem por igual cogente e relevante, mas que deriva do fenômeno da necessária intervenção do Estado no domínio econômico.

“A dinamização de tais políticas (públicas) racionais envolve não meramente a preservação da paz social, porém a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica. O conjunto dessas técnicas importa e renovação dos princípios que

ditam o liberalismo econômico, porque aí, a regulamentação das atividades empreendidas por determinados agentes econômicos, em determinados setores, alinhada ao sentido de promover a realização de resultados econômicos que se projetem em benefício do conjunto social”.

A eles acrescentaria um trecho de Giuseppe Bavetta.

Che in tal modo si finisca anche com il tutelare il singolo assicurato, rientra nei fini pratici programmati dal legislatore e consacrati nel complesso sistema delle assicurazione: chè, com'è ovvio, sul piano pratico, la tutela della massa degli assicurati si traduce sostanzialmente e principalmente appunto nella tutela del singolo (assicurato); tutela, che non viene ad essere pregiudicata ma chè, anzi, ne esce rafforzata. Non può tuttavia perdersi di vista che al fenomeno assicurativo é stato dato un assetto del tutto speciale: esso riguarda non quest'altro assicurato, ma la massa di essi. De tale punto di vista, dunque, l'assicurazione há un'indubbia rilevanza social. (L'impeza di assicurazione, *Milão, Giuffrè, 1972, p. 3*).

8. Característico dos interesses transindividuais é sua ineliminável dimensão social, diríamos melhor, pública não estatal, pelo que a responsabilidade por sua tutela é função dos agentes estatais, a par da titularidade das entidades e organizações não governamentais. O que a todos ou a muitos afeta não pode ser deixado à disponibilidade dos indivíduos, porque a insatisfação de um só que seja legítima a efetivação da tutela de um interesse que é, por essência, indivisível e versa sobre um bem inapropriável. No particular, nossa Constituição é também paradigmática. Ela prevê a responsabilidade do Estado e seus agentes pela preservação desses interesses e a lei disciplinadora da ação que lhe é mais específica, a ação civil pública, é expressa no prescrever essa legitimação, conseqüentemente esta responsabilidade. Na estrutura da Administração Pública Federal e no âmbito do Ministério da Fazenda, vinculado ao sistema financeiro, existe uma autarquia federal a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, a quem a lei deferiu entre muitas atribuições relevantes, a de *autorizar*

a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado (art. 36,f, do Decreto Lei 73 de 1966, hoje com status de Lei Complementar).

9. Conjuga-se essa disposição com o que prescrevem os artigos 84 e 85, nos quais se impõe às Seguradoras a constituição de reservas técnicas, fundos especiais e previsões, de conformidade com critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, mandando sejam registrados na SUSEP, não podendo ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem sua prévia e expressa autorização, considerando nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou gravames constituídos com violação do que foi disposto. Saber comum o de que toda função atribuída, num Estado de Direito Democrático, a um órgão ou entidade pública é, ao mesmo tempo, poder e serviço. Poder, no sentido de que se investe o agente administrativo da necessária autoridade para efetivar quanto lhe foi atribuído; dever, por lhe ser vetado omitir-se no tocante ao exercício de sua competência, visto como, antes de configurar uma faculdade, como é normal na atividade privada, reveste-se do caráter de um agir impositivo. Nada, portanto, mais evidente que o interesse jurídico de todo órgão ou entidade pública para intervir judicial ou extrajudicialmente em toda relação jurídica na qual ou em conexão com a qual se evidencie o envolvimento do interesse posto sob sua tutela, tendo em vista assegurar a incolumidade do bem pelo qual lhe cumpre zelar, correspectivamente, portanto pelo resguardo de sua competência, deferida justamente para lhe possibilitar a tutela dos interesses que a esse bem se vinculam. Interesse jurídico, com ou sem repercussão econômica direta no patrimônio público estatal, mas sempre com reflexo no patrimônio social, dito também público não – estatal. Por força disso, concluo que, em nosso país, já existe e cumpre seja objeto de mais aprofundado estudo, o embrião de um sistema de seguridade social via mercado segurador, com regulação estatal e gestão pública centralizada da massa de bens representada pelo somatório das reservas técnicas legalmente previstas em favor da segurança coletiva.

RELAÇÕES JURÍDICAS COMUNITÁRIAS E DIREITOS SUBJETIVOS

Ovídio A. Baptista da Silva

1. Considerações preliminares. Pretendemos tratar do conceito de *direito subjetivo*, como direito individual, e relações jurídicas de natureza comunitária, tentando estabelecer os traços conceituais que individualizam estas duas categorias jurídicas, distinguindo-as entre si. Para tal, é indispensável fazer algumas observações de ordem geral sobre certos conceitos pressupostos em suas formulações.

Para esta análise, iremos valer-nos de uma nova categoria introduzida no Direito brasileiro, com a denominação de “direitos individuais homogêneos”, a que se refere o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90), exame que se impõe tanto por sua significação intrínseca quanto pela relevância que essa nova figura de direito subjetivo assume para a doutrina processual.

Dispõe o parágrafo único do art. 81 dessa lei: “*A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*”.

Como observa o Prof. Watanabe, um dos autores do Projeto depois transformado no Código de Defesa do Consumidor, a primeira manifestação de um instrumento legal análogo às *class actions* do direito americano surgiu com a Lei 7.913, de 7 de setembro de 1989, editada para a tutela dos investidores no mercado de valores mobiliários (Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores - Comentado

pelos autores do anteprojeto, Ed. Forense Universitária, 4ª edição, 1995, p. 507, *nota* 18), na verdade uma forma de proteção a “direitos individuais homogêneos”, ainda não autênticos “direitos coletivos”.

A locução “origem comum” merece atenção, uma vez que a lei, quando dispõe em norma genérica sobre alguma espécie de proteção judicial, tende a pressupor que se trate da forma mais comum de tutela jurisdicional, que é a chamada *ação condenatória* que, como se sabe, é por natureza uma ação fundada em relação jurídica *litigiosa* e *bilateral*.

Este pressuposto cresce de significação quando se tem em conta que a proteção visada pelo Código de Defesa do Consumidor, na generalidade dos casos, busca assegurar indenização às vítimas de danos, causados a direitos e interesses por ele protegidos, cujo instrumento de tutela processual reside numa sentença de condenação.

A condenação, é na verdade a expressão mais autêntica de tutela aos *direitos subjetivos*, mais que as ações declaratórias e constitutivas, mesmo porque a formação daquela categoria precedeu de muito a concepção das duas últimas, que somente se consolidaram, como categorias jurídicas autônomas, a partir da formação do Direito Processual Civil como um ramo especial do conhecimento jurídico.

2. Escreve WATANABE, referindo-se aos chamados “direitos individuais homogêneos”: “*‘Origem comum’ não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles*” (ob. e loc. citados).

3. Devemos, então, ter presente a diferença entre os “interesses coletivos” nas duas espécies tratadas pelos incisos I e II do art. 81 do C.D.C. (os “difusos” e os “coletivos”) e esta terceira categoria a que se refere o inc. III, como sendo os direitos “individuais” homogêneos. Enquanto as duas categorias anteriores constituem interesses indivisí-

veis, atribuídos a uma generalidade de pessoas, estes, os “individuais homogêneos”, são autênticos direitos subjetivos “individuais”, com todas as notas conceituais próprias desta categoria comum.

O C.D.C., por uma questão de simples conveniência, disciplinou-os ao lado dos “interesses transindividuais”, dada essa analogia formal entre eles e os autênticos direitos e interesses coletivos.

Escrevem ROSA MARIA-NELSON NERY JÚNIOR, em comentários ao art. 81 do C.D.C. (Código de Processo Civil comentado, R. T., 3ª edição, 1997, p. 1394): *“Direitos individuais homogêneos são os direitos cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo”*.

A lei distingue entre tutela dos direitos “coletivos” e tutela coletiva dos direitos “individuais”, como em fórmula brilhante disse TEORI ZAVASCKI, ao escrever:

“É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para a defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos.

Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo stricto sensu. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A classificação

de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles” (“Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”, Revista de Processo, R. T., nº 78, p. 33).

A isto seria lícito acrescentar uma distinção igualmente significativa. Enquanto, para os verdadeiros direitos transindividuais ou coletivos, a “origem comum” é o ato ou fato danoso - uma vez que originariamente nada os vincula -, para os “individuais homogêneos” é possível identificar a comunidade que os une especificamente no ato de sua formação, ou de sua *origem*, como *direito subjetivo individual*. Eles são identificáveis como homogêneos, não pela exposição a um dano comum, como ocorre com os “transindividuais”, e sim por sua gênese comum.

Se considerarmos as eventuais vítimas de um certo dano ambiental, é fácil constatar a inexistência de qualquer relação jurídica que as una em sua origem, enquanto relação geradora do direito à proteção contra o dano. O que as irmana não é a “origem comum” do direito, e sim sua eventual exposição a um dano da mesma natureza. Ao contrário, os “direitos individuais homogêneos” são homogêneos por sua “origem comum”, antes de qualquer exposição a um dano eventual.

O que acontece com a tutela dos chamados “interesses difusos”, a que acabamos de aludir, ocorre também com os denominados “interesses coletivos” (art. 81, II do C.D.C.). Distinguem-se entre si essas duas classes pela circunstância de ser possível, nesta última, identificar uma “relação jurídica-base” que lhes serve de “origem comum”. Pensemos na classe dos contribuintes de um determinado imposto, quando se defendam, por meio de uma ação coletiva, contra alguma exigência tributária que a todos atinja; ou na classe dos motoristas, ou dos bancários ou servidores de um determinado setor do serviço público.

Aqui seria possível identificar a “origem comum” do direito coletivo, porém mesmo nesta classe de “direitos transindividuais” o que mais importa não será, nunca, a identidade de origem e sim a

condição de cada indivíduo pertencer àquela classe, porventura atingida pelo dano.

Poderíamos dizer, forçando um pouco o conceito, que a proteção é outorgada mais propriamente à classe do que aos indivíduos que a compõem, ao passo que, nas hipóteses de “direitos individuais homogêneos” a tutela é dirigida a cada uma das vítimas do dano contra o qual se busca proteção. Eles não se encontram irmanados pelo dano, mas pelo *direito*, cuja origem seja comum.

4. Esta diferença entre os direitos “transindividuais” e os “individuais” homogêneos tem, em teoria, uma importância talvez insuspeitada por aqueles que não tenham presente o conceito de *direito subjetivo* e as conseqüências profundas que de tal categoria jurídica decorrem para o sistema.

Enquanto os chamados direitos “transindividuais”, ou “direitos sociais”, transcendem os limites do *paradigma* clássico, que tem nos direitos subjetivos *individuais* seu ponto de apoio, aqueles a que o C.D.C. denomina “individuais homogêneos” em nada diferem da categoria clássica dos direitos subjetivos, enquanto individuais.

5. Não se trata de nenhuma novidade afirmar que essa categoria jurídica, indicada como “direito subjetivo”, é uma formação moderna nascida, como mostra um eminente filósofo francês, das vertentes medievais devidas às filosofias *voluntaristas* de alguns teólogos do século XIII (MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, Les Éditions Montchretien*, 1975, Paris, Cap. V, p. 240 e segs.).

Ao indicarmos a origem dessa categoria fundamental para o pensamento jurídico moderno, não pretendemos, por certo, expor e nem muito menos discutir alguma doutrina filosófica. Fazemo-lo apenas com a intenção de revelar o elemento que tem acompanhado a noção de *direito subjetivo* desde suas raízes medievais. Referimo-nos ao componente *voluntarista* que o impregna, como essência de seu núcleo conceitual.

Se consultarmos os grandes mestres do pensamento jurídico moderno, veremos que - ao contrário das concepções clássicas herdadas do direito romano - o conceito de *direito subjetivo* formou-se a partir da idéia de uma vantagem individual, ou uma prerrogativa conferida por lei a um determinado sujeito capaz de torná-lo, de alguma forma, senhor da vontade de um outro sujeito.

Este vínculo entre sujeitos de direito, por meio do qual alguém está autorizado a exigir de outrem uma determinada conduta, caracteriza-se pela célebre *relação jurídica*, cuja modernidade ninguém estaria disposto a negar.

6. A leitura da obra fundamental de SAVIGNY é instrutiva a este respeito. Escreve este gigante do pensamento jurídico moderno: "*O direito, considerado na vida real, abraçando e penetrando por todos os lados o nosso ser, aparece-nos como um poder do indivíduo. Nos limites deste poder, reina a vontade do indivíduo (os grifos são nossos), e reina com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade, nós o chamamos direito, e muitos o denominam direito em sentido subjetivo*" (Sistema de direito romano atual, 2ª edição da tradução espanhola, 1º vol., Cap., II, § 4º).

Se tivéssemos tempo e interesse em percorrer a doutrina formada, a partir da chamada pandetística germânica do século XIX, veríamos que esse "conflito de vontades", o império de uma vontade humana sobre outra, acompanha a noção de direito subjetivo em todo o seu percurso histórico, às vezes revelando-se claramente, mas em geral mantendo-se oculto, para deixar à mostra apenas suas consequências lógicas e sistemáticas.

O exame do pensamento de outro mestre da ciência jurídica moderna poderá revelar o que se oculta sob o conceito de *direito subjetivo*. Referimo-nos a BERNHARD WINDSCHEID, tido como o maior representante da pandetística alemã do século XIX; e à lição que ele ministra, ao expor o conceito de ação real (*actio in rem*), indicada como uma ação com sujeito passivo indeterminado, oposta às ações pessoais em que o "adversário" é perfeitamente determinado.

Escreve WINDSCHEID, em sua obra magna: “*Mas uma actio (leia-se pretensão) pode denominar-se impessoal (objetiva), principalmente por referir-se a alguma coisa não pessoal do adversário (grifamos a palavra “adversário”), mas ainda porque não se liga a uma determinada pessoa. Tanto um quanto o outro desses caracteres coincidem nas actiones reais, tanto na actio quanto no direito hereditário, cujas actiones portanto são in rem neste duplo sentido; mantém-se porém apenas o segundo elemento nas actiones que nascem das obrigações com adversário indeterminado (novamente grifamos), nas chamadas actiones in rem scriptae*” (Diritto delle pandette, trad. italiana de 1930 [tradutores FADDA-BENSA], vol. I, § 45).

Para WINDSCHEID, a relação jurídica estabelece-se entre “adversários”, tendo de um lado o titular do direito subjetivo e de outro seu “adversário”, à custa do qual o interesse daquele deve ser satisfeito.

7. O direito subjetivo, não se pode negá-lo, expressa-se por meio de um conflito. A idéia de conflito é-lhe imanente. Um dos grandes civilistas italianos, procurando conceituar direito subjetivo, escreve: “*Ao direito subjetivo nem sempre corresponde uma obrigação ... Na realidade, o conteúdo do direito subjetivo pode ser constituído, antes de mais nada, por uma supremacia da vontade do titular, graças à qual ele próprio pode, por si só, realizar o seu interesse. A esta supremacia que pode chamar-se “potestas”, corresponde, do outro lado da relação, não uma obrigação, mas uma simples sujeição, pois o sujeito é realmente passivo, sofre as conseqüências da “potestas”. Só quando o conteúdo do direito subjetivo é uma pretensão é que lhe corresponde uma obrigação: o sujeito passivo está obrigado a um certo comportamento, graças ao qual o outro sujeito realiza o seu interesse*” (os grifos são nossos) (F. SANTORO-PASSARELLI, *Teoria geral do direito*, trad. de 1967, Coimbra, p. 50).

8. Seja em virtude de o Direito Romano caracterizar-se, como é costume dizer, como um direito de *ações* (melhor diríamos de *pretensões*) e não, como se imagina que o seja o direito moderno, um sistema de *direitos*; seja em razão da perspectiva judicial em que nos

acostumamos a pensá-lo, a verdade é que seu caráter contencioso penetra, qual princípio imanente, na idéia moderna de *direito subjetivo*, a ponto de um ilustre jurista francês advertir-nos de que os romanos nunca conceberam o Direito senão sob seu aspecto *contencioso*, o que significa dizer, de conflito:

“Sans doute le droit romain a très tôt dépassé le point de vue purement pénal des droits primitifs, mais il n’envisage guère encore le droit que sous l’aspect contentieux” (PAUL ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 7).

Não se deve ignorar, sem dúvida, como mostra o próprio ROUBIER, que essa visão *contenciosa* do fenômeno jurídico foi, em muitos aspectos, superada pelas concepções modernas do Direito (ob. cit., p. 135), mas isso não afasta a extraordinária influência que a idéia de *conflito* ainda remanesce como pressuposto para o conceito de “direito subjetivo”.

9. Mesmo JHERING, que retira do conceito de direito subjetivo o elemento volitivo, para considerar os direitos como “interesses juridicamente protegidos”, não foge ao pressuposto de que a proteção que a ordem jurídica outorga a um determinado interesse deva ser obtida com o sacrifício de um interesse do “adversário” (L’Esprit du droit romain, trad. francesa, 1888, IV vol. § 7 D). A idéia de *conflito* de vontades é de tal modo inerente ao conceito de direito subjetivo que, para a doutrina moderna, até mesmo o mais tradicional e relevante de todos eles, que é o direito de propriedade, somente sobrevive se houver alguém que hipoteticamente possa opor-se ao titular desse direito, negando-o ou pretendendo usurpá-lo.

O titular do domínio, em estado de absoluta solidão, deixará de ser proprietário, por lhe faltar alguém cuja vontade lhe fique submissa. É que, para a doutrina moderna, mesmo nos direitos absolutos, como os direitos reais, a relação de seu titular com a coisa “*implique un certain rapport avec le sujet passif universel*” (OCTAVIAN IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2ª edição, Bruxelas, 1978, p. 202).

10. No campo do direito processual, essa polaridade de interesses contrapostos sustenta a distinção entre a jurisdição contenciosa e a chamada *jurisdição voluntária*. A primeira destinada a dar solução legal aos conflitos jurídicos porventura havidos entre sujeitos de direito.

O que, para a doutrina, caracteriza a jurisdicionalidade de um determinado provimento judicial, ou do procedimento de que ele promane, é justamente a presença de um “conflito de interesses” (pense-se em CARNELUTTI e no seu conceito de *lide*), enquanto a *jurisdição voluntária* deixaria de ser verdadeira jurisdição porque nela não “há duas partes” em posição de antagonismo.

A clássica lição de CHIOVENDA é esclarecedora a este respeito: “A *jurisdição civil supõe, por conseguinte, numa das partes, a expectativa de um bem em face da outra; seja esse bem uma prestação, seja um efeito jurídico, seja mera declaração, seja um ato conservativo ou um ato executivo. Não há tal na jurisdição voluntária: não há aqui duas partes; não há um bem garantido contra outros, uma norma de lei por atuar contra um outro, mas um estado jurídico, impossível, sem a intervenção do Estado, de nascer ou desenvolver-se* (os grifos são do original) *ou só possível de se desenvolver imperfeitamente*” (Instituições de direito processual civil, 2ª ed. da trad. bras. 1965, vol. 2º p. 19).

Na jurisdição voluntária, como disse um jurista recente, o juiz não tem por missão solucionar *controvérsias* relativas a direitos ou *status* violados, ou simplesmente contestados (ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., 1996, p. 54).

11. A lição de J. FREDERICO MARQUES, registrada em sua conhecida obra sobre *jurisdição voluntária*, confirma esse ponto de vista e revela maneira como a ordem jurídica concebe o *direito subjetivo* e o protege. Escreve o saudoso processualista:

“A *jurisdição pode ser definida como a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão. Nisto reside a essência e substância do poder jurisdicional. Se alguém exige a subordinação de interesse alheio a interesse pró-*

prio (sem grifos no original), *surgindo assim a pretensão, e invoca para isto a tutela estatal, é evidente que o órgão público destinado a examinar essa pretensão irá decidir o caso aplicando as normas que o regulam*" (Ensaio sobre a jurisdição voluntária, 1959, § 3º, p. 53).

Na verdade, como observa FREDERICO MARQUES (ob. cit. p. 109), com a adesão de A. A. LOPES DA COSTA (A administração pública e a ordem jurídica privada [Jurisdição voluntária], Belo Horizonte, 1961, p. 67), a jurisdição voluntária tutela *interesses*, não direitos subjetivos, precisamente porque, na jurisdição voluntária, não há partes *com interesses contrapostos*.

12. O Direito moderno está a tal ponto envolvido pela idéia de "conflito de vontades", ou "conflito de interesses" como a nota essencial do direito subjetivo, que um eminente jus-filósofo contemporâneo adverte para a notória incapacidade em que se acham os juristas de conceber uma relação jurídica que, superando o individualismo que é próprio desse conceito, se estruture como uma relação *comunitária* formada por interesses solidários (FRANZ WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, tradução da edição alemã de 1974, Nápoles, 1983).

Como ele observa, no fundo o conflito que se dá é entre o *pathos* da concorrência capitalista e o natural repúdio que ele devota ao *pathos* da colaboração (p. 37). Escreve FRANZ WIEACKER:

"Gli organi cooperativi, quali l'assemblea dei condomini e l'amministrazione, costituiscono una singolare contraddizione nei confronti di una forma esteriore rigorosamente privatistica, e il distacco di questa nuova figura del diritto privato classico si rivela pienamente nell'applicazione della giurisdizione volontaria in luogo della giurisdizione contenziosa" (p. 34).

13. A dificuldade denunciada por WIEACKER no que diz respeito às relações condominiais e, de um modo geral, no que se refere aos atos denominados "*interna corporis*", revela-se com intensidade ainda maior quando se está em presença de contratos essencialmente *coope-*

rativos, como o são os contratos das sociedades cooperativas e do próprio contrato de seguro.

Como nossa formação cultural sustenta-se no princípio de que a relação jurídica é uma categoria através da qual um dos sujeitos, indicado como *credor*, tem o direito subjetivo de alcançar alguma vantagem à custa de outrem, denominado *devedor*, cria-se o impasse quando se quer explicar como uma relação solidária de cooperação entre os sujeitos integrantes de uma dada relação social pode ser considerada uma autêntica relação jurídica.

14. No campo do cooperativismo, a situação é dramática em razão da dificuldade em que todos se encontram - mesmo aqueles que estão inseridos no sistema - de assimilarem a *natureza solidária* (cooperativa) da relação jurídica que os envolve.

Em nossa experiência profissional, pudemos testemunhar a ingente dificuldade que os associados de cooperativas, seus dirigentes, os estabelecimentos bancários e o próprio Governo, têm para compreender a natureza do “ato cooperativo”.

Nas cooperativas agrícolas de “venda em comum”, com as quais convivemos por um longo período de nossa atividade profissional, ninguém, nem os associados nem os dirigentes dessas entidades, nem igualmente os estabelecimentos de crédito que as financiam, imaginam que o ato (cooperativo) de “entrega” da produção que o associado faz à sua entidade, para que ela proceda à “venda em comum”, não seja um contrato de compra e venda ou outro qualquer negócio jurídico bilateral.

Em última análise, tanto os cooperativados quanto o agente financeiro, supõem que uma sociedade cooperativa, composta por cem associados, seja formada por cem *contratos bilaterais*, através dos quais cada sócio se vincula ao ente coletivo, sem perceber que a relação jurídica societária seja constituída por um contrato complexo, de natureza comunitária, formado por todos os cooperados.

Os responsáveis pelo sistema cooperativista nem mesmo percebem a gravidade das conseqüências decorrentes do modo como concebem o “negócio jurídico cooperativo”, mas o reflexo dessa errônea compreensão torna-se desastroso quando uma relação comunitária qualquer, seja um negócio jurídico que envolva o “ato cooperativo” típico, seja um negócio jurídico previdenciário, é tratada pelo Poder Judiciário.

Na mídia criam-se situações que beiram ao ridículo a quem observe a ferocidade com que, num primeiro momento, os sistemas de previdência social são atacados pelas campanhas publicitárias, exigindo que os tribunais os condenem ao pagamento de prestações que os respectivos fundos de reservas não comportam.

Este primeiro momento logo é secundado por um segundo, de espanto e desilusão, ao constatarem aqueles que clamavam pela condenação do sistema, que o ônus dessa imprudente ignorância recairá sobre todos os contribuintes, de onde o Poder Público haverá de retirar os recursos indispensáveis para afrontar o encargo, de modo que, “privatizada” a vantagem, acaba “socializado” o prejuízo, como sempre ocorre no Brasil.

Sem considerar o aspecto anedótico do episódio, servem as circunstâncias para fazer com que se desvele a ideologia burguesa que tanto se empenhou em separar o Estado da chamada “sociedade civil”, permitindo que esse véu ideológico seja afastado, para percebermos que afinal de contas o Estado somos todos nós.

Serve para mostrar que a separação entre Estado e a “sociedade civil”, como dois inimigos em luta permanente, com que o liberalismo burguês tanto sonhou, tornou-se uma tirada retórica ultrapassada.

15. Referindo-se ao que ele denomina “direitos de cooperação”, escreve KARL LARENZ, procurando distingui-los dos “direitos subjetivos”:

“Na realidade, os direitos de cooperação se acham muito próximos dos direitos potestativos. Distinguem-se destes pelo fato de

não serem direitos apenas no interesse próprio, mas 'direitos orgânicos', na medida em que possibilitam, não a formação exclusiva de uma relação jurídica para o titular, porém sua cooperação para a formação de uma vontade coletiva. Eles estão sujeitos a limitações derivadas do dever de fidelidade do associado perante os demais (original sem os grifos), bem como perante a associação ou corporação. Devemos pôr em dúvida se esses direitos de participação ou direitos à colaboração se devem denominar em geral direitos subjetivos e não, mais apropriadamente, faculdades dependentes, vinculadas à condição de sócio de uma sociedade ou corporação" (Teoria geral do direito civil alemão, tradução espanhola, da edição alemã de 1975, Editorial Revista de Direito Privado, 1978, p. 281).

Da lição de LARENZ, pode-se perceber a estreita ligação existente entre os conceitos de "direito subjetivo" e "relação jurídica" que se forma por meio de uma polaridade de interesses em conflito, ao mesmo tempo em que se revela a abismal distinção entre *direitos subjetivos*, uma criação moderna para o direito privado; e os *direitos cooperativos*, sobre os quais se formam os negócios jurídicos de natureza comunitária, como os seguros.

16. Com os sistemas de previdência social, verifica-se um fenômeno semelhante. Presos ao pressuposto de que o vínculo existente entre o sistema e cada associado configure uma relação jurídica *bilateral*, autônoma e independente, a regra é que também os magistrados acabem submetendo-se a essa equivocada compreensão do problema que as partes erradamente lhes expõem, postulando, às vezes, soluções impróprias.

É freqüente - na verdade passou a ser uma das notícias rotineiras, veiculadas pelos meios de comunicação de massa - que juízes e tribunais condenem - na verdade muitas vezes *ordenem*, sob pena de prisão - as entidades de previdência social (públicas e privadas) a pagarem a seus associados ou dependentes, valores que o "fundo financeiro", formado pelas contribuições sociais, absolutamente não suporta, com base no princípio "*pacta sunt servanda*", sob o equivocado pressuposto de que se cuide, na espécie, de uma relação jurídica *bilateral*, de que haveria de decorrer, para o integrante do sistema de

previdência, um direito subjetivo contra o “monte” formado pela poupança coletiva.

É intuitivo que tal solução haverá, com o tempo, de provocar a destruição do respectivo sistema de “economia coletiva”, pois ninguém poderá ter verdadeiro direito subjetivo “contra o fundo”, que representa a “economia coletiva do grupo”, além daquilo que, pelas regras dos modernos e rigorosos cálculos atuariais, lhe possa caber na partilha dos resultados sociais. As vantagens e benefícios, enfim as contraprestações a que porventura tenha direito cada associado, haver o de manter rigorosa correspondência com o valor de sua *poupança individual*.

17. É claro que ao sistema de previdência social vigente no Brasil a regra não se aplicaria nessa esquemática simplicidade, uma vez que o “monte” previdenciário é formado pelas contribuições de três fontes de origem diferente - pelos empregados, empregadores e Estado -, sendo notórios os antigos e constantes desvios de recursos cometidos pela União Federal, que sempre se utilizou da poupança dos trabalhadores para financiar seus projetos de governo, situação agravada pela conhecida inadimplência dos empregadores, que atinge valores increditáveis.

Mas a regra básica do sistema de seguro social, apesar de todos esses desvios, permanece válida e o caso lamentável da falência próxima (e anunciada) do sistema serve para demonstrar a verdadeira raiz da crise em que se encontra a previdência social no Brasil, crise estrategicamente sustentada, para que a retórica de sua privatização adquira aparente justificação.

18. O que ocorre com os contratos de previdência social acontece também com os *contratos de seguro*, cuja natureza é semelhante, tanto no *seguro mútuo*, quanto no contrato comum de seguro de tipo capitalista, diferenciados entre si apenas pelo “sistema de gestão” a que eles se acham submetidos.

Embora as duas espécies de seguro apresentem peculiaridades próprias, essencialmente o contrato de seguro é um só, seja

quando *gerido* pelos próprios associados, sob a forma de *seguro mútuo*, seja quando a *gestão* do monte formado pelas contribuições sociais seja administrado por uma empresa comercial. O “método de economia coletiva”, como o denomina o Prof. ARMANDO DE OLIVEIRA ASSIS, em seu precioso compêndio, será sempre o mesmo e idênticas a estrutura e função do negócio jurídico de seguro (Compêndio de seguro social, Edição da Fundação Getúlio Vargas, 1963, Cap. V).

19. É conveniente fazer a distinção entre o “método” de poupança individual contra os *riscos* a que todos estamos sujeitos, no curso da existência, e o “método de economia coletiva” que caracteriza o *negócio jurídico de seguro*, de tal modo que, através dessa singela diferença, se possa revelar, em toda a sua simplicidade, o que significa o contrato de seguro, seja quando a proteção tenha em vista o *risco* contra os eventuais danos patrimoniais, seja quando seguro se faça sobre a própria vida (autor e obra cit., p. 31).

Imaginemos que, ao invés de contratar um seguro de responsabilidade tendo como objeto o automóvel que acabássemos de adquirir, houvésssemos decidido abrir uma conta bancária com o propósito de constituir um fundo destinado a cobrir os eventuais danos que pudéssemos vir a sofrer pelo uso do veículo, desde o furto até a responsabilidade perante terceiros.

Se qualquer desses eventos ocorresse já no primeiro mês após a abertura da conta, a insuficiência do fundo para cobertura do prejuízo seria absoluta. Visando a adequar essa economia, individualmente formada, ao montante do ressarcimento futuro, é provável que o cálculo de probabilidades aconselhasse que nossos depósitos fossem feitos em valores capazes de dar cobertura para os danos que, por hipótese, viessem a ocorrer no tempo em que o veículo atingisse a metade de sua vida útil.

Este modo de proceder, no entanto, teria um óbvio inconveniente. Se o sinistro - o fato futuro e incerto contra o qual nos estávamos precavendo - somente viesse a ocorrer no último mês de vida útil

do veículo, nossos depósitos teriam sido excessivos, obrigando-nos a uma economia desnecessária.

20. Para evitar essa insegurança, além das demais que costumam acontecer quando se projeta uma economia individual desta espécie, espontaneamente programada, especialmente o provável abandono do projeto - o que não é raro suceder -, é que se concebeu esse “método de poupança coletiva”, utilizando-se a velha técnica atuarial conhecida como a “Lei dos Grandes Números”, devida a Jacques Bernouilli, matemático suíço, nascido em 1654, que nos permite, com grande segurança, calcular o risco contra o qual se esteja a promover um dado sistema de poupança.

Se o poupador individual nunca poderá adivinhar se virá a ser vítima de um sinistro, saber por exemplo se o seu veículo será furtado, ou se ele se verá envolvido num acidente de que decorra o dever de indenizar, um sistema de poupança que congregue cem ou duzentos mil veículos, poderá determinar, com absoluto rigor matemático, quantos deles serão envolvidos em acidentes ou furtos.

Assim como ninguém poderá adivinhar quantas pessoas de uma pequena família contrairão casamento durante este ano, ou quantas crianças irão nascer num pequeno grupo familiar no mesmo período, é perfeitamente possível, por meio de técnicas estatísticas, calcular quantas pessoas casarão, por exemplo, num dado período de tempo, numa grande cidade como São Paulo, ou quantas crianças nascerão em igual período, assim como se poderá prever, com a desejável segurança, quantos veículos serão furtados, ou quantos deles poderão envolver-se em acidentes de trânsito.

21. Ao mesmo tempo em que o “grande número” de eventos análogos, reunidos como *risco*, coberto pelo sistema de poupança, permitir-nos-á obter critérios seguros para calcular o valor de cada depósito preventivo a ser feito na “conta comum”, ainda reduzirá sensivelmente os encargos econômicos dos participantes, tornando possível adequar as contribuições segundo o *risco* contra o qual o sistema visa a proteger-se.

E mais, se o critério para estabelecer o valor da poupança *individual* será sempre aleatório, pois não haverá ciência humana capaz de indicar o valor *necessário e suficiente* das parcelas a serem depositadas para a cobertura do “risco”, na medida em que o sistema obtém a adesão de um “grande número” de participantes, a álea desaparece, tornando o sistema - que antes assemelhava-se a uma *aposta* - um negócio jurídico (coletivo) não mais aleatório, porém tecnicamente comutativo, em que as prestações dos poupadores e as contra-prestações a cargo do “monte comum” tornam-se equivalentes.

Nessa técnica estatística singela e prosaica, reside o segredo do negócio jurídico de seguro. Os *riscos*, aqueles eventos danosos que nos podem afetar no futuro, absolutamente imprevisíveis quando os tratamos individualmente, ou em ocorrências de pequenas grandezas numéricas, tornam-se matematicamente previsíveis quando os podemos referir a “grandes números” de ocorrências.

22. Existem, na experiência praticada ao longo de uma história que já se conta por vários séculos, duas modalidades de contratos de seguro, segundo a forma pela qual os poupadores decidem *gerir* o “monte” formado pela “poupança coletiva”.

Tanto podem os poupadores, irmanados pelo objetivo comum, administrar a instituição coletiva sob forma de “autogestão”, elegendo, dentre os próprios associados, aqueles que serão responsáveis por sua administração - e, neste caso, terão constituído um sistema de “seguro mútuo” -; quanto poderão decidir-se pela contratação de um *gestor*, estranho ao sistema, a quem haverão de remunerar pela prestação desse serviço, permitindo-lhe que o explore como qualquer outro negócio mercantil.

Estas duas maneiras de gerir o “monte comum”, ocorrem na instituição dos seguros ditos “privados”, nos quais a *facultatividade* da respectiva adesão dos segurados foi a nota que historicamente os distinguiu dos denominados “seguros sociais”, patrocinados pelo Poder Público, nos quais o ingresso no sistema, ao contrário, era obrigatório.

É verdade que hoje esta distinção vem perdendo sentido, porquanto a lei tem tornado também obrigatórias muitas modalidades de seguros privados. Mas o fato não impede que a utilizemos para distinguir os seguros sociais dos privados e nem, muito menos, anula a diferença deles quanto ao sistema de *gestão*.

23. Entretanto, o contrato de seguro não se altera pelo fato de o sistema optar pela *autogestão* ou, ao contrário, preferir “terceirizar” - para usar um vocábulo da moda - a administração do “monte” formado pela “poupança coletiva”, confiando a uma companhia mercantil a tarefa de geri-lo, assumindo este gestor o encargo de receber as contribuições e, no momento previsto, retirar do “monte comum” as prestações indenizatórias devidas aos segurados. O contrato de seguro, qualquer que seja a forma de *gestão*, conserva-se um contrato plurilateral, por sua natureza de *negócio jurídico comunitário*.

É claro que ninguém cometeria o erro grosseiro de tratar o seguro mútuo e o contrato de seguro que se convencionou com uma companhia seguradora como se ambos se apresentassem com a mesma estrutura formal e ficassem submetidos à idêntica disciplina legal. A inocultável diversidade que os caracteriza, no entanto, não chega a causar uma transformação significativa em seu tipo negocial básico.

Mesmo quando doutrina e a própria lei incluam o seguro dentre os contratos tidos por *aleatórios*, é necessário ter presente que o grau de aleatoriedade que lhes é peculiar não chega a torná-lo diferente dos demais contratos, pois muitos negócios jurídicos deste tipo oferecem a uma, e às vezes a ambas as partes, uma pesada quota de risco e nem por isso haveremos de tê-los por aleatórios. Pense-se nos contratos parciários e em todos os contratos de índole societária.

Seria, na verdade, irrelevante para o conceito que a lei ou a doutrina pretendessem que o contrato de seguro fosse aleatório. Nem a lei e menos ainda a doutrina poderiam transformá-lo num negócio jurídico deste tipo. Tentativa de tal gênero, reproduziria um equívoco comum ao dogmatismo próprio de nossa formação, expresso na suposição de que o legislador, se o quisesse, poderia dispor livremente,

amoldando os conceitos, sempre que seus interesses assim o exigissem. Supõe-se, como disse HANS WELZEL (Introducción a la filosofía del derecho, trad. da edição alemã de 1962, Madrid, 1974, p. 256), que os conceitos sejam entidade “fabricadas” pelos homens e que, depois de “inventados”, sigam seus “caprichos” individuais, independentemente da estrutura lógico-objetiva” do próprio conceito e sem que ele nasça inserido num contexto comunicativo (p. 257). Essa “estrutura lógico-real” do conceito, pertence, como mostrou HENRICH HENKEL (Introducción a la filosofía del derecho, trad. da edição alemã de 1964, Madrid, 1968, p. 451), à esfera das *leis ontológicas* que o condicionam. Ou o contrato será de seguro e, neste caso, por uma determinação ontológica, haverá de ser comutativo; ou, então, se o legislador “decretar” que ele se torne aleatório, o negócio jurídico de seguro desaparece, para dar lugar a outro contrato.

24. É importante ter presente porém que, mesmo os juristas que se mantêm fiéis à conceituação clássica do seguro como contrato aleatório, como é o caso de PIETRO TRIMARCHI, mostram que a margem de álea, desde que se utilizem os modernos instrumentos de cálculo, desaparece, tornando-se matematicamente determináveis os índices de *risco*. Escreve esse eminente civilista:

“L’assicuratore stipula un gran numero di contratti e in tal modo accentra un gran numero di rischi. Si rende così applicabile un calcolo statistico che consente di prevedere con buona approssimazione quanto dovrà essere pagato ogni anno all’insieme degli assicurati” (Istituzioni di diritto privato, 4ª edição, 1979, p. 502, Milão).

E, a seguir, registra esta lição que nos auxiliará na melhor compreender o contrato de seguro:

“Questa somma - aquela a que o jurista se referira no parágrafo antes citado -, unita alle spese di gestione e all’utile dell’impresa di assicurazione, viene ripartita fra gli assicurati sotto forma di premi di assicurazione”... A questo punto occorre precisare che il contratto si presenta tecnicamente come aleatorio se si confrontano fra loro le prestazione in danaro dell’assicurato e

dell'assicuratore. Ma il rapporto fra premi pagati dall'assicurato e il rischio assunto dall'assicuratore è commutativo" (p. 503).

Como diz, com inteira razão, ROSARIO IPPOLITO, ilustre magistrado italiano, em excelente ensaio sobre o assunto:

"L'obbligazione dell'assicuratore si presenta in tal modo quale obbligazione unitaria ma complessa di un negozio perfetto ad effetti differiti, in cui l'obbligo di inserzione del premio nel fondo comune - con destinazione vincolata alla funzione indennitaria contrattuale - entra in vincolo sinallagmatico genetico con l'obbligazione del pagamento del premio" (II sinallagma nel contrato de assicurazione, Rivista di diritto commerciale, 1983, p. 533).

Eis aí resumidas as condições básicas do contrato:

- a) "obrigação unitária" formada pela multidão dos contratos individuais;
- b) um negócio jurídico comutativo com "efeitos diferidos";
- c) a constituição de um "fundo comum" formado pelas contribuições (prêmios) dos participantes.

Na verdade, a comutatividade desse contrato é que o distingue do jogo ou aposta. Sua inclusão dentre os negócios jurídicos *aleatórios* com os quais o contrato de seguro no passado foi confundido, deveu-se ao fato de ter-se em conta apenas cada contrato de seguro individualmente considerado, sem levar em conta sua necessária relação com os demais, formadores do "fundo financeiro"; além de visualizá-lo a doutrina apenas pelo ângulo de sua principal função institucional, qual seja o dever de indenizar que grava o segurador, nos seguros denominados "a prêmio fixo", como se esta fosse a exclusiva função do seguro, supondo-se que o segurador fizesse de certo modo uma aposta, confiando em que o evento danoso não ocorresse.

É claro que o "monte" formado pelas contribuições dos participantes do sistema deverá prestar indenização equivalente ao prejuízo que cada segurado vier a sofrer, mas além dessa função, o con-

trato de seguro transfere para o “monte” o dever de *seguridade* ou a prestação de incolumidade de que cada segurado individual passa a desfrutar. Isto explica, como lembra PONTES DE MIRANDA (Tratado de direito privado, tomo XLV, § 4.912, 3), que o segurado tenha interesse no seguro mesmo que o *sinistro* não se verifique, bem como mostra que, além do dever de ressarcir o prejuízo - cuida-se naturalmente de seguros contra danos - o segurador assume também o *risco* desde o momento da conclusão do contrato.

Esta é mais uma razão a justificar a fixação, no contrato de seguro, do valor do bem segurado. A função que o contrato deve cumprir, relativa ao *dever de incolumidade* assumido pelo segurador (em última análise pelo “monte”), tem relação com o valor do bem a que se presta garantia.

Como assevera PONTES DE MIRANDA, “o segurador contrapresta *segurando*, assumindo a *álea*”, de modo que, desde o “momento da conclusão do contrato de seguro, o segurador contrapresta” (ob. e loc. cit.). O segurador começa a cumprir o contrato no momento em que o negócio jurídico é concluído. E o *dever de incolumidade* que o segurador assume, no seguro de dano, tem relação direta com o valor do bem segurado. Esta grandeza, porém, representa o limite máximo que a indenização poderá atingir, no caso de ocorrer o sinistro.

25. A dificuldade em que se encontra a doutrina de ver no contrato de seguro a comutatividade que o caracteriza deve-se à submissão dos juristas modernos ao conceito do direito como *relação jurídica bilateral*. A doutrina visualiza este contrato tendo-o, como os demais, como uma categoria formada bilateralmente entre cada segurado individual e o segurador, sem considerar que o contrato de seguro é, essencialmente, como o demonstrou IPPOLITO, um contrato *unitário e complexo*, que se forma entre o “monte comum” e a comunidade social que o constitui.

Se o contrato se formasse entre um segurado apenas e o segurador, ele deixaria de constituir um contrato de seguro para tornar-se uma *aposta*, já que, neste caso, a *álea* nunca poderia ser evitada.

CALMON DE PASSOS mostra a natureza do “monte de poupança coletiva” e destaca igualmente o caráter *comutativo* do contrato de seguro, de maneira exemplar, ao escrever:

“A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence (original sem os grifos), em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída” (A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais, Rev. dos Tribs., vol. 763/98).

Como se vê, se tivermos em conta apenas a posição de cada segurado, na relação por ele estabelecida com o “monte”, o caráter *aleatório* desse vínculo jurídico não poderá ser negado. O segurado poderá ter pago os prêmios por todo o tempo de vigência do contrato sem que o *risco* coberto pelo seguro se concretize.

Nesse caso, parecerá que o pagamento dos prêmios represente uma prestação excessivamente onerosa para o segurado ou, quem sabe, um enriquecimento ilícito do segurador. Se, porém, o *sinistro* ocorrer, a desproporção inversa indicará que o “monte comum” estará a supor gravame excessivo, obrigado a pagar uma indenização extraordinariamente superior ao valor representado pelo prêmio pago pelo segurado a quem o “monte” haverá de indenizar. Tendo-o porém como um contrato *unitário*, formado pela totalidade dos contratos individuais, como um “negócio jurídico coletivo”, como disse CALMON DE PASSOS, sua *comutatividade* torna-se inegável, ressaltando a *mutualidade* que forma a essência desse negócio jurídico.

26. Na verdade, nos primórdios do contrato de seguro, a *álea* fora realmente um componente que o integrava de modo destacado. Hoje, contudo, essa *álea* é perfeitamente previsível, de modo que aquilo que

antes apresentava-se como essencialmente aleatório, hoje tornou-se um negócio jurídico que se pode ter, sem ofensa aos princípios, como um contrato oneroso e comutativo.

O segurador, a quem for atribuído o encargo de gerir o “monte” formado pela poupança coletiva, como se disse antes, não se torna obrigado apenas a indenizar, mas a cobrir, durante o tempo de vigência do contrato, o *risco* que cada segurado lhe transfere (PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, tomo XLV, § 4.912). A doutrina moderna não tem mais dúvida sobre a natureza não aleatória do contrato de seguro. A seguinte lição de TRIMARCHI confirma esta conclusão: Referindo-se à condição do segurado, ao firmar o contrato de seguro, escreve ele:

“Assicurandosi egli compie un atto di previdenza, perchè sostituisce l’onere certo, ma tollerabile, del pagamento dei premi, all’onere incerto, ma eventualmente disastroso, che deriverebbe della realizzazione del rischio” (ob. cit., p. 502).

Referindo-se a esta função do seguro, escreve PEDRO ALVIM:

“De outra parte, a satisfação deste desejo de segurança não pode ser preenchida senão pelo recurso a outros patrimônios. É o segundo elemento fundamental da noção de seguro. Sozinho, o homem pode economizar, jamais economizará o suficiente: a necessidade de segurança total não pode ser satisfeita completamente, senão quando recorre à ajuda de outros. É pela cobertura recíproca de todos os seus membros que uma coletividade pode garantir-se contra o futuro, aceitando todos participarem em comum da boa e da má fortuna.

Com efeito, o seguro é uma solução coletiva para distribuir entre muitos os efeitos econômicos de eventos danosos que, de um modo geral, atingem isoladamente cada membro da coletividade” (Responsabilidade civil e seguro obrigatório, R. T., 1972, p. 53).

Eis aí delineada a natureza *unitária* do contrato de seguro, assim como seu sentido *comunitário*. Os contratos individuais, por meio dos quais os segurados aderem ao sistema, funcionam como uma espécie de “contratos-meio”, como elementos formadores do contrato de seguro. Este não poderá existir sem os contratos individuais que o formam; e nem essas relações jurídicas individuais formarão um contrato de seguro se não se constituir, pela reunião de uma infinidade de instrumentos deste tipo, o “contrato-fim”.

Certamente os contratos individuais não são apenas negócios instrumentais, como se fossem componentes de um contrato complexo e servissem somente para formar o contrato unitário de seguro. Não se trata disso. O que se pretende significar é que o contrato individual constituirá um negócio jurídico de seguro se o segurador tratar uma infinidade de contratos análogos.

A distinção entre este tipo e um outro contrato qualquer de natureza bilateral, além de manifesta, é relevante. Uma compra e venda, por exemplo, existirá independentemente de haver, pelo lado de quem vende ou de quem compra, milhares de contratos idênticos, mesmo que o vendedor, seja um comerciante que esteja a vender o produto de seu comércio habitual. Um contrato de seguro, ao contrário, não poderá prescindir do “grande número” de negócios jurídicos da mesma natureza, firmados pelo segurador.

27. Vimos, também, que o contrato de seguro contra danos, a que se aplica o disposto no art. 1.432 do Código Civil, destina-se a garantir ao segurado uma prestação que o indenize do *prejuízo* que a ocorrência do sinistro lhe haja causado.

É importante que se faça a distinção entre os vários tipos de seguro, uma vez que há entre eles algumas características diferenciais significativas. O seguro de vida, por exemplo, tem peculiaridades que não se encontram no seguro contra dano. Para estes, é aplicável esta lição de PONTES:

“No seguro contra dano, o segurador vincula-se a ressarcir o dano causado pelo evento previsto como possível . . . O que o segu-

rador presta não pode exceder o dano sofrido pelo beneficiário, seja o contraente seja outrem” (ob. cit., Tomo XLV, § 4925, 1).

Se um determinado sistema de seguro fosse obrigado a indenizar todos os sinistros pelo valor máximo previsto na apólice, sem considerar o valor do *prejuízo efetivo* causado ao segurado, teríamos ofendido duplamente o sistema. Em primeiro lugar, em virtude de lhe haveremos criado um agravamento do risco previsto no contrato. Depois, por termos ofendido a lei (art. 1.423 do C.C.) e a natureza do negócio jurídico de seguro, uma vez que um tal acréscimo no valor do ressarcimento, porventura concedido àqueles que sejam vítimas do *sinistro*, deverá ser suportado pela coletividade que forma o sistema de “poupança coletiva”.

28. Nas “notas explicativas” por ele elaboradas ao substitutivo ao Projeto de Código Civil, o Professor FÁBIO COMPARATO procurando estabelecer a distinção entre os seguros de danos e os seguros de pessoas, no que respeita à natureza da indenização devida em cada uma dessas espécies de seguro, escreve o seguinte:

“O projeto do Código de Obrigações de 1965, no capítulo referente ao contrato de seguro, adotou a mesma disposição sistemática do atual Código Civil. A Exposição de Motivos justificou o fato invocando a chamada teoria unitária do contrato de seguro.

A justificação, porém, não convence. Como reconheceu o próprio Ascarelli, chefe de fila dos modernos unitaristas (cf. “O conceito Unitário do Contrato de Seguro”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., São Paulo, 1969), há uma diferença de natureza entre a indenização devida nos seguros de dano ou de bens, e aquela estipulada nos seguros pessoais (seguro de vida e seguro de acidentes pessoais). No primeiro caso, ela é estritamente correspondente ao montante do dano sofrido pelo segurado, enquanto nos seguros de pessoas se relaciona com um prejuízo abstrato, livremente fixado pelo segurado e aceito pelo segurador.

“Entre seguros de dano e seguros de pessoas, a distinção normativa se impõe, pois somente os primeiros estão sujeitos ao prin-

cípio indenitário, segundo o qual a indenização por sinistro não pode ser fonte de enriquecimento para o segurado. Daí a proibição, apenas nesses seguros, do sobre-seguro e dos seguros múltiplos” (Revista de Direito Mercantil, Ed. Rev. dos Tribs., 1972, nº 5, p. 146/147).

Esta é a razão pela qual a lei, nesta modalidade de seguro, determina que a indenização jamais ultrapasse o “montante do dano sofrido pelo segurado”.

O substitutivo apresentado pelo Prof. COMPARATO, ao Anteprojeto de Código Civil, separava, nos seguros de danos, o valor máximo do interesse segurado daquele relativo à indenização devida pelo segurador, regulando-os em dispositivos diferentes, deste modo:

“Art. XVIII - Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do contrato, sob pena do disposto no art. VIII (perda do direito à garantia), e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

Art. XX. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixada na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

Como se vê, o valor do interesse segurado é fixado “*no momento do contrato*”, já o valor da indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado “*no momento do sinistro*”.

29. Em última análise, a manutenção do equilíbrio financeiro do “monte”, de modo que se evite a erosão da “poupança coletiva”, obrigará a que os demais suportem esse novo gravame, através do estabelecimento de prêmios recalculados em face dos novos encargos.

A natureza especial do contrato de seguro é que impõe que o Poder Público o discipline minuciosamente, mantendo sobre as companhias autorizadas a explorá-lo rigorosa fiscalização, visando à proteção do grupo social que compõe a comunidade segurada.

30. Às vezes se diz que a companhia seguradora, ao indenizar o segurado pelo “valor médio de mercado” do bem sinistrado, estaria cometendo um “enriquecimento ilícito”, uma vez que, tendo recebido o prêmio “calculado sobre um valor preestabelecido”, paga a indenização “por outro valor”.

O entendimento, porém não pode ser aceito. O prêmio, em qualquer sistema de seguro, será sempre calculado pelo valor a ser prestado como indenização, tendo em vista as grandezas atuariais que definem o risco segurado. Não se calcula o prêmio pelo valor constante da respectiva apólice de seguro, porque isto implicaria em onerar o segurador com o encargo de prestar ao segurado, invariavelmente, um valor correspondente ao máximo segurado, o que estaria em direto conflito com a natureza indenizatória do seguro de dano, e contra a própria lei.

O valor constante da apólice funciona apenas com um limitador da indenização, sempre que o exceda o prejuízo efetivo sofrido pelo segurado.

A *mutualidade* é da essência do contrato de seguro, seja ele *gerido* pelos próprios segurados, seja através de uma companhia mercantil. A forma de gestão do “sistema de economia coletiva” não interfere e muito menos modifica a natureza do contrato de seguro.

Os participantes de um contrato de natureza comunitária como o de seguro - seja ele mútuo ou a “prêmio fixo” - não são titulares de “direitos individuais homogêneos” contra o “fundo financeiro” comum, pela óbvia razão de não serem titulares de *direitos subjetivos*. A aparente oposição de interesses, que definiria o direito subjetivo entre cada segurado e o segurador, visível quando se tenha presente cada relação individual, resolve-se em conflito entre o respectivo segurado e o “monte financeiro” por todos constituído.

Na verdade nem esse conflito existe, pois o segurado individual, ao agir contra o monte comum, pretendendo extrair vantagem

pessoal a custa de outrem - elemento pelo qual se define do direito subjetivo -, estará agindo contra seus próprios interesses, na preservação do sistema.

**APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL RIESGO EN LA
ERA TECNOLÓGICA:
FUNDAMENTOS PARA SU COMPRENSIÓN Y
TRATAMIENTO EN LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN¹**

Hilda Esperanza Zornosa Prieto²

Resulta muy satisfactorio poder compartir, con ustedes, algunas de las inquietudes surgidas, durante estos últimos cuatro años, en relación con un asunto tan complejo como lo es el fenómeno del riesgo en la Era Tecnológica. Este problema no ha sido abordado de manera adecuada, por la sociedad actual motivo por el cual los daños que la toma de decisiones sobre riesgo han provocado en el sistema social y ecológico ameritan una revisión integral de la “racionalidad” en la que se fundamentan las distintas determinaciones para lo cual es necesario servirse de las herramientas metodológicas que describe el

1. Este trabajo fue posible gracias a la delegación que me hiciera al Doctor Fernando Hinestrosa, mi maestro, y el profesor Luis Villar Borda, cuando los estudiantes de la maestría y del curso sobre “Cibernética de la Cibernética” de la facultad de Ingeniería de la Universidad de los Andes, y en especial al Ingeniero Carlos Parra invitaron a la Universidad Externado de Colombia para que se vinculara como participante en la “Tercera Feria Sistémica” que se llevó a cabo durante los días 11 y 12 de diciembre de 1999 en la ciudad de Santafé de Bogotá. Realmente se constituyó en un verdadero reto, inducido por los mencionados estudiantes poder descubrir por qué la teoría de sistemas tiene aplicación práctica.

2. Directora de la especialización de seguros y del Centro de Estudios de Seguros de la Universidad Externado de Colombia Candidata al doctorado en derecho de las Universidades Externado de Colombia, Colegio Mayor de la Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana. Línea de investigación Riesgo en la era Tecnológica. Profesora del área de seguros en los distintos posgrados ofrecidos la Universidad Externado de Colombia.

profesor Niklas Luhmann (q.e.p.d.), en su "Teoría de Sistemas" y en su "Sociología del riesgo", a quien le rindo un homenaje póstumo al elaborar este escrito.

El presente trabajo se encuentra dividido en tres partes:

- 1) En la primera de ellas desarrollaré la tesis según la cual la Teoría de Sistemas Sociales de Luhmann tiene aplicación práctica porque puede servir para dirigir o interrumpir, en el ahora y en adelante, la toma de decisiones por parte de las distintas organizaciones durante el proceso "racional"³ que fundamenta la asunción del riesgo.
- 2) En la segunda parte demostraré por qué el estado de la reflexión actual nos ha impedido abordar adecuadamente la problemática del riesgo.
- 3) Finalmente intentaré despertar el interés por alcanzar una mayor conciencia del riesgo como paso necesario, e indispensable, para poder dar el salto de la "modernidad reflexiva"⁴ hacia una nueva modernidad, y evitar que los discursos sobre la "ciencia", el "progreso" y el "desarrollo económico" invadan la esfera de la política y a partir de allí, el campo del derecho con las "perversas" consecuencias de impedir que se asuma la responsabilidad por las decisiones sobre riesgos, que tantos daños, le acarrearón a la humanidad, durante el transcurso del siglo pasado.

3. Esta expresión se escribe entre comillas fundamentalmente por la crítica de que es objeto por parte del profesor Niklas Luhmann en su libro "Ilustración Sociológica" Buenos Aires Sur 1973

4. Beck, Ulrich denomina "modernidad reflexiva" esa modernidad que se reproduce espontáneamente y en la que por ese motivo se socava la diferenciación funcional permitiendo, por ejemplo que la economía invada el terreno de la ciencia, el derecho, la política, la moral, transformando la ciencia, la economía, el derecho en fenómenos subpolíticos.

1. La teoría de sistemas: Una alternativa para la construcción de la conciencia social del riesgo.⁵

El nivel alcanzado por las investigaciones realizadas en los diversos sistemas autopoieticos nos permiten superar la distinción clásica de la sociología contemporánea entre sujeto y objeto, transitar del concepto antropocéntrico⁶ hacia la comprensión de la sociedad constituida por una red de comunicaciones estructuradas que fundamentan las decisiones y le dan sentido a la acción humana.

Los métodos científicos tradicionales que intentan describir la realidad social, en términos puramente causales simplemente, no funcionan. Los cálculos estadísticos no explican, fallan, en su intento por describir una realidad que no se acomoda a estas herramientas empíricas.⁷

5. Debo destacar que para la elaboración de ésta primera parte de la conferencia se tuvieron en cuenta los comentarios presentados por el profesor español Carlos Morales, visitante de la Universidad de los Andes, quien participó como conferencista, presentando un trabajo que denominó "Autopoiésis y Organización", durante el seminario programado para el viernes 3 de diciembre de 1999, por la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, evento organizado por el ilustre filósofo, el profesor Guillermo Hoyos Vásquez, para clausurar el 2º semestre durante el cual tuvimos la oportunidad de estudiar parte de la obra de Niklas Luhmann y de abordar el "Análisis del Paradigma Autopoietico".

6. A pesar de todos los movimientos sociales que apuntan hacia éste horizonte, parece que nos resistimos a admitir que somos parte de una cadena cósmica mucho más grande. Enlace que ya había sido percibido por Pascal, cuando desarrolló la idea de los dos infinitos.

7. En efecto, tales métodos incorporan grandes márgenes de error, Chernobyl, Challenger, Represa de Titán, Seveso, son ejemplos, por lo demás devastadores, de éstas fallas. Complemento ésta afirmación con la siguiente cita de Landsberg, Peter T. "La búsqueda de la certeza en un Universo Probabilístico". En "Proceso al Azar" Metatemas No. 12, Libros para pensar la ciencia, Tusquets Editores la Edición 1986, 2a Edición 1996. Una convocatoria de Jorge Wagensberg. "Un pequeño error inicial puede hacerse más y más grande conforme se realiza el cálculo y finalmente no puede decirse nada con precisión, la probabilidad y la incertidumbre entran tanto en el cálculo como en la observación sencillamente porque la precisión infinita es imposible. Complicando más las cosas llegaríamos a sistemas cuyas ecuaciones, perfectamente deterministas, producen un

No obstante me atrevo a afirmar que la teoría de sistemas de Luhmann sí tiene aplicación específica en el campo de los distintos subsistemas funcionales de la sociedad, y especialmente en el de las grandes empresas privadas o estatales, en el de las organizaciones que se encuentran conectadas con estos.

La obra de Niklas Luhmann caracteriza el retorno de la sociología al estudio de los problemas macroteóricos y produce un enlace con la microsociología. Indudablemente toda la construcción del pensamiento en Luhmann se expresa en la visión sistémica de la sociedad. La sociedad es el sistema de los sistemas y en este sentido, el derecho, la política, la economía, son sistemas en sí mismos que desarrollan funciones especiales. La sociedad es vista en sus relaciones con otros sistemas sociales.

La sociedad, como sistema global, está situada en el primer nivel de toda la monumental construcción teórica luhmaniana; en el segundo nivel, se encuentran las máquinas, los sistemas síquicos, los sociales, y los organismos vivos.

La principal diferencia entre las máquinas y las demás categorías aquí enunciadas radica en que las primeras no se conciben como un sistema complejo adaptativo susceptible de evolución más allá de sus percepciones sensoriales. No obstante este criterio ha sufrido grandes transformaciones en los últimos años y en la cibernética actual, es posible reevaluar la concepción automática de las máquinas en la medida que algunas tienen capacidad de aprendizaje, disponen de facultades exploratorias lo cual nos permitiría atribuirles el calificativo de sistemas complejos adaptativos aunque todavía con un carácter limitado.⁸

El sistema social, se compone de un universo de opiniones, de significados. Por otra parte los distintos subsistemas funcionales, como la economía, la religión, la política, el derecho, se caracterizan

comportamiento errático. Esto se llama Caos. Los científicos estudian éste tema junto con la teoría de las catástrofes, está atrayendo su interés".

8. MURRAY GELL MANN, "El Quark y el Jaguar" "Aventuras en lo simple y lo complejo". Tusquets Editores, 1a Edición 1995, 4a Edición 1998.

por desarrollar interrelaciones, sígnicas alrededor de las cuales se estructuran una serie de organizaciones.⁹

Las organizaciones sociales también funcionan como sistemas autopoieticos, caracterizados por una clausura operacional. Pero ello no impide que se lleven a cabo procesos de cambio ni de comunicación hacia el entorno. La idea del aislamiento funcional en Luhmann no constituye un obstáculo para que tanto el derecho, como la economía y, en general la totalidad de los subsistemas funcionales se comuniquen a través de las organizaciones o de los sistemas síquicos. Los subsistemas de significado comunican con su exterior a través de los sistemas organizacionales, he ahí el punto de contacto. Este proceso comunicativo se lleva a cabo por medio de las relaciones establecidas en las organizaciones; ciertamente, estas se convierten en el instrumento mediante el cual los sub sistemas funcionales sígnicos comunican. El acoplamiento estructural, de que da cuenta Luhmann, se lleva a cabo a través de las organizaciones, las cuales, no establecen relaciones con un solo subsistema social.

Por otra parte, la identidad de los sistemas organizacionales se modifica con mayor rapidez que la de los sistemas funcionales. En la sociedad estratificada, las organizaciones son diferentes a las de la sociedad funcional. En la primera, el individuo es una unidad, no separable de las distintas funciones que desarrolla en su interior y ello supone la inclusión integral del sujeto; hay un individuo sometido, en su totalidad, al control de la organización.

Por el contrario en las organizaciones modernas, propias de las sociedades diferenciadas en complejos subsistemas funcionales, los sistemas síquicos sólo juegan un papel determinado en su interior y el resto de su vida gozan de absoluta libertad participando incluso de otros núcleos sociales sin importar que el ingreso a ellos exija el cumplimiento de requisitos distintos de pertenencia. Esta característica se constituye en el instrumento liberador del sujeto; independencia que se hace

9. LUHMANN, NIKLAS "Sistemas Sociales", "Lineamientos para una teoría general". Anthropos Editorial, 1998 En coedición con la Universidad Iberoamericana. México, D.F., y con el Centro Editorial Javeriano

posible a través de un elemento particular el de las decisiones.¹⁰ Las organizaciones reproducen decisiones mediante, decisiones y, en éste proceso para ellas, resulta importante identificar el papel que los distintos sistemas síquicos juegan en términos decisionales.

Las organizaciones toman decisiones influenciadas por la política, la economía o el derecho.¹¹ Que una organización sea influenciada por esos sub sistemas funcionales significa que asume una función igual a la de ese sub sistema funcional y utiliza el mismo código binario a la hora de tomar sus decisiones, pero a diferencia de los subsistemas funcionales disponen de una gran flexibilidad y de una inmensa capacidad para procesar información originada en otras organizaciones y en otros sistemas sociales.¹²

Las decisiones tomadas por las organizaciones se proyectan hacia afuera, todo lo cual nos obliga a modificar nuestro concepto acerca de la clausura operacional, a admitir que la autonomía de los subsistemas funcionales, se flexibiliza a través de las organizaciones

10. Destaco aquí el carácter liberador que proporciona la sociedad moderna; sin embargo, no desconozco el impulso fragmentador que se deriva de un tal proceso liberatorio. Aquí, por supuesto, es claro que nos enfrentamos a la paradoja al mundo del "y"

11. Norman Rubin, funcionario de pruebas energéticas en Ontario Canadá, al describir los procesos para el manejo de los desechos nucleares que se están implantando a través de un convenio de cooperación sucrito con el Japón, observa con preocupación lo siguiente: "La decisión de enterrar los desperdicios radioactivos de la planta de Ontario será una de las decisiones de mayor trascendencia para nuestra sociedad. La decisión de generar esos desperdicios debió haber sido una de las discusiones más interesantes del momento; pero una élite tecnológica se confabuló contra el gobierno, decidió que los problemas no eran graves, que viviríamos con esa basura que la enterraríamos". En aquél escenario triunfó un sólo argumento el de la indiferencia, el que Luhmann describe como no decidir que es también una decisión, el del qué importa que el problema reviente en varias generaciones o no. Ese es el tipo de discusión que involucra una toma de decisión, pero gran parte de ella se llevará a cabo demasiado tarde

12. LUHMANN, Niklas, "Sociología del Riesgo" Primera Edición en español 1992, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, Dirección de Publicaciones, José Guadalupe Zuno 1881, Guadalajara, Jalisco, México

que cumplen la misma función y utilizan el mismo código de la economía, el derecho o la política, lo contrario implicaría negar la dinámica social.¹³

En este breve recorrido sobre la aplicación práctica de la obra de Luhmann resulta de suma trascendencia reconocer que las organizaciones pueden influir, con intensidad diversa, el cambio de los distintos aspectos, fáctico, coyuntural o estructural, de los variados subsistemas sociales.¹⁴

En el campo fáctico lo que generalmente se produce es una confirmación, una reelaboración, de las formas sociales promovidas por los distintos subsistemas. El cierre operacional se mantiene, el sistema se reproduce una y otra vez con sus propios elementos.

13. LUHMANN, Niklas, "Organización y Decisión Autopoiésis, Acción y Entendimiento Comunicativo". Universidad Iberoamericana Anthropos la Edición 1997.

14. Por considerarlo de interés me permito incluir en la cita algunas de las consideraciones más importantes presentadas por el profesor Morales, en el seminario ya descrito, según las cuales las organizaciones pueden acceder a distintas alternativas para inducir los cambios en el sistema social así:

(1) A través del sistema clásico de regulación basado en sanciones el cual puede desencadenar serias resistencias pero que resulta útil para modelar el comportamiento durante la puesta en marcha de la organización.

(2) Mediante una definición común de la situación, de fines o nivelación de paradigmas.

(3) Por intermedio del instrumento procedural, a través del cual, después de haber definido los objetivos generales se estructuran los elementos que los hacen posibles.

(4) Incorporando mecanismos para la toma de decisiones, mediante la adopción de formas a las cuales se sujeta el control directo sobre la decisión.

(5) Por medio de la invasión, mutación o estructuración directa del campo regulado.

A éste último respecto el profesor Morales señaló que la intervención directa puede tener las siguientes consecuencias:

(5.1) Rechazo, por la mutua indiferencia de los sistemas respecto de lo que ocurre en el otro.

(5.2) Destrucción de la función del sistema.

(5.3) Destrucción del sistema.

En el terreno coyuntural, se fabrican los elementos que producirán el cambio en el espacio estructural. Por supuesto que en el nivel coyuntural, estos, no se perciben de manera rápida, pero, se reflejan en la elaboración de nuevos principios, conceptos, jurisprudencias y categorías. Y es ese, lento e imperceptible, cambio de formas el que más adelante permitirá alcanzar las modificaciones estructurales requeridas.

En el derecho de seguros, por ejemplo, el ejercicio de la libertad empresarial se ha visto limitado mediante la consagración del principio de protección de los derechos de tomadores y asegurados esto es de los consumidores. Es éste un claro ejemplo de cambio estructural, el que visto en retrospectiva evidencia, el transcurso de un largo plazo, la existencia de fuertes presiones en el nivel coyuntural y por supuesto también en el fáctico.

Frente a esa dinámica, relativamente lenta, de los subsistemas sociales lo que contrasta, al interior de las organizaciones, es la posibilidad de inducir ágilmente el cambio. En el plano fáctico, en su diario transcurrir, se limitarán a reproducir decisiones, a través de decisiones. Sin embargo en la escala coyuntural pueden facilitar la introducción de novedades, mediante la delegación de funciones estratégicas en los sistemas síquicos, a partir de las cuales se potencian cambios estructurales, en un tiempo relativamente corto.

Ciertamente, tanto las organizaciones privadas como las estatales pueden ejercer influencia sobre los sistemas cerrados, tienen la posibilidad de direccionar los cambios, de potencializarlos en el sistema económico, jurídico o político.¹⁵

Para concluir éste acápite, resulta importante destacar que una racionalidad como la actual, en la que se permite que la sociedad imponga su lógica de manera espontánea lo que ocurre es que los subsistemas sociales con mayor capacidad de penetración terminan por socavar, la diferenciación funcional de la sociedad y por imponer

15. Por supuesto que no desconozco que las organizaciones también pueden limitarse a reproducir el estado actual de la situación, ese es el riesgo; de hecho hoy, la descripción de la sociedad así lo confirma.

criterios absolutos que es lo que está ocurriendo con el problema del riesgo en la Era Tecnológica como tendremos la oportunidad de visualizarlo en las reflexiones finales.

Por ello, de alguna manera, y, con ésta afirmación, concluyo, ésta primera parte, advirtiéndolo que no tenemos alternativa distinta a la de generar instrumentos regulatorios que incentiven la autorreflexión y una mayor conciencia sobre la problemática.

2. Sobre la dimensión social en la que se deforma nuestra percepción del riesgo:¹⁶

Los diferentes subsistemas sociales se resisten a aceptar que la desgracia ya adoptado la forma de riesgo, y por ello se sigue registrando como casualidad, como ruptura de la normalidad. En efecto, se hace referencia al caos, al desorden y a la catástrofe para describir el siniestro en vez de utilizar el término riesgo. El riesgo es un problema universal que no puede ser eludido, involucra el concepto mismo sobre un futuro que se debate entre lo probable y lo improbable.

Ciertamente, la aplicación técnica de la ciencia desata posibilidades de riesgos catastróficos, la mayoría de los cuales son susceptibles de atribución a los sistemas síquicos y a las organizaciones porque las decisiones son las causas que los desencadenan. Pero la anomia se acentúa porque el alcance social de tales determinaciones se manipula; mientras que algunas se presentan de manera sensacionalista, otras, ni siquiera son objeto de mención. Ello fractura las condiciones del supuesto consenso. La actitud frente al riesgo y la justificación de determinados riesgos, deviene controvertida.

16. Para la elaboración de éste acápite me he fundamentado también en Luhmann Niklas, "Sociología del Riesgo" Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara. Dirección de publicaciones 1992 la edición en español, motivo por el cual advierto que las expresiones en letra itálica y entre comillas son utilizadas textualmente por el mencionado autor.

En parte, el cisma se produce porque la investigación del riesgo se sigue fundamentando en su cálculo racional y aunque los procesos comunicativos sobre el mismo se han tornado reflexivos y globalizadores, aunque ya se reacciona en contra de las operaciones matemáticas o económicas, cuando el evento puede provocar un desastre, la definición a través de la cual se traspasa la frontera de la tragedia depende de aquel que argumenta.

La polémica ya ha alcanzado el nivel ético, lamentablemente es, en este espacio que se producen los desacuerdos. La sociedad cuestionó la normalidad de las consecuencias nocivas, apelando al uso de "*una semántica convincente acerca del desastre*" y a partir de esta estrategia es que se acepta que el rol, asumido por la ciencia y por la técnica, involucra construcciones, pero también destrucciones.

En el proceso comunicativo para la aceptación del riesgo, el sistema social ha promovido el privilegio del elemento cuantitativo, la expectativa subjetiva de la utilidad. Lo que Luhmann denomina valoración de la complejidad, para la cual el código racional que prevalece es el de la relación costo beneficio. Los resultados dañinos serán admitidos siempre y cuando no traspasen "*el umbral de la catástrofe*", cuya determinación depende de sí se participa, como afectado o no; distinción ésta en la cual radica otro de los fundamentos de la ausencia del consenso.

Sólo el paradigma procedural y sistémico del derecho, activado por la sociedad civil en el espacio público, nos permitirá regenerar la solidaridad social a partir de la práctica comunicativa. La discrepancia de opiniones, el disenso experimentado en el discurso permitirá la reconstrucción de la responsabilidad en la Era Tecnológica. El riesgo de la ciencia, el riesgo de su aplicación práctica, el de la técnica, no pueden ser ajenos al debate en la política, ni a los pronunciamientos de la opinión pública.¹⁷

17. HABERMAS, Jürgen, "Droit et Démocratie Entre Faits et Normes", nrf, essais, Gallimard, 1992, Chapitre VII La Politique délibérative Un concept procédural de démocratie. Pp. 311 a 340, no desconoce los obstáculos que le impiden al ciudadano tener acceso al conocimiento de los expertos para poder

La comprensión de los problemas tecnológicos y ecológicos, la identificación de la instancia que decide, el entendimiento de los riesgos que deben ser tenidos en cuenta o no, el análisis de su horizonte temporal y objetivo, no se alcanza a través del cálculo; tal percepción, la evaluación, se extiende al proceso mismo de selección. La determinación de cuáles riesgos deben ser objeto de consideración, no se produce de manera casual, es el resultado de factores sociales que orientan la escogencia; por ello la preocupación debe extenderse a la estructura comunicativa a partir de la cual se incrementa la conciencia sobre el riesgo.

Todas las civilizaciones se han enfrentado a la incertidumbre del futuro. El rol de aseguradores, asumido por los navegantes y prestadores de dinero, fue el antecedente de la planificación del riesgo y develó la conciencia del riesgo.

La expresión se utilizó en ámbitos diversos. El lenguaje disponía de palabras con contenidos similares que la dinámica fenomenológica tornó insuficientes para expresar el concepto. El cálculo del riesgo no involucra sólo ventajas económicas, sino también, la previsión de un daño que se hubiera podido evitar.

Pero la secularización de la desgracia ha promovido "*una posición inconsistente en el curso tiempo*"; ciertamente, de una parte ha servido para legitimar, que las cosas puedan ser, primero de un modo y luego de otro y, por la otra, ha reducido, al mínimo, las posibilidades de arrepentimiento. "*Se trata de un cálculo temporal*", no es una norma de conducta ética que induzca a la mesura, o a la justicia. La "racionalidad" social expresa, que la vida se integra por ventajas y desventajas, por cosas buenas o malas que pueden tolerarse. El riesgo es una decisión, vinculada al tiempo, en la que no se puede anticipar el futuro.

La confianza en la factibilidad venía en aumento; desde que la sociedad estableció la conexión entre el saber y la realización, la seguridad había invadido el aspecto objetivo en el que, a pesar de un

conformar adecuadamente sus opiniones, tampoco desconoce las asimetrías que se producen en relación con los informes que sirven de base para ello.

futuro incierto, existían fundamentos seguros para la toma de decisiones. Pero, con el advenimiento del cálculo de probabilidades tanto el concepto de riesgo como el de la confianza, empezaron a indicar que cuando algo sale mal también habría podido salir correctamente. En realidad lo que ha ocurrido es que lo desconocido ha sido invadido por la esfera del cálculo racional.

La frase según la cual los daños deben ser evitados nos ayuda a comprender el alcance de la racionalidad tradicional. Pero, *“por sí sola, supondría un límite excesivo al ámbito de la acción. El campo debe ser ampliado, debe, tolerar, la realización de actuaciones que producen daños, en principio evitables”*, para lo cual basta que el cálculo, de la probabilidad o el de la magnitud, así lo justifique. *“La función que se cumple con este razonamiento es la de trasladar la esfera de actuación racional de manera controlada, a un esquema, en el que renunciar al riesgo implicaría rechazar la racionalidad”*.

Esta es sólo una de las formas desde la cual se puede formular el problema que impide ver, lo que, desde el planteamiento alternativo elegido, no se puede ver. Por ello, debemos desplazarnos *“al plano de la observación de segundo orden”*. *Para poder observar los dos lados de la forma, distinguir la unidad, diferenciar la distinción, e iniciar, en otro momento el proceso del otro lado”*.¹⁸

En la primera instancia lo que se visualiza es el aspecto positivo, la posibilidad de la ganancia; en la segunda instancia se cuestiona a qué costo, en la tercera nos mantenemos en el concepto de riesgo, tal vez sólo en la cuarta lleguemos a identificar el problema como un verdadero peligro, inducidos quizás por nuestra condición de afectados.

Estas reflexiones luhmanianas sobre el proceso de diferenciación cognitiva que se surte, se han traído a colación, a propósito del riesgo, porque esta palabra *“caracteriza una unidad que incorpora, en un solo concepto, una serie de diversas distinciones.”*

18. LUHMANN Niklas aquí se sirve de las aportaciones de George Spencer Brown.

Es la reconstrucción de un fenómeno de contingencia múltiple que ofrece perspectivas diversas a distintos observadores.

En efecto, es posible que se produzcan daños o no. En el presente, el futuro presente se determina bajo la forma de lo deseable o de lo indeseable. Lo único conocido es que, en éste momento, desconocemos cómo; no obstante reconocemos, ahora, que otros observadores, *“sabrán, en el futuro presente, cuál es el caso; emitirán un juicio distinto, aunque no unánime.”* Lo que acaezca en el futuro depende de una decisión del presente. El riesgo es una decisión sin la cual el daño no ocurriría. Lo trascendental en el concepto es la contingencia del daño, la posibilidad de evitarlo.¹⁹

Siempre habrá diversas perspectivas de observación; opiniones divergentes sobre si el riesgo debe o no ser aceptado. *“El concepto riesgo aparece, como un acuerdo de elevada disposición a la contingencia, no como un asunto de conocimiento”*. La esfera cognitiva solo se abrirá paso en un *“horizonte de dimensiones temporales y sociales”*. La contingencia le da forma a las comunicaciones y vivencias, pero *“la totalidad de sentido sólo se alcanza a partir de la diferencia entre actualidad y potencialidad”*.

Lo seguro, la certeza, constituye la negación del riesgo; la imposibilidad de un daño futuro será cuestionada cuando el cálculo de probabilidades en el que se fundamenta la decisión sea objeto a su vez de interrogación. La crítica se llevará a cabo acudiendo a categorías binarias de carácter secundario, como las de riesgos conocidos desconocidos, riesgos comunicados no comunicados. Lo paradójico aquí es que la negación del riesgo es a su vez un riesgo.

Este análisis nos ha permitido acercarnos a las condiciones operativas del concepto de riesgo, pero aún no hemos llegado a precisar qué refiere esta palabra. *La tradición racionalista nos ofrece una forma, pero no un concepto de riesgo. “Ofrece parámetros de cálculo para evitar daños. La forma binaria que accede, al proceso racional, es óptimo no óptimo y a partir de allí surgen diferen-*

19. La construcción del concepto se convierte así en una “creencia íntima”.

ciaciones secundarias que dispensan otras posibilidades de cálculo. Pero ello no nos proporciona la forma que el concepto riesgo ofrece”.

En la esfera política se aprovechará la ventaja que otorga afirmar que *el concepto de riesgo se alcanza en oposición al concepto seguridad*; el pronunciamiento en contra de empresas riesgosas permitirá el surgimiento del valor de la seguridad, pero, paradójicamente lo que se hará es legitimar que, en las condiciones actuales, se pueda aventurar y correr riesgos. *A partir de ésta distinción la forma riesgo adquiere una nueva connotación la de los expertos en seguridad, la que alude a lo favorable o a lo desfavorable.*

El concepto incorpora el “ideal” de la seguridad, la “precisión numérica” que la hace alcanzable y a través de él comprendemos el tránsito de una sociedad fundamentada en análisis deterministas a una probabilista. El riesgo se convierte en una “unidad de medida” para las operaciones de cálculo, se transforma en una “ficción social”, y ello nos obliga a investigar qué es lo que en la comunicación se define como seguro, cuál es la estabilidad real de lo virtual cuando se confronta con las experiencias que se le oponen, porque el “concepto” sigue siendo “vacío”, y sólo “tiene el mérito de universalizar la conciencia del riesgo”.

Pero, *“¿existen, realmente, situaciones que solo ofrecen la opción de escoger entre riesgo y seguridad?” “Si ello fuera así la alternativa segura otorgaría entonces la doble seguridad de que no ocurra el daño y la de una ventaja u oportunidad”. Argumento este, engañoso porque una “oportunidad perdida” “no” es en sí misma algo “seguro”. “Expertos” y quienes reprochan no haberse inclinado hacia la opción ventajosa son “observadores de primer orden”. En este estadio, las discusiones inducen a creer que nos encontramos frente a los mismos hechos. Pero, en la escala siguiente, en la de la “observación de segundo orden” el problema está justamente en que el “hecho que se asume como lo mismo genera informaciones diversas”.*

En efecto, cuando escogemos como perspectiva de análisis la disyuntiva entre riesgo y peligro, partimos, por el contrario de la inseguridad, de la posibilidad de ocasionar daños futuros. Este proceso nos ayuda a comprender por qué cuando el daño es consecuencia de la decisión la acepción que le corresponde es la de "riesgo"; pero si la decisión no depende de nosotros mismos sino de otros la palabra adecuada para expresarlo es el peligro.

La atribución de la decisión nos permite, además, incorporar la formula costo beneficio, establecer sí el riesgo, permanece en el marco de la zona de ganancia, porque sí implica un incremento de los costos obligará a lamentar la toma de la decisión. El método del cálculo del riesgo ha sido concebido para dar cuenta de decisiones que posiblemente se deplorarán, y ha dado así origen a la paradoja en la cual se demuestra cómo una decisión equivocada pudo haber sido la correcta.

"La distinción riesgo peligro presupone la disposición a la seguridad pero permite una marcación simultánea de ambos lados. "Marcar los riesgos permite olvidar los peligros marcar los peligros permite olvidar las ganancias." En la sociedad moderna, para poder promover la utilización de todas las posibilidades, se requiere marcar los riesgos.

El camino que nos ha permitido transitar de una categoría cognitiva binaria la de riesgo seguridad a la del riesgo peligro, también, nos conduce al concepto de la "consecuencia autológica" en el cual, simplemente, los enlaces o interconexiones que se realizan constituyen atribuciones o imputaciones que efectúa el observador de segundo orden.

Identificar un fenómeno como algo riesgoso o peligroso, no depende del arbitrio del observador ni del cálculo del experto; sin embargo hay casos extremos, que no permiten identificar reconocer los criterios relacionados con las probables ventajas o daños. En la ecología, por ejemplo, no es posible atribuir las alteraciones irreversibles o las catástrofes a decisiones individuales, los observadores somos inducidos a discutir acerca de las proporciones;

sin embargo, la acumulación de los efectos, originados en determinaciones individuales, la participación de agentes diversos, diluye la atribución.

El dilema de si algo debe ser visto como riesgo o como peligro queda abierto. *"La sociedad visualiza como riesgos ciertos peligros, a pesar de lo cual sólo los toma en serio como riesgos"*.²⁰ En efecto, *"el problema del riesgo no se encuentra en la dimensión objetiva de las cosas, sino en la relación existente entre la dimensión temporal y la social"*.²¹

Para la distinción riesgo peligro y, para la de riesgo seguridad no existe ninguna conducta libre de riesgo. No existe la absoluta seguridad, los riesgos son inevitables cuando se toman decisiones. Las operaciones de cálculo, permiten hacer uso de un auxiliar de la decisión; pero ello no implica que sea posible evitar el riesgo cuando se decide, y mucho menos en un mundo moderno en el que no decidir es también una decisión.

Ni la mayor investigación, ni el incremento del conocimiento nos permitirán alcanzar la seguridad, la experiencia demuestra que a mayor conocimiento mayor conciencia del riesgo. La racionalidad y la complejidad del cálculo permiten considerar un número superior de aspectos, mayor incertidumbre frente al futuro e incrementar el riesgo. La sociedad del riesgo no es el resultado de la percepción de las "consecuencias perversas",²² como diría Anthony Giddens de las

20. ZUZUKI, David, expresa que tendemos a olvidar lo que percibimos como pequeños accidentes y advierte como Chernobyl sólo despertó interés cuando alcanzó las proporciones que hoy conocemos. Lo que ocurre es que se subestima la probabilidad cuyo cálculo nos dice que la extensión de un grave accidente no se presentará por cada reactor más que una vez cada mil años. "Como si no existiera el peligro hasta poder comprobarlo".

21. Para complementar el concepto de la dimensión temporal sugiero la lectura de "El nacimiento del tiempo" de PRIGOGINE Ilya, metatemas libros para pensar la ciencia. Tusquets editores, 1ª Edición 1991, 3ª edición octubre de 1998.

22. GIDDENS Anthony, " Las consecuencias perversas de la modernidad" Anthropolos la edición 1996

realizaciones técnicas;²³ esta se fundamenta en el desarrollo mismo de las posibilidades de investigación y de conocimiento.

Tanto el riesgo como el peligro pueden ser objeto de prevención, pero esta a su vez induce a una mayor disposición al riesgo y con ello a un incremento en las condiciones para que el daño pueda presentarse.²⁴ La disminución y el aumento de riesgos forman una espiral en el que las empresas sobrevaloran el control de los procesos peligrosos y descartan la existencia de daños para lo cual se soportan en cálculos más favorables.

La tecnología de la seguridad juega un papel fundamental en el proceso de evaluación de los riesgos aceptables o permisibles y es, en éste nivel en el que la negociación cobra trascendencia política; la problemática se encuentra en las sobreestimaciones y subestimaciones a partir de las cuales el tema se polemiza, radica en las deformaciones a partir de las cuales se estima que el riesgo ha sido o no controlado, según el resultado perseguido.²⁵

El riesgo se encuentra en la esfera de lo indeterminado, el código binario no es útil en las decisiones sobre contingencias futuras. Por éste motivo, surge la necesidad de incorporar un tercer valor el valor lógico de la indeterminación. En efecto, para las estimaciones de riesgo no existen horizontes predeterminados.²⁶ El futuro es abierto

23. GIDDENS, Anthony, "Consecuencias de la modernidad", primera Edición, Alianza universidad, 1993, Segunda Reimpresión en Alianza Universidad 1997.

24. BECK, Úlrick, "La Sociedad del Riesgo, Hacia una nueva Modernidad", Paidós Basile, la edición 1998.

25. La seguridad depende de la alta y compleja tecnología, pero también de su interacción con operadores humanos, con los sistemas síquicos: ciertamente, los agentes son sometidos a procesos de entrenamiento no inferiores a 8 años. Pero como lo señala Norman Rubin funcionario del área de Pruebas energéticas de Ontario Canadá, "el debate sobre las decisiones realmente empezaba en las minas de uranio y no con la seguridad del reactor. ¿ Y si no cómo explicar que hoy nos enfrentemos al problema de qué hacer con más de cien millones de toneladas de residuos, de desperdicios radioactivos que yacen el suelo alcanzando áreas subterráneas?"

26. PRIGOGINE, Ilya, "El fin de las certidumbres" Taurus Ciencias 1997, prólogo "Hacia una nueva racionalidad".

y los riesgos son, en principio, incalculables. La codificación lo único que hace es incrementar el riesgo de las operaciones de los sistemas, por cuanto conceden libertad de escoger entre uno u otro valor.

Riesgos justificados en un subsistema funcional tienen consecuencias imprevisibles en otros. Tales efectos no se controlan centralmente desde un sistema, así como tampoco los sistemas tienen control sobre sus entornos. Para que las cosas salgan bien cada sistema debe ser capaz de soportar la disposición al riesgo.

El fenómeno del riesgo, en la era tecnológica, supera el límite de la forma, incluye lo excluido y produce conexiones transversales. En cada sistema, el riesgo se percibe bajo la forma de consecuencias no deseadas de la acción planeada. Produce irritación. Los sistemas funcionales, más importantes, como la economía, el derecho, la política, la biogenética no están preparados, en sí mismos, para procesar el problema del riesgo, el cual se introduce de manera oblicua y no encuentra lugar en ninguna disciplina, todo lo cual nos obliga a confirmar que este papel le corresponde a las organizaciones y por supuesto también a los sistemas síquicos.

Cabe anotar además que algunas ejecutorias materiales aparentan originarse por fuera del sistema social, se concretan en operaciones no comunicativas, instalándose en el ámbito de la realidad física, química y orgánica. Pero, lo que ocurre, en la práctica, es que, a ellas, subyace una construcción ficticia de la realidad comunicativamente disponible, que la sociedad concibe como si esta pudiera ser objeto de control.

El movimiento estructural, en la sociedad, su dinámica de cambio se fundamenta en la experiencia, y aparece limitada por la capacidad de modificar las normas, costumbres y argumentos, pero, si a pesar de ello el riesgo acaece, se define como casualidad, como una falla humana, se busca al culpable, se modifica la regla pero, *“no se cambia el acoplamiento” mismo, aquel “que posibilita la repetición de lo ocurrido en otro contexto”*.

Ninguna de las propuestas formuladas por los distintos sistemas considera el entrelazamiento de los problemas, el cruce del riesgo por otros sistemas; ninguna tiene en cuenta que el carácter autorreferencial de cada sistema no impide la transmisión de los efectos, ni permite establecer fronteras rígidas.²⁷

Finalmente solo se requiere reconocer que los sistemas se han ido haciendo más complejos en su interior; el bombardeo permanente de información externa no les permite responder, con la codificación tradicional, ante los desafíos del futuro.

En efecto recordemos que, Luhmann rechaza el concepto tradicional de causa, como elemento necesario y suficiente para producir otro fenómeno social; en vez de ello propone un concepto más moderno en términos de redes de interconexiones.²⁸

Las relaciones son definidas en un contexto sistémico, por un conjunto de significados por un código, en el concepto semiótico de la palabra, podemos vincularnos a un alcance común o a sentidos diversos ofrecidos por la misma acepción o por diversos sistemas, por ejemplo a uno jurídico distinto, es decir a un sistema jurídico alternativo, o a uno de comunicación humana distinto como el político, económico o jurídico.

Esto nos indica que se producen distancias entre el significado que sale de un código de significación y el sentido más profundo con que se entiende la realidad. Por ello, el problema de saber si el conocimiento es más de carácter intuitivo que racional sigue siendo un problema de la filosofía, en efecto: ¿quién ha dicho que el único modelo social válido es el occidental?

27. LUHMANN, Niklas en su "Sociología del riesgo, página 146, enumera las propuestas formuladas hasta el momento así:

- (1) Reducir la dependencia con respecto a la técnica.
- (2) Dirigir la atención de la investigación y de la organización, a los modos informales y en sí mismos riesgosos de la relación concreta con la técnica instalada.
- (3) Dejar de lado el temor exagerado para no provocar un mal preventivo.

28. La causa es concepto al cual tuve la oportunidad de aproximarme en el trabajo que sobre "Riesgo, justicia y globalización" escribí en abril de 1994.

La sociología es un conjunto de comunicaciones, la comunicación social es básicamente una construcción de carácter sígnico, lingüístico en la cual hay símbolos diferentes a los lingüísticos. En la teoría de los signos el proceso de comunicación es más complejo por la participación de muchos sistemas incluyendo los sígnicos en los que cada uno tiene su propia interpretación de un mismo mensaje.

3. Sobre la obligación de dar el salto de “la modernidad industrial” hacia una nueva modernidad a partir de una mayor conciencia del riesgo.²⁹

Y es aquí donde me adueño de las palabras del profesor Ulrich Beck, uno de los pensadores más importantes en la sociedad contemporánea para plantear las reflexiones finales en su propio discurso.³⁰

Cómo lograr que nuestra sociedad democrática cuestione el “monopolio sobre la razón” que ostenta occidente? De dónde rescatar la energía, el poder, para desenmascarar el privilegio sobre la moral de la civilización industrial?³¹

Sólo hay una fuerza capaz de ésto, la potencia de las coacciones internas y objetivas surgida de los subsistemas diferenciados. De lo contrario la tesis de la modernización nos seguirá secuestrando, continuará reproduciendo los fundamentos de la sociedad industrial y de sus coordenadas.³²

29. Cabe anotar que para la elaboración de ésta tercera parte del trabajo me he permitido incorporar una selección de textos de Ulrich Beck contenidos en “Teoría de la modernidad reflexiva” en “Las consecuencias perversas de la modernidad”, Anthropos, 1ª Edición, 1996, y la “Sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad”, Paidós Básica 1ª edición de 1998.

30. BECK, Ulrich, “ La sociedad del Riesgo hacia una Nueva Modernidad”, Paidós, 1ª edición, 1998.

31. BECK, Ü. “Teoría de la modernidad reflexiva” en “ Las Consecuencias Perversas de la Modernidad”. Anthropos, 1ª Edición, 1996, obra citada pág. 224

32. BECK, Ü. obra citada pág. 224.

Atrévámonos a reconocer que vivimos en un mundo distinto al que nuestras categorías de pensamiento revelan. “Vivimos en el mundo del Y pero seguimos pensando con las categorías del O, O esto O .aquello.”³³ En el estadio actual, la ruptura entre la teoría y la práctica sigue radicada, afincada en el triunfo aplastante del proceso de modernización. El abismo entre concepto y realidad, es muy difícil de revelar, de designar, porque el devenir del tiempo se congeló en la connotación central del momento inicial y fundante del proceso de modernización. La modernidad, sigue siendo pensada como una novedad autónoma e irrebalsable, como una dictadura como la perpetuación de lo mismo, como el sistema, excluyente de los cambios reales.³⁴

“Gracias a la amnesia sobre la génesis de las categorías con las cuales pensamos, se confiere aliento de eternidad a la disección crítica, a los tratados académicos, a las disertaciones. Aceptamos los valores lógicos que utilizan nuestras organizaciones para establecer el gobierno, para realizar el censo de población, para estimar las necesidades de las escuelas y centros penitenciarios. Nuestro pensamiento se sigue moviendo por los carriles provistos de una cierta normalidad. Cómo podríamos pensar en la sociedad sin recurrir a las clasificaciones incorporadas a nuestras instituciones?”³⁵

“En la teoría de la modernización reflexiva todo signo de invariabilidad se evapora; se derriba la estructura de roles, concretamente en la decisión de los individuos, los efectos colaterales suponen la liberación de los individuos, el renacimiento de los conceptos, tales como acción, subjetividad, conflicto, saber, crítica y creatividad”.³⁶

“Pero será posible la autolimitación inteligente? Podremos alcanzar formas políticas, productivas y de vida que trasciendan las tendencias suicidas de la modernidad industrial? Si no queremos

33. BECK, Ü. obra citada pág. 224.

34. BECK, Ü. obra citada página 227.

35. BECK, Ü. obra citada en la página 228 transcribe las manifestaciones expresadas por Pierre Bourdieu en su diálogo con Durkheim.

36. BECK, Ü. obra citada en la página 229.

seguir haciéndonos los de la vista gorda por más tiempo debemos abandonar el marco del statu quo político de la "racionalidad" industrial, la del mercado; abramos, amplíemos reorientemos y recompongamos este horizonte político. Para que alcancemos la reinención de lo político".³⁷

"El arte de vivir como lo denominó Foucault, el arte de la autoconstitución que designa, en el marco de la modernidad autonomizada: la invención de lo político como condición universal que sirve de fundamento para la existencia humana".³⁸

La estructura social debe desplazarse hacia lo informal y hacia lo inconcebible. "En, y con la modernización de la modernidad industrial, la ley de la selva se propaga bajo la apariencia de ordenamientos y competencias bien delimitadas". La aventura a través del mundo desconocido y aún por descubrir puede comenzar.³⁹

El punto de partida es la modernización autónoma. La decadencia de la modernidad industrial, producida por sí misma, sirve diagnóstico de paso inicial para generar el impulso y la autodinámica independiente de la voluntad y del pensamiento de los hombres, de la segunda modernidad. La nueva modernidad es la apertura a lo desconocido, y es dependiente de la decisión que exige comprender la realidad en la cual vivimos.⁴⁰

La transformación automática de la sociedad industrial, la misma que se produce sin planificación, de manera latente en el transcurso normal, autónomo de la modernización tan solo apunta a mantener invariable e intacto el ordenamiento político y económico.⁴¹

"Tras esto el tabú que periclita es el del equilibrio tácito entre latencia e inmanencia en el cambio social. El hecho de que el paso de una época social a otra se lleve a cabo apolítica y colateralmente sin

37. BECK, Ü. obra citada en la página 230.

38. BECK, Ü. obra citada en la página 231.

39. BECK, Ü. obra citada en la página 231.

40. BECK, Ü. obra citada en la página 233.

41. BECK, Ü. obra citada en la página 233.

ninguna intervención de las instancias de decisión política, líneas de conflicto y controversias entre partidos políticos, colisiona con la autocomprensión democrática de ésta sociedad así como con las convicciones fundamentales de su sociología".⁴²

Por ello se requiere influenciar el cambio y potenciarlo con la fuerza transformadora de lo social. Hasta el momento solo se ha hecho referencia a las profundas incertidumbres en las que se debate la sociedad en su conjunto sin poder establecer alternativas de pensamiento en todos los marcos de acción. Al mismo tiempo se ha impuesto una dinámica de desarrollo que provoca consecuencias de naturaleza muy distinta a las del substrato del que surgen.⁴³

La racionalidad solo nos ha servido para dar cuenta de las consecuencias no deseadas, de los riesgos, de los peligros, de la individualización, de la globalización. No podemos seguir aferrados a un proceso de racionalización pensado lineal y unidimensionalmente, en el que se incorporen más y distintas, "inteligentes", o "ecológicas tecnologías" y "sistemas técnicos", "nuevos mercados", "expertos y patentes", en el que se decide, por ejemplo, que las amenazas medioambientales se contrarresten, con el invento y la producción de microbios patentados que eliminen los tóxicos industriales, en el que se determine que las enfermedades se prevengan por medio de la ingeniería genética.⁴⁴

¿Por qué ante la descripción tan aberrante que nos presentan Luhmann y Beck seguimos permitiendo que "el cambio, sea racionalizado, pensado y activado en todos los planos de la sociedad, de manera lineal con nuevas organizaciones, carreras, disciplinas científicas, ámbitos organizados jurídicamente, iniciativas de discusión y demás, sin alcanzar la ruptura de la misma racionalidad, reproduciendo las mismas exigencias de control y seguridad en forma mejorada y depurada", si ya todos sabemos que así no habrá cambio?⁴⁵

42. BECK, Ü. obra citada en la página 233.

43. BECK, Ü. obra citada página 234.

44. BECK, Ü. obra citada en la página 239.

45. BECK, Ü. obra citada en la página 230.

El derecho, ya lo había señalado Habermas es el instrumento para inducir ésta dinámica, pero cómo alcanzar este objetivo en medio de un debate entre teorías normativas y analíticas que habiendo perdido el contacto con la realidad y estando desligadas de la genética social se esfuerzan por mantener el derecho positivo en aras de la seguridad jurídica, y las aproximaciones sociológicas que todavía no han alcanzado el desarrollo de los instrumentos conceptuales adecuados para permitirle al sistema jurídico mantener la aceptación y la autonomía requeridas.

La autopoiesis, permitirá reactivar la controversia, pero, no se trata de seguir oponiendo el sistema de regulación autónomo a un proceso decisional determinado por la acción de la sociedad, es más bien la propuesta de desarrollo de una teoría que comprenda la autonomía del derecho como la autoreproducción de una fuente comunicativa.⁴⁶

La teoría de sistemas servirá entonces para la recuperación de un derecho en el que se cuestione el desarrollo de la biotecnología encaminada a la "producción de bienes de interés para el hombre" utilizando microorganismos; de un derecho en el que se comprenda la dimensión de las fuentes genéticas, como una herencia de la humanidad y no como meros "recursos económicos" disfrazados de alternativas terapéuticas al servicio de la élite industrial.

Ciertamente en los países del trópico, la zona andina y la cuenca amazónica se concentra más del 50% de la biodiversidad existente y en los países del norte el 90% de la industria, pero ello no puede constituirse en una licencia para inundar el planeta de desechos no degradables. Ha llegado la hora de asumir de manera consciente, las consecuencias de las decisiones de reconocer, aunque el estado de la ciencia lo impida, los efectos por el uso de los productos transgénicos, de la energía nuclear, de la fabricación de fármacos. En fin, de admitir que el alcance de los procesos cuya secuela nociva supera la racionalidad misma de las decisiones, genera responsabilidades que la sociedad no podrá eludir.

46. TEUBNER, Gunther. "Le droit un système autopoïétique. Presses Universitaires de France, 1993. 1ère édition 1993 avril.

¿CONSENSUALIDAD O FORMALIDAD?

Arturo Díaz Bravo

La consensualidad imperante y sus problemas

La regla de la consensualidad contractual, proclamada por la generalidad de los códigos civiles y comerciales latinoamericanos, suele reconocer dos excepciones: a) los contratos que con arreglo a los propios códigos u otras leyes - obviamente mercantiles- requieran alguna formalidad para su eficacia; b) los contratos otorgados en el extranjero, cuando las leyes del país respectivo exijan alguna forma o solemnidad para su validez.

Si bien son pocos los contratos formales -el préstamo, el depósito, la prenda y algunos más -, otros hay que requieren de cierta formalidad sólo como requisito *ad probationem* y no *ad substantiam*, esto es, para que surtan efectos frente a terceros se precisa de su inscripción en ciertos registros públicos - de la propiedad, del comercio, de la propiedad industrial, de buques, etc. -, pero aun a falta de tal requisito son plenamente válidos entre los otorgantes.

Ahora bien, las serias dificultades probatorias de numerosos contratos, válidos por el mero consentimiento, ha venido abriendo paso al que en otro lugar,¹ he calificado de impresionante *documentalismo* mercantil, lo que me ha llevado a afirmar que los preceptos legales que proclaman la validez de los actos comerciales

1. Díaz Bravo Arturo, *Contratos mercantiles*, reimp. de la sexta edición, Oxford, México, 1997, p. 30.

sin la observancia de formalidades o requisitos determinados, han devenido letra muerta.

No es la anterior una opinión aislada. La moderna práctica de los negocios la demuestra cotidianamente, y por ello la comparten numerosos autores contemporáneos que me limitaré a mencionar sin transcribir aquí sus expresiones, pues no pretendo convertir las presentes notas en un fárrago. La única salvedad será la de un autor mexicano que, sin ser contemporáneo, ya vislumbraba lo ilusorio del precepto que en mi país preconiza la consensualidad de los contratos mercantiles. Me refiero a Felipe de J. Tena,² quien con una en él habitual claridad de estilo, censuró implacablemente el precepto: "...el art. 78 consigna una mentira, y quien creyere descubrir en él la atrevida y plausible reforma que literalmente expresa, pronto sufrirá el más completo desengaño...". He aquí algunas de los anunciados autores: Christian Larroumet³ en Francia y Juan Carlos Rezzónico,⁴ Rubén S. Stiglitz⁵ y Augusto Mario Morello⁶ en Argentina.

Pues bien, por lo que concierne al contrato de seguro la ley mexicana se inscribe dentro de tal línea consensualista, si bien de modo seriamente atenuado, a tal punto que es válido afirmar que incurre en una autocontradicción. En efecto, mientras que por una parte proclama que nuestro contrato "Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta... No puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, ni tampoco a la condición del pago de la prima" (art. 21, I y II), lo que haría pensar en un consensualismo a ultranza, previamente deja sentado, con toda claridad, que "Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se

2. *Derecho mercantil mexicano*, I, 3ª. ed., Porrúa, México, 1944, p. 299.

3. *Teoría general del contrato*, I, Temis, Bogotá, 1993, pp. 108-109.

4. *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. VII y 168 y 55.

5. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 33-35.

6. "Evolución y actualidad del derecho de los contratos", en *La Ley*, año LII, núm. 67, Buenos Aires, 4 de abril de 1988, p. 1.

hará constar por escrito. Ninguna otra prueba, salvo la confesional, será admisible para probar su existencia..." (art. 19).

Si, pues, para demostrar la existencia del contrato es precisa una constancia documental - por cuanto dudo mucho de que la prueba confesional produzca los resultados apetecidos -, ¿a qué papel queda reducido el tan predicado consensualismo?; ¿en qué situación probatoria se coloca a un asegurado carente de la constancia escrita de la cobertura?

Me atrevo, en consecuencia, a sostener que nuestra Ley es, en el fondo, de un formalismo vergonzante.

Tan indecisa postura no aparecía en la redacción prístina de la Ley, que era la siguiente: "El contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, deberán constar por escrito, en documento público o privado", texto que se reformó en 1946, para adoptar el actual, con el confesado propósito, según informa Luis Ruiz Rueda,⁷ de mantener el contrato dentro de la a su modo de ver preferible corriente consensualista, lo que dicho autor aplaude sin reservas.

Visto lo expresado, pero de modo especial mi experiencia, no puedo unirme al aplauso, según lo expresaré más adelante.

La consensualidad en el derecho comparado

Mas la frustrada pretensión consensualista no es privativa de la ley mexicana. Otras muestran la misma titubeante dualidad; examínese la Ley argentina: "El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y el asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza" (art. 4), lo que resulta contradicho por otros preceptos, que configuran el contrato como formal y aun como real - pago de la prima -: "El contrato de seguro **sólo puede probarse por escrito**; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán

7. *El contrato de seguro*, Porrúa, México, 1978, pp. 105-108.

admitidos, **si hay principio de prueba por escrito**" (art. 11).- "Si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, **el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago**" (art. 31); preceptos que ameritan el siguiente comentario de Halperín:⁸ "... no existen discrepancias que (sic) la mera postergación de la vigencia hasta el pago efectivo de la prima, no afecta su calidad de contrato consensual: no significa que hasta entonces no exista contrato, y que el asegurado quede en libertad de pagar o no la prima: el contrato existe, y sólo se pospone el nacimiento de las obligaciones del asegurador hasta el pago de la prima".

Me parece que toda esta argumentación del autor argentino es sólo un esfuerzo retórico, un vano intento de acomodar el consensualismo en el angosto lecho de Procusto del texto legal.

A la misma conclusión me lleva el sistema legal español, si bien el camino para llegar a ella no es tan directo, pues, en primer lugar, la Ley específica no proclama la consensualidad y, por el contrario, dispone que **"El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito"** (art. 5º), y más adelante establece que **"... Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación"** (art. 15).

Y también aquí son fácilmente apreciables los denodados esfuerzos doctrinarios por enarbolar, pese al texto legal, la bandera del consensualismo, cual es el caso de Fernando Sánchez Calero:⁹ "...el documento ha de entenderse como acto de fijación y reproducción del contrato, sin ser un requisito necesario para su validez y eficacia, con lo que la Ley ha seguido el principio de considerar al contrato de seguro como consensual, cumpliendo la forma escrita las funciones indicadas... la expresión del artículo 5º... ha de entenderse - a mi juicio- como una manifestación del indicado deber de documentar el contrato, pero no ha de servir de base para su caracterización como contrato formal... La exigencia de la forma ha

8. *Seguros*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 30.

9. *Ley de Contrato...* cit., pp. 125-127, 164.

de estimarse, por consiguiente, no *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*...”

Más complicada aún, si cabe, es la solución francesa, cuyo Código de Seguros (1985), que en el aspecto contractual reprodujo las disposiciones de la Ley Sobre el Contrato de Seguro (1930), dispone lo que sigue: “La propuesta de seguro no compromete al asegurado ni al asegurador, **sólo la póliza o la nota de cobertura constata el compromiso recíproco** (art. L. 112-2). - El contrato de seguro se redacta por escrito... Puede otorgarse ante notario o en forma privada...- Las presentes disposiciones no obstan a que, aun antes de la entrega de la póliza o de la constancia, el asegurador y el asegurado se comprometan **mediante el otorgamiento de una nota de cobertura** (art. L. 112-3)”.

Pues bien, sobre tal esquema legal la doctrina y la jurisprudencia francesas han levantado la siguiente construcción: “El contrato de seguro es un contrato consensual, formado con el acuerdo de las partes sobre el objeto de la garantía y el precio... Así, la formación del contrato puede descomponerse en tres etapas... La propuesta de seguro, el consentimiento del asegurador y la firma de la póliza por el asegurado... **El asentamiento de la firma del asegurador en la póliza... marca su aceptación de la oferta de contratar y hace que - salvo cláusula en contrario - el contrato se perfeccione...** Puede llegarse incluso a que el asegurador subordine la celebración del contrato al pago de la primera prima de pago... deviene una condición de formación del contrato y tiende a transformar el contrato de seguro en un contrato real”.¹⁰

Así pues, al influjo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, en Francia el contrato puede discurrir en cualquiera de las tradicionales direcciones; consensual, formal o real.

Con temeridad reprochable, me atreveré a expresar que el panorama legal brasileiro no es más claro que los anteriores.

10. Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, cinquième édition, Dalloz, Paris, 1985, pp. 92-94.

En efecto, como ustedes saben mejor que yo, Ernesto Tzirulnik y Paulo Luiz de Toledo Piza¹¹ sostienen la consensualidad de nuestro contrato, al paso que Pedro Alvim¹² preconiza su formalidad; posturas antagónicas, que, sin embargo, se sustentan en la misma preceptiva legal. En cambio, desconozco la jurisprudencia brasilera sobre este punto.

En lo personal, no me extraña tal disparidad de criterios pues, como en tantas otras manifestaciones del contrato de seguro, son el fruto de textos poco claros, en algunas ocasiones contradictorios.

Sin pronunciarse sobre una u otra postura, el Codice Civile italiano (art. 1888) dispone, escuetamente, que "El contrato de seguro debe ser probado por escrito", a pesar de lo cual Antigono Donati¹³ expresa que, salvo que las partes convengan la forma escrita como requisito esencial, para el perfeccionamiento del contrato no es necesario el acto escrito, pues se trata de un negocio consensual, ya que puede celebrarse verbalmente, incluso por teléfono.

Pues bien, a despecho de lo anterior, el propio autor italiano acude al rescate de la realidad operativa de este contrato, que le lleva a concluir que "... dada la complejidad de la relación que de él resulta... desde sus orígenes fue celebrado por escrito: en documento público, o bien primeramente en escrito privado ante corredor, y después mediante simple escrito privado entre las partes. **Y todavía hoy una celebración puramente verbal representa una hipótesis irreal...**"

En cuanto a los países del *common law*, también han optado por el consensualismo: "... la póliza no es el contrato en el seguro. El

11. "Notas sobre a natureza jurídica e efeitos da apólice de seguro no direito brasileiro actual", en *Revista dos Tribunais*, vol. 687, 1993.

12. *Contrato de seguro*. Forense, Rio de Janeiro, 199, pp. 127-129.

13. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. Secondo, Milano, Giuffrè, 1954, p. 322.

contrato es el *acuerdo invisible* entre las partes contratantes. La póliza es meramente la *evidencia del contrato*".¹⁴

Un caso interesante es el de la legislación colombiana, que otrora proclamó este contrato como solemne, e incluso atribuía a la póliza mérito ejecutivo, calidades ambas que en su día merecieron la censura de Carlos Ignacio Jaramillo J.¹⁵ Pero las cosas cambiaron en lo que hace al primer atributo, por cuanto ahora el C. Com. proclama que "El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036) -El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión -. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar... el documento contentivo del contrato de seguro... (art. 1046).

De ese modo, el legislador colombiano volvió al consensualismo, sin que obste a ello el que la póliza mantenga el carácter de documento ejecutivo (art. 1053), atributo que J. Efrén Ossa¹⁶ cuestiona ampliamente.

Finalmente, en lo que concierne al derecho venezolano, Jean Marie Le Boulenger¹⁷ no titubea al afirmar que, por aplicación, entre otros, de los arts. 561 del Código de Comercio y 1157 del Código Civil, este contrato es, además de formal, real: "No solamente la póliza es esencial para la existencia del contrato, sino que también es el único modo de prueba admitido para demostrarlo... En el sistema causalista de nuestro derecho, la prima es la causa de la obligación del asegurador, éste toma sobre sí riesgos ajenos porque le pagan para hacerlo. Una cobertura sin prima sería una obligación sin causa, y por tanto nula..."

14. D. S. Hansell, *Introduction to insurance*, Lloyd's of London Press, London, 1996, p. 153. La traducción es del autor de estas notas.

15. *Estructura de la forma en el contrato de seguro*, Editorial Temis, S. A., Bogotá, 1986, pp. 111-112 y 185-186.

16. *Teoría general del seguro*. El contrato, segunda edición, Temis, Bogotá, 1991, pp. 299-320.

17. *El derecho venezolano de los seguros terrestres*, Caracas, 1983. Pp. 23-26 y 66-67.

Crítica el sistema legal mexicano

Antes me referí al desvaído consensualismo de nuestra Ley que, sin embargo, a diferencia de otras, no condiciona la obligación del asegurador al pago de la prima y tampoco a la expedición de la póliza, con lo cual mantendría un decoroso consensualismo, de no haber limitado las posibilidades probatorias a la documental y la confesional.

Pues bien, a todo ello añádase que nuestro contrato “Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta” (art. 21-I), lo que, obviamente, plantea intrincadas situaciones prácticas y abre un amplio cambio de injusticias: a falta de póliza, ¿cómo demostraría el proponente que tuvo conocimiento de la aceptación de su oferta, de los términos en los que según él, la misma fue aceptada y de los demás pormenores propios de un frecuentemente complejo documento, fuera del alcance de los legos?; ¿mediante la prueba confesional del asegurador? Vana ilusión.

Pero también, como antes expresé, con ello se configura un amplio campo de posibles injusticias. He aquí un caso que las ejemplifica, ocurrido hace varios años en mi país: el prospecto solicitó una póliza de seguro sobre su vida, que la aseguradora expidió, en unión del recibo de la prima inicial, documentos ambos que el agente respectivo entregó a la esposa del ahora asegurado, pues este último por el momento se encontraba de viaje en algún país extranjero. La señora, incluso, cubrió el importe de la prima, pero de todo ello, por considerarlo innecesario, nada informó al asegurado, el que enfermó gravemente y hubo de ser traído de regreso a su hogar, pero en estado de inconsciencia, y falleció sin recuperarla, esto es, nunca tuvo conocimiento de que su oferta había sido aceptada, lo que adujo la aseguradora como razón suficiente para no pagar la suma asegurada, pues el contrato no se había perfeccionado.

Por supuesto, casos de tal modo dramáticos no son frecuentes, pues la verdad es que el proponente suele tener conocimiento de la aceptación de su oferta cuando el agente le

informa que ya tiene la póliza en su poder; pero también menudean los casos en los que, sin tal informe, el agente le remite dicha póliza. En cualquiera de tales supuestos, el prospecto pasa a ser asegurado, pues el contrato se forma en el momento en que recibe el informe o en que se entera del contenido de la póliza.

Pues bien, las cosas se complican más aún, ya que el expuesto panorama no opera aisladamente, sino en obligada combinación con el pago de la prima, que, como vimos, no es requisito para el perfeccionamiento del contrato. De ese modo, siempre con arreglo a nuestro esquema legal, es perfectamente posible, y he conocido uno o dos casos en el ramo de automóviles, en los que, vigente el contrato y antes del pago de la prima, ocurre un siniestro.

Puesto que el tomador dispone de un plazo de treinta días para el pago de la prima (art. 14, LSCS), pero en cambio el asegurador no puede condicionar a ello su compromiso, debe hacer frente a él y pagar el importe del daño, si bien tiene "... el derecho de compensar las primas... que se le adeuden, con la prestación debida al beneficiario" (art. 33, LSCS).

¿Qué resulta de todo ello? Pues nada menos que, sin efectuar desembolso alguno, el tomador se benefició con la cobertura, e incluso con el pago de los daños, reducido, como no podía ser menos, en el importe de la prima, mecanismo desleal e injusto, pero legítimo, del que se vienen aprovechando en nuestro medio algunos pícaros para cubrir, especialmente riesgos automovilísticos, de modo en realidad gratuito, pues contratan una póliza cuya prima no cubren, al caducar la cual ya han tomado otra en diversa compañía aseguradora, y así sucesivamente, sin pago de prima alguna.

En resumen: si la consensualidad proclamada por nuestras leyes es ilusoria; si paradójicamente se aferran a la vigencia del contrato a pesar de la inexistencia de la póliza y del impago de la prima; si, como consecuencia de todo ello, el asegurador queda obligado a afrontar los efectos de un siniestro cubierto en términos que documentalmente no se conocen, por lo que son prácticamente

indemostrables, y ello a pesar de que su contraparte no ha cumplido su obligación de pagar la prima, resulta inconcuso que sobre tamaño andamiaje legal no se puede edificar un régimen legal que, con la mayor precisión posible, fije equitativamente, desde un principio, los derechos y obligaciones de ambas partes, sin necesidad de proclamar una postura en cuanto al perfeccionamiento del contrato, labor más propia de la jurisprudencia o de la doctrina.

Crisis de la consensualidad

A la vista del descrito escenario cabe preguntarse si existe una buena razón para seguir reclamando la consensualidad del contrato de seguro, complicado como pocos, pues en él se entrelazan la actuaría, la medicina, la ingeniería, la estadística y el derecho en un maridaje no siempre pacífico; de un contrato que como ninguno otro, impone a una de las partes, el asegurador, la percepción del precio como medio de cumplir exigencias legales y operativas como la constitución de reservas y la cesión al reasegurador; de un contrato, en suma, cuya compleja redacción coloca al asegurado, al que hoy día se busca proteger frente al asegurador, en la práctica imposibilidad de demostrar sus términos, a pesar de que legalmente existe, pues así lo pretende la ley.

Y menos aún encuentro una satisfactoria explicación a la postura adoptada por las legislaciones antes referidas, que, tras de hacer profesión de fe consensualista imponen, como único recaudo probatorio, la existencia de un documento, y como requisito para que se surta la obligación del asegurador, el previo pago de la prima por parte del asegurado.

Paréceme que la exigencia documental con pretensiones meramente probatorias envuelve una taimada adopción del formalismo, y que el pago de la prima como condición de cumplimiento de compromiso asumido por el asegurador es, también, una taimada adopción del carácter real del contrato, pues con ello lo colocan, de hecho, lejos del consensualismo que de sí mismas proclaman estas legislaciones.

Mi propuesta, por ello, intenta encaminarse hacia un plano práctico, despojado de artilugios doctrinales, en el que ambas partes dispongan de herramientas fácilmente aprovechables, incluso en caso de conflicto, y no de meras presunciones, sin soslayar, por supuesto, las modernas corrientes tutelares de la parte débil en los contratos. De ese modo, a mi modo de ver el esquema legal debería ser el siguiente:

- a) El asegurador estará obligado a entregar al tomador la póliza, redactada en los términos convenidos, pero las exclusiones, si bien formarán parte de ella, deberán consignarse en hoja especial por separado, en la que habrá de recabarse la firma del tomador bajo la siguiente o parecida leyenda: "El tomador declara que conoce y acepta las anteriores exclusiones", en la inteligencia de que serán las únicas admisibles;
- b) Quedará perfectamente establecido que la obligación del asegurador sólo surtirá efectos una vez recibida la prima por él, hora y fecha que se anotarán en el recibo correspondiente, pues en ellas comenzará a correr el período de la cobertura, que también se anotará en dicho recibo;
- c) Si se conviene el pago fraccionado de la prima, será aplicable lo anterior respecto de la primera exhibición y, respecto de las posteriores, si no se cubrieren puntualmente, cesarán los efectos del contrato desde el día siguiente al del respectivo vencimiento, para reanudarse el día posterior al de pago, siempre que esto ocurra dentro de los treinta días naturales siguientes al del vencimiento, pues, de no ser así, el contrato quedará automática y definitivamente rescindido, sin necesidad de notificación alguna;
- d) En este último supuesto, si la póliza no se hubiere afectado por un siniestro, el tomador tendrá derecho al reembolso de una parte proporcional de la prima pagada.

Semejante mecanismo no precisaría de pronunciamiento alguno sobre la consensualidad o no del contrato, pero en cambio colocaría a las partes en un plano de mucha mayor certeza y, sobre todo, de equidad, que el configurado por la ley actual, pues "... el Derecho no es una ciencia pura, ni una ciencia exacta. El exceso de razonamiento lógico nos llevará a soluciones dialécticamente

impecables, cuando lo que debemos buscar no son soluciones exactas sino justas.¹⁸

Permítaseme, traer aquí las palabras del ya citado Carlos Ignacio Jaramillo J., autor del mejor estudio que conozco acerca del régimen jurídico y naturaleza de la póliza de seguro: “La póliza es el único medio de prueba competente para acreditar la existencia del vínculo asegurativo, de suerte que **los demás medios serán desestimados completamente**”.¹⁹

Afirmación tal que, integrada a lo expuesto a lo largo de estas notas, me lleva a formular las siguientes interrogantes:

- ¿Qué sentido tiene el seguir sosteniendo, así legal como doctrinalmente, la consensualidad del contrato de seguro si, por el contrario, doctrinal y legalmente imponemos, como única prueba de su demostración, la documental?
- ¿Acaso es vergonzante el admitir que nuestro contrato es, en realidad, formal, puesto que el documento es el único medio al que pueden acudir las partes para acreditar sus obligaciones y derechos, con exclusión de cualquiera otro?
- ¿No estaremos asistiendo, con resistencia de nuestra parte, al ocaso del consensualismo en los contratos, a imagen y semejanza de lo que ya ocurrió en el derecho del consumo, que, con todo y su carácter tuitivo, sólo protege al consumidor si existe prueba documental de la operación?
- ¿Alguien podría acusarnos de retroceder al formalismo si ya Portalis, uno de los redactores del Código Civil napoleónico, afirmaba, en su discurso preliminar de tal cuerpo legislativo, que “La escritura es, en todas las naciones civilizadas, la prueba natural de los contratos”?

18. Joaquín Garrigues. “Discurso de contestación al serle concedido el título de doctor *honoris causa* por la Universidad de Génova”, en *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 231.

19. *Estructura...* cit., p. 114.

A TRILOGIA DO SEGURO

Sergio Cavaliere Filho

1. E se eu cair da ponte?

Na década de 30, quando estavam construindo a grande ponte sobre Baía de São Francisco, nos Estados Unidos, os construtores se defrontaram com um grave problema – a segurança dos trabalhadores. Quem ainda hoje sobe ao cimo de uma das torres daquela ponte, com cerca de 220 metros de altura, e olha lá de cima as águas da baía, a centenas de metros abaixo, não deixa de ter um arrepio de temor. Como poderia alguém trabalhar naquelas alturas sem o temor de cair no abismo?

A ponte estava orçada em 35 milhões de dólares e os operários sabiam que para cada milhão a ser gasto na construção havia a perspectiva de que um trabalhador poderia perder a sua vida. Importava dizer que até a conclusão da ponte cerca de 35 vidas poderiam ser sacrificadas. Isso gerou uma total obsessão, de sorte que cada operário trabalhava com a idéia fixa de que a qualquer instante poderia se tornar uma daquelas trinta e cinco vítimas. A obra andava vagarosamente, devagar, quase parando, ensejando enormes prejuízos.

Foi então que alguém teve a idéia de estender uma gigantesca rede de cordas sob toda a extensão da ponte, de maneira que se algum operário caísse seria por ela apanhado. Essa rede custou 80.000 dólares, mas se revelou excelente investimento. Tão logo foi colocada os operários réadquiriram a confiança, voltaram a trabalhar normalmente, as obras atingiram o ritmo desejado, a ponte foi terminada no

prazo previsto e, melhor que tudo, sem o sacrifício de uma vida sequer. É que agora os operários tinham uma resposta tranquilizadora para aquela inquietante indagação: “E se eu cair da ponte?”

Esse episódio, como os senhores podem ver, bem evidencia que segurança e proteção são necessidades básicas do ser humano, com as quais estamos sempre preocupados: e se eu cair da ponte? se eu morrer? se adoecer? se minha casa pegar fogo? se roubarem o meu automóvel? Etc.

É aí que entra a idéia do seguro. Numa linguagem figurada é possível dizer que seguro é uma espécie de rede jurídico-econômica que nos protege contra os riscos a que estamos expostos.

2. O risco é o elemento material do seguro.

Quais são os elementos essenciais do seguro? São três: o risco, a mutualidade e a boa fé. Esses elementos formam o tripé do seguro, uma verdadeira **trilogia**, uma espécie de santíssima trindade.

Risco é perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro. As pessoas fazem seguro, em qualquer das suas modalidades – seguro de vida, seguro de saúde, seguro de automóveis etc. – porque estão expostas a risco.

O segurador nada mais é que um **garante** do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos que dele podem decorrer. Tão forte é essa garantia que até costuma-se dizer que o seguro transfere os riscos do segurado para o segurador. Mas, na realidade, não é bem isso o que acontece. O risco, de acordo com as leis naturais, é intransferível. Com seguro ou sem seguro quem continua exposto a risco é a pessoa ou coisa; é o operário que trabalha na máquina perigosa ou lá no andaime do 10º andar de uma obra; é o carro que circula numa cidade infestada de ladrões; é a pessoa que vive

numa cidade violenta e assim por diante. O que o seguro faz é transferir as conseqüências econômicas do risco caso ele venha a se materializar em um sinistro. O segurado compra a sua segurança mediante o pagamento do prêmio do seguro. Que segurança? De natureza patrimonial, pois sabe que, se ocorrer o sinistro, terá os recursos econômicos necessários para reparar o seu prejuízo e recompor o seu patrimônio.

Essa segurança é mais importante para o segurado do que a própria indenização a que eventualmente terá direito. Quem faz um seguro de vida, por exemplo, não fica torcendo para morrer logo só para que os seus dependentes recebam a indenização. Ele quer viver o máximo possível (a menos que não esteja em são juízo), mas quer também a certeza de que se faltar os seus dependentes não ficarão no desamparo. Quem faz um seguro de vida não busca ficar doente só para passar alguns dias internado em um hospital. Se fosse num hotel cinco estrelas, tudo bem, não é verdade? Mas num hospital? O que o segurado busca é a garantia de que, se ficar doente, terá todas as condições econômicas e materiais para se tratar – internação hospitalar, médicos, cirurgia etc. O mesmo ocorre com quem faz um seguro de automóvel. Não fica torcendo para que o seu veículo seja roubado só para ter a satisfação de receber um cheque da seguradora. Em todos esses casos o que o segurado quer é tranquilidade, segurança, a garantia de que, se os riscos a que está exposto se materializarem em sinistro, terá condições econômicas de reparar as suas conseqüências.

Em apertada síntese, seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as conseqüências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-los.

3. Risco objetivo e risco subjetivo.

Lembro, para encerrar este item, que os seguradores costumam dividir o risco em dois tipos: risco objetivo e risco subjetivo.

Risco objetivo são os fatos e situações da vida real que causam probabilidade de dano, como, por exemplo, morar em uma cidade violenta, trabalhar em um lugar insalubre, fazer uso de coisa perigosa. No seguro de coisas o risco objetivo se relaciona com as circunstâncias fáticas que as envolvem. O risco objetivo do automóvel, por exemplo, será maior ou menor dependendo da sua marca, nacionalidade, cidade onde habitualmente circula. Certas marcas de veículos são preferidas pelos ladrões. O **risco subjetivo** se relaciona com as características pessoais de cada um, com o perfil do segurado. Fala-se hoje até em seguro perfil. O risco subjetivo de uma pessoa idosa ficar doente, por exemplo, ou falecer, é maior do que de uma pessoa jovem. Dados estatísticos revelam que a mulher é menos perigosa ao volante, é melhor motorista do que o homem. O jovem e o idoso, de acordo com as mesmas estatísticas, são mais perigosos ao dirigir. Certos vícios ou profissões aumentam o risco subjetivo de algumas pessoas, como, por exemplo, o policial, alguém que trabalha no globo da morte e assim por diante.

4. Mutualismo – o elemento econômico do seguro.

O segundo elemento essencial do seguro é a mutualidade, que é também a sua base econômica. Quando falamos em mutualidade estamos falando de uma operação coletiva de poupança. Um grupo de pessoas, expostas aos mesmos riscos, resolve formar um fundo capaz de cobrir os prejuízos que possam vir a sofrer. A toda evidência, a contribuição de cada um para esse fundo será proporcional à gravidade do risco a que está exposto. É possível prever, através de dados estatísticos e cálculos atuariais, o número de sinistros que poderão ocorrer dentro de um determinado período, os gastos que terão que ser feitos e a contribuição de cada um.

Três artigos do Código Civil realçam a importância da mutualidade no seguro, destacam o necessário equilíbrio econômico que deve existir entre o risco e o prêmio pago pelo segurado. O artigo 1.432 enfatiza que os riscos cobertos pelo segurador **são os riscos futuros previstos no contrato**. O Código não precisaria falar em **riscos futuros** porque risco, por definição, é sempre futuro. Risco

passado não é risco. Mas por que o Código diz que o segurador só responde pelos riscos previstos no contrato? Por que apenas estes foram incluídos nos cálculos atuariais, apenas estes foram computados na mutualidade contratual. Qualquer risco não previsto no contrato desequilibra o seguro economicamente.

Temos, a seguir, o art.1.434 que reforça este mesmo princípio. “A apólice consignará os riscos assumidos, o valor do objeto do seguro, o prêmio devido ou pago pelo segurado.” Por que a apólice – vale dizer, o contrato – **consignará os riscos assumidos** e o prêmio devido? Porque terá que haver equilíbrio econômico entre ambos, porque a mutualidade é a base econômica do seguro. No mesmo sentido o art.1.460. “Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador.” Por que o segurador não responde pelos riscos que não foram particularizados no contrato? O princípio é o mesmo: mutualidade, equilíbrio econômico. Se o segurador tiver que responder por riscos não previstos no contrato terá que pagar por algo que não foi incluído nos cálculos atuariais, terá que pagar por algo que não recebeu.

Boa definição do seguro, calcada no princípio do **mutualismo**, é aquela que lhe deu a Rainha Elizabeth I, há mais de três séculos: “Com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas, em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número.” Mutualismo é isso – é solidariedade, é distribuição dos custos do risco comum. É operação coletiva de poupança que serve de base econômica para toda e qualquer operação de seguro. Onde houver seguro haverá sempre um grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos e que contribuem, reciprocamente, para reparar as conseqüências dos sinistros que possam atingir qualquer uma delas.

5. Boa-fé – alma do seguro.

A boa fé, tantas vezes enaltecida pelos autores como sendo a própria alma do seguro, é também o seu elemento jurídico. Risco e mutualismo jamais andarão juntos sem a boa fé das partes do contrato

de seguro, se não agirem com veracidade. Onde não houver boa fé o seguro se torna impraticável.

Não é por outra razão que o Código Civil exige expressamente, no seu art. 1.443, a **mais estrita boa-fé e veracidade** do segurado e do segurador, tanto a respeito do objeto do seguro, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Vemos aqui que a boa fé é recíproca, uma via de mão dupla, exigível tanto do segurado como também do segurador. Refere-se, ainda, o Código não só a boa fé subjetiva, como querem alguns, mas também à boa fé objetiva.

Boa fé subjetiva é fato psicológico, estado de espírito ligado a valores éticos. Corresponde a um estado de espírito em harmonia com a manifestação de vontade que vinculou as partes contratantes, na bela definição de Pedro Alvim. É a intenção pura, isenta de dolo ou malícia, manifestada com lealdade e sinceridade, de modo a não induzir a outra parte ao engano ou erro. Refere-se o Código Civil à boa fé subjetiva em seu artigo 1.444 ao exigir do segurado declarações verdadeiras e completas na proposta do seguro.

Boa fé objetiva é o comportamento ético, padrão de conduta, tomado como paradigma o homem honrado. Indica, na precisa lição da Professora Claudia de Lima Marques, a conduta leal e respeitosa que deve pautar as relações entre segurado e segurador, fonte de deveres anexos ao contrato, além daqueles expressamente pactuados. Em suma, não basta que as partes tenham boa intenção apenas na hora da celebração do contrato de seguro; a boa fé objetiva impõe um comportamento jurídico de lealdade e cooperação nos contratos, não somente na hora da sua celebração, mas também durante toda a sua execução, mormente naqueles contratos que se prolongam no tempo. Refere-se o Código Civil à boa fé objetiva no seu artigo 1.454 ao proibir que o segurado aumente os riscos previstos no contrato. “Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro.” (C.C. art. 1.454). Isso é assim porque, como já vimos, há um equilíbrio entre risco e prêmio, o que impõe ao segurado o dever de não agravar ou aumentar os riscos. Não pode, por exemplo, usar o carro segurado para fazer “pega”; não pode

passar a praticar esportes perigosos ou violentos como pular de asa delta, praticar artes marciais etc.

E se for necessário agravar o risco? Se o segurado, por exemplo, tiver que mudar de uma cidadezinha pacata para o Rio de Janeiro? Tiver que mudar de profissão, passando a exercer uma atividade perigosa como a de policial, domador de leões no circo etc.? Então, por força do princípio da boa fé, terá que informar ao segurador esse agravamento do risco, para que seja recomposto o equilíbrio entre risco e prêmio. É isso que determina o art. 1.455 do Código Civil, sob pena de perder o direito a qualquer indenização. “Sob a mesma pena do artigo antecedente, comunicará o segurado ao segurador todo incidente, que de qualquer modo possa agravar o risco.” (C.C.art.1.455)

O Código do Consumidor, plenamente aplicável aos contratos de seguro, prestigiou e até fortaleceu a boa fé, consagrando-a como um dos seus princípios cardeais no art.4º, III, e como cláusula geral no seu art.51, V. Por força desse princípio o segurador está obrigado a dar informações claras, corretas e precisas sobre o contrato a ser celebrado, a cobertura a ser prestada, direitos e obrigações do segurado. Está também obrigado a prestigiar a confiança que o segurado depositou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar as suas legítimas expectativas.

6. Fraude – a inimiga número um do seguro.

Os princípios até aqui examinados permitem-nos compreender porque a fraude é a inimiga número um do seguro. Em última instância, a fraude é o contrário da boa fé. Quando qualquer das partes do contrato de seguro falta com a boa fé incorre em fraude. Podemos por isso dizer que fraude no seguro é toda prática que viola o princípio da boa fé. Ela inviabiliza o seguro porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo o equilíbrio econômico do contrato.

A fraude pode ocorrer em três momentos distintos. Em primeiro lugar, no momento da contratação do seguro, como se depre-

ende dos artigos 1.446 e 1.447 do Código Civil. O primeiro – art.1.446 - cuida da fraude do segurador. “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.” Ora, se o segurador sabe que o risco do segurado já passou, então não há mais risco, não há mais causa para o seguro. Onde não há risco, já vimos, também não há seguro. Mas se mesmo assim o segurador emite a apólice, estará agindo de má fé; estará querendo receber o prêmio sem risco a garantir. Isso é fraude e por ela será punido com o pagamento do prêmio em dobro.

Violará, ainda, o segurador o princípio da boa fé, e por isso incorrerá em fraude, se fizer publicidade enganosa do seguro, se não der informações transparentes, se incluir na apólice cláusulas abusivas e obscuras, contrariando normas de ordem pública do Código do Consumidor.

O artigo 1.444 do C.Civil trata da fraude do segurado no momento da contratação. “Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio perderá o direito ao valor do seguro e pagará o prêmio vencido.” Quem já fez seguro de vida ou de saúde entende perfeitamente isto aqui. Em razão da massificação do seguro, principalmente do seguro em grupo, não há mais tempo e nem dinheiro para prévio exame médico de todos os interessados no seguro. É-nos dado um questionário para ser respondido com veracidade, honestidade e boa fé. A lei exige que as declarações sejam verdadeiras e completas, sem omissão. Age de má fé e, portanto, com fraude, quem faz afirmações falsas a respeito de sua saúde, ou omite informações importantes, como doenças pré-existentes, tratamentos anteriores etc.

A segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou recentemente um caso – do qual fui o relator na Ap.Civ. 1.442/2000 – que bem ilustra esta questão. Um cidadão fez um seguro de saúde para si e sua família mas não informou que a sua filhinha mais nova, com menos de um ano de idade, havia nascido prematuramente (6 meses) e com gravíssimos problemas de saúde –

insuficiência cardíaca, raquitismo, hemorragia cerebral, crises convulsivas etc. Poucos meses depois, quando a criança necessitou ser internada, surgiu o problema. A seguradora alegou ter o segurado agido de má fé ao omitir essas informações. A Câmara teve que acolher a tese da seguradora porque, infelizmente, a fraude estava patente.

A ementa do acórdão diz o seguinte:

“A omissão intencional do segurado, a respeito de doença anterior ao contrato, é causa de exclusão da cobertura, consoante artigo 1.444 do C.Civil, pois afasta o próprio risco, a **álea**, que é elemento essencial do seguro.

Assim, provado que a beneficiária do seguro nasceu com gravíssimos problemas de saúde, e já havia sido submetida a cirurgia cardíaca pouco antes da celebração do contrato, circunstâncias essas omitidas quando do preenchimento da proposta, resulta evidenciada a má fé do segurado capaz de ensejar a exclusão da cobertura.

Nesse mesmo sentido poderiam ser citados dezenas de outros julgados. Lembro, todavia, que a boa fé do segurado é presumida e que caberá ao segurador a prova da sua má fé, de que ele fez afirmações falsas ou omitiu informações intencionalmente. O segurado pode sofrer de uma doença grave, digamos, um câncer, mas dela não ter conhecimento. Nesse caso nada terá omitido. A omissão, para que se configure a hipótese do art.1.444 do C. Civil, terá que ser dolosa, intencional. Nesse sentido a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

“SEGURO DE VIDA. Boa Fé do Segurado. Declaração Feita à Seguradora Com Desconhecimento da Grave Enfermidade da Qual Era Portador.

Para que incida o disposto no artigo 1.444 do Código Civil, necessário que o segurador tenha feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde.

Inaceitável a exegese, estritamente objetiva, que a agravante pretende emprestar ao artigo 1.444 do Código Civil. A perda do direito ao valor do seguro deriva de terem sido feitas declarações inverídicas, podendo o segurado fazê-las verdadeiras e completas. Se não tinha conhecimento de seu real estado de saúde, claro que não estava em condições de prestá-las". (Ag.Reg. no Ag. nº 3.727, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

No seguro de automóvel é muito comum a chamada **fraude tarifária**. O segurado mora no Rio de Janeiro, onde o roubo e furto de automóvel atingiram índices alarmantes, mas para pagar um prêmio menor afirma morar numa pacata cidadezinha do interior, onde o risco objetivo do automóvel é muito menor e a tarifa também, às vezes 20, 30 e até 40% menor. Pode até acontecer que esse cidadão tenha uma casa de veraneio nessa cidadezinha, mas o que deve prevalecer é a tarifa do local onde o veículo circula predominantemente.

Sem dúvida, o maior número de fraudes tem lugar no momento da ocorrência do sinistro ou do agravamento de suas consequências. Haja imaginação. A crônica policial registra casos mirabolantes, engendrados com astúcia e, às vezes, com extrema perversidade. Comerciantes falidos provocam incêndio do estabelecimento usando **ratos kamikases**. Sabem o que é isso? Encharcam os ratos na gasolina, tocam fogo neles e soltam-nos dentro do armazém. Como tochas vivas, enquanto os ratos correm alastram o fogo por toda a parte, tornando difícil saber onde o incêndio começou.

Os jornais noticiaram recentemente o caso de um pequeno empresário que, em situação econômica difícil e para receber a indenização do seguro, simulou um assalto no qual o suposto assaltante cortou-lhe o ante-braço esquerdo, conforme previamente combinado.

Inúmeros seguros de vida são feitos em favor de pessoas gravemente enfermas ou que depois são assassinadas para o beneficiário receber a indenização. Um empresário francês, dono de um restaurante na França, fazia seguro de vida para seus empregados, depois pagava-lhes um passeio turístico no Brasil e aqui os mandava matar

(simulação de assalto ou acidente) para receber a indenização. Um deles sobreviveu e revelou a trama, conforme noticiaram os jornais também recentemente.

No Rio Grande do Sul um cidadão simulou a sua própria morte num acidente de carro, no qual teria ficado carbonizado, para que a sua mulher, suposta viúva, recebesse vultosa indenização do seguro. Tudo foi planejado e executado com detalhes – o acidente, certidão de óbito, velório, sepultamento, compra de jazigo, tudo perfeito.

Recebido o dinheiro do seguro, a família enlutada mudou-se para o interior de Mato Grosso para recomeçar a vida. Só houve uma falha. Esqueceram de pagar duas ou três prestações de jazigo, o que levou a administração do cemitério a cobrar as prestações atrasadas, mas como não encontrou parentes do morto, resolveu fazer o seu despejo. Quando o jazigo foi aberto, descobriu-se que o caixão estava vazio e a fraude veio à tona. Moral da história: morar de graça nem no cemitério.

O último momento da fraude no seguro tem lugar quando do pagamento da indenização. O segurado quer receber mais do que teria direito e, por isso, procura agravar as conseqüências do sinistro usando documentos falsificados etc, e o segurador, por sua vez, não quer pagar a indenização a que o segurado faz jus, criando todos os tipos de obstáculos possíveis. Ambos faltam com o dever de lealdade e boa fé, ambos estão tendo uma conduta fraudulenta. Se os senhores fizerem uma pesquisa da jurisprudência dos nossos Tribunais verão que aqui está o ponto nodal da discórdia entre Segurador e Segurado. Nessa disputa judicial o segurador quase sempre sai perdendo porque cabe-lhe, como já assinalado, o ônus de provar a má fé do segurado, prova essa muitas vezes difícil. A boa fé do segurado é presumida até prova em contrário, e as cláusulas da apólice, por se tratar de um contrato de adesão, são interpretados da forma mais favorável para o segurado, consoante art.47 do Código do Consumidor.

Tenho sustentado, todavia, que no exame da prova da fraude não deve o juiz ser extremamente rigoroso sob pena de resultar numa

total impunidade. Havendo indícios fortes, indícios veementes da fraude, deve ser ela reconhecida e severamente punida. Lembro-me de ter julgado um caso em que o cidadão reclamava a indenização de um seguro de vida feito pelo tio em seu favor. A seguradora se recusava a pagá-lo alegando fraude do reclamante. E embora não houvesse uma prova inequívoca dessa fraude, a Câmara a reconheceu em face dos indícios veementes. Que indícios? O tio era um modesto lavrador, mal sabia assinar o nome, morava no interior de Santa Catarina, e tinha mulher e filhos. Não obstante, fez um seguro de vida em favor de um sobrinho que morava no Rio de Janeiro, com o qual não conviveu – pouco conhecia -, preterindo sua mulher e filhos. É normal isso? Apurou-se, ainda, que o tio já sofria de um câncer na garganta quando fez o seguro, e que a proposta foi assinada exatamente cem dias antes do óbito, datada do Rio de Janeiro.

Ora, não é crível que esse tio, reconhecidamente pobre, humilde e doente, tenha se deslocado do interior de Santa Catarina para o Rio de Janeiro só para fazer um seguro em favor de um sobrinho distante, deixando ao desamparo a mulher e filhos. Esses indícios veementes da má fé do segurado pareceram-me mais do que suficientes para o reconhecimento da fraude. As circunstâncias indicavam, ainda, que o segurado apenas assinou a proposta, porquanto havia total discrepância entre a letra constante do preenchimento da proposta e a sua assinatura.

7. Conclusão

Uma última indagação. Por que falar em seguro se ele é, hoje, um dos institutos mais populares? Há cerca de sessenta milhões de segurados no Brasil, dos quais quase quarenta milhões só no ramo do seguro de saúde. A razão é exatamente essa. Embora popular, o seguro ainda é um ilustre desconhecido, principalmente pelos operadores do direito. Não há tempo para estudá-lo em profundidade na Faculdade de Direito e, depois, na vida profissional vai sendo ele estudado por partes, aos pedaços, à medida em que são enfrentados os casos concretos. Há, ainda, profissionais do direito, inclusive magistrados, que confundem **prêmio** com indenização.

Tivemos por propósito neste modesto trabalho dar uma visão panorâmica das linhas mestras do seguro e da necessária conexão que deve haver entre os seus princípios cardiais, indispensáveis para um melhor relacionamento entre seguradores e segurados. Com isso, quem sabe, contribuiremos de alguma forma para um despertar pelo seguro. Movimentando bilhões de dólares anualmente, o seguro se transformou em um dos mais expressivos segmentos do nosso mundo econômico, gerando riqueza e milhares de empregos, pelo que oferece excelentes oportunidades e perspectivas para aqueles que o levam a sério.

EL CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO POR ADHESIÓN. CLÁUSULAS ABUSIVAS. CONTROL

Ruben S. Stiglitz

1. Nociones Generales. Caracteres

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales, es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo 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.

De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres:

- a. La ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional, que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente. Tal vez la unilateralidad sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el *predisponente*.¹

1. No es característica del contrato por adhesión que el predisponente ejerza un monopolio de hecho o de derecho. Así, se tiene dicho que "en el supuesto de los contratos de adhesión, en los que las cláusulas están originalmente impresas, sin posibilidades para el adherente de imponer condiciones distintas, no puede hablarse de igualdad de situación para las partes por el mero hecho de que no se trata de servicios monopólicos, por que el riesgo puede ser cubierto por otros

- b. Otro elemento caracterizante del contrato por adhesión lo constituye la **rigidez** del esquema predeterminado por el empresario.² Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación que consiste en contar con la posibilidad de discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula.³ El tramo íntegro de las tratativas precontractuales en punto al contenido de las condiciones generales, se halla suprimido.⁴
- c. La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el "profesional" y que generalmente (no siempre), coincide con la disparidad de fuerzas económicas.⁵

tipos de seguros", (CN Civ Sala G, 22/10/81, "Duran R. C/A.M.S.A.", JA:1983-I-242).

2. En el texto, operando como expresiones intercambiables, utilizaremos indistintamente las palabras predisponente, empresario, proveedor, profesional, etc. Desde la perspectiva inversa lo haremos con adherente, consumidor o usuario, no profesional, etc. Lo propio acontecerá cuando hagamos referencia al contrato por adhesión o contrato predispuesto. Y cuando examinemos su contenido, aludiremos a cláusulas predispuestas o, indistintamente, condiciones generales.

3. La mera posibilidad de que el otorgante se halle habilitado para incluir una cláusula modificatoria e influir en su contenido, excluye la existencia de un contrato por adhesión, aunque inicialmente hayan sido presentadas ya impresas (CN Civ Sala E, 8/7/82, "Far A. C/Pagloriti O.", JA: 1984-I-685).

4. De Souza Ribeiros J., "Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato", Separata Del vol. XXXV del Suplemento del Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra, Portugal, 1990, pág. 207 y ss. Pero debe quedar claro, que la ausencia de negociación en un contrato por adhesión, no lo invalida como tal, en tanto el consentimiento no esté viciado (CN Com. Sala E., 4/3/86, "Wattman S.A. c/Exim S.R.L.", JA: 1987-I-118).

5. La disparidad de la fuerza económica no parece ser una característica que atrape *todos los supuestos*, pues quien ostenta poder económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. Aparece como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. Adherir a un contrato, presupone carecer de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del consumidor o usuario. Sin embargo, admitimos que, corrientemente, quien ostenta el poder de negociación coincide con la persona *económicamente fuerte*. Así, se tiene expresado que "en el contrato por adhesión actúa de ordinario el predominio del contratante económicamente

- d. Las alternativas de que dispone el adherente consisten en no contratar, hipótesis excepcional, pues habitualmente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente en ocasión del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho o, en su defecto, contratar, en cuyo caso debe adherir en bloque el esquema (contenido) programado por el profesional.⁶

Lo expresado de ninguna manera significa que un contrato por adhesión deja de serlo si el adherente tuvo la posibilidad de contratar con otro "que no le impusiera la reducción de responsabilidad".⁷

En primer lugar, porque no hace a la esencia del contrato por adhesión que el predisponente sea titular de un monopolio.

En segundo lugar, porque esa línea de reflexión sustrae al adherente la escasa libertad de que dispone de contratar con quien quiere.

- e. Lo hasta aquí expresado pone la existencia de un riesgo, que consiste en que, quien detenta el poder de negociación aproveche tal condición para reafirmarlo. Y ello sólo es posible a través de cláusulas que, integrando la configuración interna (contenido) del contrato, apuntalen la posición dominante de que disfruta el profesional.⁸

fuerte mediante la imposición de determinadas cláusulas generales (o del esquema entero del contrato) unilateralmente dispuestas, en sentido favorable para él, o en sentido desfavorable para el otro contratante; el cual siendo económicamente débil, se encuentra con que no tiene otra elección más que la de aceptar las cláusulas (o aquel esquema) que se le presentan como invariables, o renunciar a la estipulación del contrato" (CN Com Sala B, 13/8/85, "Sicheal G. C/Boris Garfunkel", JA: 1986-III-502). Lo propio acontece con quien exhibe un monopolio (de hecho o de derecho), lo que provoca que el adherente no pueda "recurrir a otros contratantes" (CN Esp Civ y Com, sala 3ra. 2/6/87, "Marletta A. c/Los Mimbres S.A.", JA: 1988-II-síntesis).

6. Sin embargo, se tiene expresado que subsiste en el adherente la libertad contractual consistente en contratar o no, o de contratar con otro (CN Com Sala D, 19/10/87, "Banco Liniers S.A. c/Chirón J.", JA: 1989-I-665).

7. CN Civ Sala D, 19/6/90, "Gabor S.A. c/Tintorería Industrial", D.J., 1991-2-995.

8. Se hace indispensable, a esta altura, advertir al lector que el contrato por adhesión debe ser examinado sin una actitud prejuiciosa pues, como se tiene

- f. Lo que queremos decir es que, si el contrato por adhesión presupone *desigualdad formal*⁹, destrucción de la relación de paridad, el abuso contractual lo acentúa.

Ello significa que las técnicas contractuales predispuestas son (o pueden llegar a ser) constitutivamente desequilibrantes.¹⁰

La injusticia es inherente a las mismas. Su procedencia es ingénita (proviene de adentro del contrato).

Y si el desequilibrio es connatural a las formulaciones a tipos uniformes o constantes, los controles (cualquiera de ellos), programados para bloquear el abuso o el desequilibrio, deben ser suministrados desde afuera del contrato y su propósito debe conducir a garantizar la injusticia contractual o sea un justo equilibrio de los intereses en disputa.¹¹

expresado, "el ser de adhesión es una característica y no un defecto del contrato" (CN Com sala D, 19/10/87, "Banco Liniers S.A. c/Chirón J.", JA:1989-I-665

9. Leon Arce A. -Moreno Luque C.-Aza Conejo A.J., "Derecho de consumo", Forum, Oviedo, 1995, pág.148.

10. De allí que se tenga expresado que "cuando la relación de equivalencia aparece sensiblemente quebrantada, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe y se puede concluirse que la cláusula que causa un perjuicio indebido al adherente, es materialmente abusiva (CN Com Sala E, 4/3/86, "Wattman S.A. c/Exim S.R.L.", JA: 1987-I-118).

11. No se nos oculta que ni siquiera en los dominios de la contratación discrecional es posible aludir a una autodeterminación sin límites, entendida aquélla como el poder jurídico de que dispone cada parte para autorregular sus intereses según su voluntad. Esa inteligencia cede al tiempo que comprendamos que siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, donde constitutivamente participa otro, la resultancia, ineludiblemente, será una *declaración de voluntad común*, lo que presupone que cada quien porta una voluntad, *simultáneamente auto y heterodeterminada*. Ello significa que en la contratación paritaria, las ventajas excesivas a las que aspira una parte, son controladas (desde adentro) por la contraparte. Si la correspondencia de la ventaja que pretende el primero, importa un sacrificio que el segundo le estima justificado, lo acepta. Caso contrario, si lo considera injusto o excesivo, lo rechaza. Lo expuesto presupone la existencia de controles recíprocos, (situados predominantemente en etapa formativa del contrato, y excepcionalmente en etapa de ejecución, cuando se intenta revisarlo) hasta alcanzar un programa de ventajas y desventajas acordadas. Pareciera ser, entonces, que la primera garantía de justicia objetiva del contrato, la suministran las partes. Pues bien, ello no es factible en el contrato por adhesión, donde al quedar (por esencia) suprimida la negociación, queda eliminado el control interno.

- g. Aparece entonces el orden jurídico y el poder de los jueces como el **único y último refugio**. El primero, a través de una dilatación del derecho necesario, que se traduce en límites inherentes al contenido predispuesto, mediante la consagración de normas imperativas y semimperativas.

El segundo, acudiendo a una interpretación del contrato que no desatienda, no se aparte de las directivas esenciales (principios fundamentales) que gobiernan el derecho dispositivo, reformulando su función, no reparando en él como una mera muletilla, operativa sólo para el caso de ausencia de reglas de autonomía, como un derecho subsidiario.¹²

Las normas dispositivas expresan un juicio de valor, pues aseguran una equilibrada composición de los intereses enfrentados, ya que cumplen un rol ordenador en consideración a lo que es normal y corriente y, por tanto, se conforman a los principios que mejor preservan la relación de equivalencia. Y habrá que distinguir entre aquéllas, las que, por no regular cuestiones esenciales a la economía del contrato, portan eficacia supletoria, de las que, por afectar la misma estructura del sinalagma, carecen de efectos subsidiarios.

Y también aceptar la revisión del contrato, en cada ocasión que se manifieste la existencia de cláusulas que importen una alteración excesiva al equilibrio tan deseado.

2. Formación del contrato por adhesión

Una de las notas salientes de los contratos por adhesión, está referida a su formación. Si bien es cierto que nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, y que se manifiesta por medio de una oferta y de una aceptación, el esquema predispuesto o formulario **impreso de**

12. Stiglitz R.S., "Contenido del contrato", en "Contratos", La Rocca, Bs. As., 1989, t. I, pág. 164 y ss.

oferta tiene un destinatario genérico, el público consumidor o usuario, y *no va dirigido a persona determinada*.

Sirve a una pluralidad indeterminada de personas y recién se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato particular.¹³

Ocurre que el consumidor o usuario adhiere a un esquema contractual que le viene (le llega) predeterminado. Y lo hace a través de una manifestación de voluntad particular y concluyente, que se traduce en una oferta. De tal manera que ésta parte del adherente, quien propone contratar en base a las condiciones generales predispuestas por el profesional o empresario, quien a pesar de que la oferta lo es en base a un formulario de cuyo contenido es su autor exclusivo, **se reserva el derecho de aceptarla**, en consideración a las condiciones específicas que le son ofrecidas.

De lo expuesto surgen las siguientes etapas que integran el *iter* formativo:

- a. El predisponente provee al ofertante una solicitud de propuesta, ya impresa, reservándose, obviamente, el derecho de aceptar o no.
- b. El consumidor o usuario, ofertante o adherente, con la propuesta inicia el *iter* formativo, pues con ella emite su declaración recepticia de voluntad, dirigida a iniciar la formación definitiva del contrato.

De lo expuesto surge que la etapa referida (la inicial), la del consumidor que adhiere, presupone que hasta ese momento no hay contrato nacido a la vida jurídica.

En efecto, sería contrario a la realidad ignorar que la solicitud u oferta que contiene las condiciones generales, es creación (se origina por obra) del predisponente; de tal suerte que el formulario participa de la naturaleza de una *invitación colectiva (indeterminada) y permanente a proponer*. Hasta entonces sólo existe un acto preparatorio emanado del predisponente.

13. Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A., "El control de las cláusulas contractuales predispuestas en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial", Revista de Derecho del Consumidor, Juris, Rosario, 1992, nro.2, pág. 22.

Es a través de una manifestación particular del adherente, dirigida al predisponente, - por ejemplo, la firma y presentación de la solicitud o propuesta u oferta de un contrato de seguro -, la modalidad que adopta el impulso del "iter" formativo del contrato por adhesión.

Lo contrario, afirmar que el predisponente es el ofertante y el adherente el aceptante, importa lo mismo que suponer que el empresario o profesional se halla en estado de **oferta permanente**, y que el consumidor al suscribirla no hace sino aceptarla.

En efecto, la adhesión exteriorizada a través de la firma y presentación de una solicitud o de un impreso con contenido predispuesto, no traduce per se aceptación, y por ende no hace perfecto contrato.

La realidad constata todo lo contrario: aun cuando la oferta está constituida por una solicitud cuyo contenido ha sido predispuesto por el profesional o empresario, ello no comporta para él obstáculo alguno que le impida reservarse y/o ejercitar el derecho de aceptarla o no.¹⁴

- c. La aceptación por el predisponente, hace perfecto el contrato. Lo expresado presupone que el consumidor ha adherido al texto de las condiciones generales predispuestas conocidas, las que le fueron suministradas por el primero.¹⁵ Y si el contrato

14. La elevada frecuencia siniestral del asegurado, el alto riesgo al que se halla sometido el interés asegurable, la imposibilidad de obtener un co-seguro o un reaseguro en plaza, son algunas de las razones que impulsan al predisponente a rechazar la oferta dirigida por el asegurable-adherente. Como se advierte se trata de cuestiones atinentes al riesgo contractual, aquel que legítimamente no se halla obligado a asumir el asegurador-predisponente. Los expuestos, son sólo algunos ejemplos, pero que pueden multiplicarse y que, en ocasiones, se hallan incorporados a las condiciones particulares de algunos contratos de seguro, como ser la acentuada antigüedad del modelo de la unidad automotriz que se ofrece asegurar, etc.

15. Lo que queremos expresar es que no es factible adherir a lo desconocido, como podría serlo un instrumento o anexo que no integra el documento contractual y que no fue conocido ni pudo serlo. Distinta sería la situación de un

alcanza a perfeccionarse es porque el profesional o empresario, acepta la oferta en su plenitud, lo que incluye las condiciones particulares, o sea donde se consignan los elementos específicos de la relación singular.¹⁶

La alta frecuencia siniestral del asegurable; el mayor riesgo que importa formalizar un seguro de previsible posibilidad siniestral, son algunas de las razones que impulsan al asegurador a rechazar la oferta dirigida por el adherente (asegurando). Y ello a pesar de que la oferta lo haya sido en base a condiciones generales predispuestas por el mismo centro de interés que no acepta contratar.

documento separado al cual se reenvía y que pudo ser conocido por el adherente, mediante un acto de diligencia ordinaria siempre y cuando no demande indagaciones que requieran gastos y tiempo (Cf. CN Com Sala C. 18/9/92. "Equitel SA c/Fundación Argentina de Estudios Sociales", JA: 1993-I-181). La cuestión queda instalada en la formación del contrato (consentimiento) y, en ocasiones, en el capítulo referido a la interpretación del negocio. Acontece que la indagación de la voluntad común expresada en condiciones generales requiere, como presupuesto, que el adherente las haya conocido. Si no fuere así, como ya quedó expresado, el tema queda instalado en el control judicial, mediante un planteo de invalidez. Por no haberse perfeccionado el contrato pues, como sólo se consiente sobre lo conocido, la falta de aceptación afecta la existencia misma del vínculo (Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A., "Contratos por adhesión...", ob. cit., nro.38, pág. 74; de Castro y Bravo F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Civitas, Madrid, 1975, nro.2, pág.58; Carbonnier J., "Derecho civil", Bosch, Barcelona, 1971, T. II, Vol.II, pág. 189; Genovese A., "Condizioni generali di contratto", Enciclopedia del diritto, t.VIII, nro.7, pág.804; Morello A.M.-Stiglitz R.S., "El contrato por adhesión a condiciones generales", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXIII, nro.41, pág.13).

16. En las condiciones particulares, - y a los fines que nos interesa- las partes incorporan los elementos específicos de la relación singular. Así, las prestaciones principales- el núcleo o la médula-, la denominada operación jurídica, resulta de lo estipulado específicamente por las partes y que halla su sede en las condiciones particulares.

A título de ejemplo, en el contrato de seguro lo constituyen los nombres y domicilios de las partes, el interés o la persona asegurada, la determinación (individualización y delimitación) del riesgo, el momento desde el cual éstos se asumen, la duración del contrato, el plazo de comienzo de la vigencia material, el importe del premio, la suma asegurada, etc.

3. Naturaleza jurídica de las condiciones generales. Importancia de la Cuestión.

Determinar cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas predisuestas tiene consecuencias prácticas en orden a:

- a. La interpretación de las mismas. Distintas será nas reglas o directivas a las que habrá de acudirse según optemos por la concepción normativa o por la contractualista.
- b. Los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el derecho objetivo, muy especialmente el configurado por las normas imperativas y las semimperativas.

4. Naturaleza Jurídica de las condiciones generales (cont.). Tesis normativa. Crítica.

Afirma que las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley.

Agrega para decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación, habrá que considerar su grado de difusión y objetividad y, cuando éste sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo.

Sus sostenedores, concluyen señalando que son fuente de derecho consuetudinario y que, ejemplificando con el contrato de seguro, suministran el contenido uniforme en cada riesgo, de todos los contratos (ramas) posibles¹⁷.

17. Garrigues J., "Curso ...", ob. cit., t. II, pág. 259; Garrigues J., "Contratos bancarios", Madrid, 1975, pág. 18 y ss; Garrigues J., "Contrato de seguro...", ob. cit., pág. 7 y ss., donde explica que la enorme difusión del seguro en la época actual ha conducido a la uniformidad de los contratos a través de las condiciones generales. Y agrega: "Técnicamente, cada ramo del seguro funciona sobre la base de la homogeneidad de los riesgos y es lógico que la determinación del riesgo en cada póliza sea igual a la determinación del riesgo en las restantes pólizas del mismo ramo." Admite Garrigues, que las condiciones generales de póliza son las

La crítica que se formula a la tesis normativa podríamos sistematizarla así:

- a. El Estado de derecho es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo¹⁸.
- b. Las condiciones generales, carecen de los caracteres internos y externos de la norma de derecho objetivo. Les falta la validez normativa, la obligatoriedad del derecho objetivo, puesto que el empresario que las establece no está facultado para crear derecho¹⁹.
- c. Las condiciones generales de póliza aprobadas por la autoridad de control, no transforma su naturaleza jurídica, ni tiene por efecto hacer del acto aprobado un acto del aprobante, pues la aprobación no es un elemento integrante del acto, sino que se agrega a éste y mantiene su independencia²⁰.

cláusulas del contrato, pero de una naturaleza sui generis, pues se hallan excluidas de ser discutidas en etapa precontractual. No son, -concluye-, derecho contractual porque se imponen, sin discusión, a todo contratante. No son derecho objetivo, porque no pueden contrariar los preceptos coactivos (sic).

18. de Castro y Bravo F., "Las condiciones generales...", ob. cit., pág. 24. Cf. Uría Gonzalez R., cuando afirma que "llegar a atribuir a las condiciones impuestas por una sola empresa, por grande que sea su predominio y extenso el círculo de sus clientes, virtud o condición de fuente de derecho, no parece en modo admisible. Si inmenso es ya el poder, casi omnímodo, de las grandes empresas mercantiles e industriales, no incurramos los juristas en el error de cubrir con el manto del derecho objetivo los posibles abusos del contratante más fuerte" ("Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", R.D.M., Madrid, 1956, II, pág. 234).

19. de Castro y Bravo F., "Las condiciones...", ob. cit., pág. 28, quien extiende su postura aun a las condiciones generales redactadas por las empresas y aprobadas por la Administración. Destaca que la citada aprobación, no las convierte en normas estatales, pues el significado que debe atribírsele es que, el correspondiente órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales. Esta función de vigilancia preventiva, no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por un particular, ni que les de eficacia para derogar las disposiciones legales que las contradigan. En el sentido indicado en el texto, Larenz K., ob. cit. t. I, pág. 127.

20. Donati A., "Trattato ...", ob. cit., Vol. I, nro. 42, pág. 113; Halperin I. "Seguros", ob. cit., t. I, nro. 107, pág. 244. La autorización (aprobación) administrativa de sus cláusulas, dista de conferirles invulnerabilidad (Carbonnier

En esa dirección se tiene expresado que el carácter contractual de las condiciones generales no se ve obstaculizado porque las cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa (en el caso, la Superintendencia de Seguros de la Nación), pues *tal dato no mueve a concluir que las mismas hayan sido elevadas al plano legislativo o que tengan eficacia "per se" para derogar las disposiciones imperativas que las contradigan*²¹.

- d. Las condiciones generales de póliza no constituyen usos, pues no importan una expresión de voluntad generalizada, como lo es la ley, sino una expresión unilateral, la de quien las elabora, en contradicción con la voluntad y sentir de los clientes. Por lo demás, los usos tienen un nacimiento anónimo, al contrario de lo que acontece con las condiciones generales, que son obra de empresas que aparecen identificadas²².

J., ob. cit., t. II, Vol. II, pág. 187), ni tampoco transforma en definitivamente válidas cláusulas sobre cuya eficacia habrán de pronunciarse los jueces. La ley 20091 que regula en Argentina la actividad aseguradora, dispone en el art. 25-2 que la autoridad de control (Superintendencia de Seguros de la Nación), cuidar que las condiciones contractuales sean equitativas. A su vez, el art. 38 de la ley de "Defensa del consumidor" (24240), establece que la autoridad de aplicación (la Secretaría de Industria y Comercio) vigilar que "los contratos de adhesión" no contengan cláusulas abusivas. Como se advierte, el Estado debe cumplir una función cuyo objeto es el control de legitimidad y equidad. Si no lo hace, o lo hace defectuosamente, subsiste en plenitud el control judicial sobre las condiciones generales. En este sentido, se tiene expresado que "la aprobación administrativa sólo significa que el órgano de control no tiene nada que oponer a las condiciones generales del contrato por adhesión, pero no supone elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que contradigan" (Suprema Corte de Mendoza, Sala I, 24/5/88, "Rojas R. c/Huarpe Coop. de Seguros", D.J.: 1989-2-384; LL: 1988-E-14).

21. Cám Civ y Com Junfn, 26/10/88, "Zabaleta D. c/Panteprino de Ragozzini N.", JA: 1989-I-51.

22. Larenz K., ob. cit. t. I, pág. 127, para quien las condiciones generales de los contratos, no constituyen derecho consuetudinario por faltarles el requisito de la convicción jurídica predominante en la comunidad. Cf. de Castro y Bravo F., "Las condiciones...", ob. cit., pág. 32.

- e. La calificación de las condiciones generales como *ius ex contractus* favorece su inimpugnabilidad, pues la tendencia a "normativizar" el contenido de ellas, no responde a un academicismo gratuito, sino a la interesada necesidad de obstaculizar aquella censura jurisdiccional²³.
5. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (cont.). Tesis contractualista

Quienes afirman que las condiciones generales de póliza constituyen derecho contractual, sustentan la tesis en las siguientes consideraciones:

- a. Son el conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido de los contratos, que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Ello significa que, perfeccionado el contrato, son cláusulas contractuales²⁴.
- b. En la misma línea de reflexión se señala que, la circunstancia de que las condiciones generales hayan

23. Carbonnier J., ob. cit. t. II, Vol. II, pág. 187.

24. de Castro y Bravo F., "Las condiciones...", ob. cit., pág. 12. Afirma García Amigo que, antes de ser contenido del consentimiento de las partes, las condiciones generales jurídicamente no son nada. Hasta entonces, prosigue, representan un simple proyecto de *lex contractus* que se convertirá o no, posteriormente, en la norma reguladora de la relación. Antes de que se efectúe la confluencia de las declaraciones de voluntad de las partes, pueden ser el contenido de una oferta contractual; pero por sí solas no son nada, un *nullum jurídico* (Cf. García Amigo M., "Condiciones generales de los contratos", R.D.P., Madrid, 1969, nro. 11, pág. 145 y 160). Análogamente, Donati estima que las condiciones generales por sí solas no constituyen, ni una propuesta individual ni una oferta al público, puesto que la adhesión a las mismas es insuficiente en punto al surgir de la relación asegurativa. Tampoco un contrato preliminar, pues no aparece fundada en la práctica la doble construcción (contrato previo-contrato definitivo) a los fines de la formación del contrato. Concluye sosteniendo que se trata de un acto preparatorio, que traduce la declaración de voluntad del asegurador para la formación ulterior del contrato singular. (Donati A., "Trattato...", ob. cit., Vol. I, nro. 42, pág. 111).

sido creadas por una sólo de las partes, no excluye su carácter contractual. Es que, partiendo de la base de que hay contrato cuando una persona acepta la oferta que otra hace, la adhesión, desde el punto de vista jurídico, no puede ser distinguida de la aceptación de una oferta, pues **en los contratos por adhesión hay una verdadera prestación de consentimiento donde el vínculo contractual se genera voluntaria y libremente**²⁵.

- c. La circunstancia que no se vean precedidas de tratativas previas, no invalida la tesis contractualista, pues la ley no exige que el acuerdo contractual sea precipitado de una libre discusión y de largos tratos, sobre todo - se señala -, ningún texto exige, que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato, todo lo que se exige es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos en punto al nacimiento de las obligaciones²⁶.
- d. El capítulo referido a las condiciones generales, aparece en escena simultáneamente con el desarrollo de los contratos por adhesión, de allí que se las haya calificado muy gráficamente como las "cláusulas de un contrato redactado por adelantado"²⁷.

25. Díez Picazo L. "Fundamentos... Teoría del contrato", ob. cit., t. I, pág. 324.

26. Josserrand L. "Derecho...", ob. cit., t. II, Vol. 1, nro. 32, pág. 31, quien apunta que poco importa que el terreno para el arreglo haya sido o no preparado por uno de ellos, "pues hemos de cuidarnos de confundir los tratos previos con el contrato".

27. Calais-Auloy J., "Les clauses abusives en droit français", ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre cláusulas generales abusivas, Coimbra, 19/21 de mayo de 1988.

6. Naturaleza jurídica de las condiciones generales (cont.) Nuestra opinión.

Ya hemos anticipado antes de ahora nuestro apoyo a la tesis contractualista²⁸. En una primera aproximación al tema, debemos comenzar por señalar que la posición que adoptamos surge del reconocimiento de algunas premisas esenciales:

- a. Las condiciones generales vinculan a las partes en los términos (y con las limitaciones) del art. 1197 del Cód. Civil²⁹. Aun cuando su contenido no sea factible de ser discutido³⁰, y la adhesión deba serlo en bloque, al total del contenido predispuesto³¹.

Lo expresado se hace extensivo aun a los contratos cuyas condiciones generales deban ser aprobadas previamente por la autoridad administrativa, pues tal aprobación sólo significa que el órgano de control

28. Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A., "Contratos por adhesión...", ob. cit. pág. 69 y ss; Idem: "Contratos con cláusulas predispuestas. Su naturaleza contractual", LL: 1988-E-14 y ss.; Idem: "Derechos y defensa del consumidor", ob. cit., pág. 301; Idem: "Cláusulas abusivas...", ob. cit., pág. 41; Idem: "Seguros contra...", ob. cit. nro. 48, pág. 101.

29. Nuestra jurisprudencia acepta la naturaleza contractual de las condiciones generales pues existe un verdadero consentimiento "que se genera libre y voluntariamente" (CN Com Sala A, 11/9/73, "Dillon S.A. c/Ford Motor Argentina", LL: 152-253; CN Civ Sala E, 8/7/82, "Far A. c/Paglieritti O.", JA: 1984-I-685; CN Esp civil y comercial, Sala I, 11/8/87, "Taubauhen Constructora SA c/Club Hípico Argentino", D.J., 1988-2-460; Cam Civ y Com de Junín, Junín, 26/10/88, "Zabaleta D. c/Panteprino de Ragozzini N.", JA: 1989-I-51; C m. Civ y Com San Isidro, 29/12/89, "Fiorda I. c/Club San Fernando", D.J. 1990-2-273).

30. CN Civ Sala A, 23/5/78, "Prevía S.A. c/Cazarian E.", ED: 83-262; CN Com Sala D, 25/8/78, "Calcagno H. c/Asorte S.A.", ED: 83-600; CN Esp. civil y comercial, Sala 3ra., 2/6/87, "Marletta A. c/Los Mimbres SA", JA: 1988-II-síntesis; CN Civ Sala C, 14/3/88, "San Bernardo Atlántica S.A. c/Barceló D.", D.J., 1990-I-864; CN Com Sala B, 13/4/92, "Lobo B. c/Esso SA", JA: 1993-I-179).

31. CN Penal Económico, Sala I ra., 27/4/84, "Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos", JA: 1985-III-264.

“no tiene nada que oponer” al contenido del contrato³².

- b. Los empresarios carecen de poder normativo. Este argumento que, si se quiere, es de carácter constitucional, conduce por sí solo al rechazo de la tesis normativa³³.
- c. En lo que a nuestro tema se refiere, no existe posibilidad jurídica de un vínculo entre predisponente y adherente, cuya fuente no sea la norma jurídica o el contrato.

Si las condiciones generales o cláusulas predisuestas, no constituyen derecho objetivo, va de suyo que deben ser consideradas derecho contractual³⁴.

Las otras razones que, a mayor abundamiento, suministramos en apoyo de nuestra postura, podríamos agruparlas de la siguiente manera:

- d. El contrato por adhesión a condiciones generales pone en evidencia, que las partes ostentan distinto poder de negociación, - de allí que se contraponga al “contratante fuerte” con el “contratante débil” -,

32. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 24/5/88, “Rojas R. c/Huarpe Coop. de Seguros”, D.J., 1989-2-384, donde se afirmó que la aprobación administrativa “no supone elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa”. Cf. C m civ y com, Junín, 26/10/88, “Zabaleta D. c/Pantepirino de Ragozzini N.”, JA: 1989-I-51.

33. Alfaro Aguila-Real J., “Las condiciones generales de la contratación”, Civitas, Madrid, 1991, pág. 53.

34. La importancia de la cuestión, entre otras razones, radica en que, si se trata de las cláusulas de un contrato, su eficacia se halla subordinada a la existencia de consentimiento (CN Com Sala B, 18/10/91, “Tenecom San Luis SA c/El Cobre SA”, JA: 1993-III, síntesis). Sobre el particular se tiene expresado que el predisponente ha podido conformar el contenido contractual reduciendo a la contraparte a la mera libertad de conclusión contractual. Acontece que “la adhesión es facilitada por la utilización de textos impresos, standard, que generan el sentimiento de una igualdad de trato, fácilmente confundible con la justicia o el equilibrio contractual (CN Com Sala E, 4/3/86, “Wattman S.A. c/Exim SRL”, JA: 1987-I-118).

- pero la estructura del contrato se mantiene inalterable³⁵.
- e. El consumidor o usuario emite una oferta cuyo contenido ha sido predispuesto por el empresario en formularios impresos. El contrato se perfecciona una vez que el predisponente emite su declaración de voluntad consistente en aceptar hacerlo sobre las bases específicas ofrecidas por el adherente³⁶.
 - f. La naturaleza íntima del contrato no se modifica. Queremos decir que, la formación del acto, consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual³⁷, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten³⁸, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otro, es al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido³⁹.
 - g. La necesidad de que se adhiera libremente a un esquema predispuesto por otro, configura a las condiciones generales como derecho contractual, pues sería innecesaria la adhesión si éstas fuesen normas objetivas⁴⁰.

35. Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas...", ob. cit., nro. 37, pág. 69; Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A., "Contratos con cláusulas predispuestas. Su naturaleza contractual", ob. cit. LL: 1988-E- 14 y ss.

36. El tema se inserta en el capítulo dedicado al "iter" que adopta esta modalidad o técnica negocial que nos ocupa, y al que ya hemos hecho referencia.

37. Goldemberg I., "La voluntad unilateral", Platense, La Plata, 1975, pág. 123; Masnatta H., "Las nuevas fronteras del contrato", Abeledo- Perrot, Bs. As., 1965, Págs. 46 y 81; CN Civ Sala C, 30/9/75, "Avila O. c/El Roll S.A.", ED: 66-455; CN Civ Sala A, 23/5/78, "Prevía S.A. c/Cazarian E.", ED: 83-262.

38. Di Pace P., "Il negozio di addezione nel diritto privato", R.D.C., 1941, T. I, nro.4, pág. 38.

39. Salandra V., "Il contratto di addezione", R.D.C., 1928, t. I, nro. 2, pág. 412.

40. Polo A., "Contrato de seguro y consecuencias que derivan de su calificación como contrato de adhesión en punto a la interpretación de sus cláusulas", R.D.P., Madrid, 1942, t. XXVI, pág. 715, quien acertadamente afirma que es

7. El contrato de seguro como contrato por adhesión.

La modalidad que adopta la formación del contrato de seguro, lo identifica, típicamente, como contrato por adhesión. De allí que su tratamiento sea el que corresponde a una especie, prototípica por cierto, de las que mejor expresan, de su género, el contrato con cláusulas predisuestas.

- a. El contenido (modelo de póliza) es dispuesto anticipada y unilateralmente por el asegurador (predisponente)⁴¹;
- b. La técnica negocial de la predisposición contractual consiste en que el asegurable adhiera en bloque a las condiciones generales de póliza, o no contrate⁴²;
- c. El contrato lo celebra el asegurador (predisponente) con cada adherente individual (tomador o asegurado), pero en base a condiciones generales uniformes, aplicables a todos y a cada uno de los futuros contratos que celebre⁴³.
- d. El contrato de seguro carece de una etapa de tratativas en punto al contenido de las condiciones generales. El asegurable no participa en la creación del esquema contractual⁴⁴.

inconciliable la vigencia de un derecho objetivo subordinado a la aceptación de sus destinatarios concretos.

41. En Argentina, las entidades aseguradoras autorizadas para operar, deben hacerlo sobre la base de planes (sic) contractuales autorizados por la Superintendencia de Seguros de la Nación. A esos fines, deben presentar el texto de la propuesta y el de la póliza a fin de que, la autoridad de control se expida sobre la equidad de las condiciones generales (art. 25-2 ley 20091) y claridad de su texto (art. 11 ley 17418).

El art. 274 de la ley general de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros de Perú (Dec.Leg. 637/91) alude a las "condiciones de cobertura de riesgos que fijen las empresas..."

42. De allí que el contrato de seguro sea *contrato por adhesión a condiciones generales o a cláusulas predisuestas*. Se trata de expresiones intercambiables.

43. El asegurador fija de una vez un esquema común a las relaciones jurídicas singulares, aplicables a operaciones sucesivas correspondientes a relaciones contractuales similares (por cada riesgo), de masa o sistemáticas.

44. Distinta es la situación de las condiciones particulares (endosos), por las que, con carácter excepcional, se derogan o sustituyen (de común acuerdo)

8. Cláusulas abusivas. Noción. Razones de su existencia.

La desigualdad formal, ya quedó expresado, constituye uno de los elementos definitorios del contrato de seguro y se traduce en la circunstancia de que el contenido contractual es predispuesto (principio de unilateralidad) sólo por una de las partes sustanciales, el asegurador. Dicho esquema negocial, a su vez, se caracteriza por la rigidez de su esquema (principio de inalterabilidad) que, al suprimir la instancia precontractual, impide al adherente (asegurable), discutir los términos en que vienen predispuestas las condiciones generales. Este diagnóstico de situación sería insuficiente si no añadiéramos algunas circunstancias adicionales, como ser la de que es inherente (hace a su naturaleza) al predisponente la necesidad de consolidar, aun más, su posición dominante en el contrato.

En ocasiones ello logra a través del perfeccionamiento del contrato mediante una (a) variada (compleja) instrumentación constituida por condiciones generales, condiciones particulares o endosos que integran, a su vez, anexos a los que se alude por remisión o reenvío y que no siempre son conocidos por el asegurado. De allí que corresponda afirmar que aparece como trascendente que las cláusulas que integran el contenido del contrato sean conocidas o hayan debido (o podido) serlo, usando una diligencia ordinaria⁴⁵.

En efecto, cabe expresar que no siempre las cláusulas de un contrato por adhesión aparecen en el documento (texto) del contrato. Existen ocasiones en que se formula al adherente una advertencia referida a la circunstancia que, ciertas cláusulas se hallan contenidas en otro documento al cual se lo reenvía, como puede serlo un instrumento anexo, que contiene su propia denominación.

condiciones generales. Corrientemente se acude a ellas para modificar (ampliar o reducir) las obligaciones del asegurador, al extenderse o limitarse, según el caso, la cobertura.

45. Las cargas informativas, en materia contractual, son recíprocas.

La carga de informar, halla uno de sus límites en el deber de informar "se". Aplicación de lo expuesto, es lo que establece la ley de Holanda del 16/6/1987 sobre cláusulas contractuales abusivas, en el sentido de que una cláusula es anulable si el "user", el que utiliza condiciones generales en los contratos, no ofreció a la otra parte (adherente) una razonable oportunidad de conocerlas (art. 6.5.2A.2.b).

El conflicto se presenta cuando la referida advertencia no existe o pasa desapercibida.

Y ello es lo que acontece o puede llegar a acontecer con el contrato de seguro, que no solo se halla instrumentado por la póliza sino, a su vez, por otros documentos distintos, cada uno de ellos integrados por condiciones generales, anexos enumerados y titulados⁴⁶.

La importancia de la cuestión radica en que, si el predisponente intenta aplicar una cláusula desconocida, la ineficacia invocada por el adherente, deberá sostenerse en la falta de consentimiento y no en el abuso intrínseco de la regla de autonomía.

(b) La otra modalidad que adopta el predisponente para afirmar su posición en el contrato consiste en la introducción de cláusulas abusivas. De allí que corresponde ahora incursionar en torno al aspecto patológico del contenido contractual, con aptitud para dañar los intereses económicos de los consumidores. Nos referimos a las cláusulas abusivas cuando son contenido de los contratos por adhesión. Como el tema específico que nos ocupa está referido al contrato de seguro y, siendo éste un contrato por adhesión, la exposición atenderá inicialmente a la teoría general del contrato y luego, se detendrá particularmente en aquél y, obviamente en su contenido.

Aunque parezca de toda obviedad, se nos ocurre ineludible afirmar, ante todo, que una cláusula abusiva es una cláusula de un contrato, ya sea discrecional o por adhesión⁴⁷, típico o atípico. Su presencia en el contrato, hace abstracción de su forma y de su objeto.

46. Si tomamos como ejemplo cualquier póliza de seguro, advertiremos junto a las condiciones generales, la existencia de anexos especiales (condiciones específicas), cada uno identificado por número y denominación que, predominantemente *determinan* (individualizan y delimitan) el riesgo; otros por el que se incluye unas cláusulas de interpretación de vocablos como ser los denominados riesgos extraordinarios (delimitación objetiva), y condiciones particulares, en ocasiones impresas (determinativas del riesgo) y en otras dactilografiadas (predominantemente modificatorias o derogatorias de condiciones generales).

47. Ya quedó expresado que nuestro trabajo sólo habrá de referirse a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Lo que sí debe aclararse, es que la cláusula abusiva no es una exclusividad de aquél, pero sí halla en él, por las razones que expondremos, campo propicio para multiplicarse.

La modalidad formativa del contrato por adhesión favorece su existencia, de allí que aparezca como innecesario afirmar o repetir, en una aproximación que, en ocasiones, el empresario se aprovecha de esta técnica de sustitución de la discusión paritaria y clásica, para introducir, por la vía de la predisposición, cláusulas que afirman, que apuntalan injustamente su posición contractual dominante.

Vinculadas a la cuestión relativa a la predisposición de cláusulas abusivas se halla la que recién expusimos relacionada con la necesidad de que el contrato se concluya sobre la base de un efectivo conocimiento de la totalidad de las cláusulas contractuales. Lo que queremos significar es que, la cláusula abusiva puede hallarse ubicada en un único documento, cuando el instrumento del contrato sea uno sólo; o en otro al cual aquél se remita (corrientemente a través de una mención o cita). Lo relevante del tema radica en que la cláusula abusiva integre el contenido de un texto contractual conocido por el asegurado o que haya podido serlo, pues de lo contrario, como quedó expresado, cabe ubicar la cuestión en el capítulo de ineficacia por "falta de consentimiento".

9. Caracteres de la cláusula abusiva. El desequilibrio significativo.

Sobre la base de lo expresado hasta aquí habremos de enunciar y desenvolver brevemente el carácter esencial de la cláusula abusiva.

Es una característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un *desequilibrio significativo entre los derechos y cargas del asegurado/usuario y las obligaciones y cargas del asegurador/profesional*, derivadas del contrato y en perjuicio del primero. El desequilibrio significativo o manifiesto se explica, en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el asegurador sustentado en: (a) su condición de predisponente y en su (b) poder técnico que se traduce en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual que al cliente le viene predispuerto.

En suma, el asegurador que es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento de la configuración interna del texto de los instrumentos contractuales que ha creado de forma unilateral, concentra en sí propio y frente al asegurado, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el asegurado/usuario del servicio.

Y con ese poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante en el contrato, lo que lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del asegurado/usuario.

10. Caracteres de la cláusula abusiva. El desequilibrio significativo (cont.)

El “desequilibrio significativo” se constituye así en un principio general o cláusula abierta que, conceptualmente, mejora otras definiciones o caracterizaciones que le precedieron en el tiempo y que siguen vigentes, como ser: “ventaja excesiva” (art.51, ap. IV del “Código de Defensa del Consumidor” de Brasil)⁴⁸, o “aquella que se auto arroga el profesional en detrimento del consumidor” (art. 3 de la “Ley de Contratos Standard” de año 5743/1982 de Israel⁴⁹).

En efecto, es precisamente la desventaja exagerada la que desnaturaliza la **relación de equivalencia** en perjuicio del usuario de servicios asegurativos, pues presupone **inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca**.

O, dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de ventajas o provechos en favor del asegurador (profesional), o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y,

48. Se trata de la misma fórmula empleada en Francia por el art. 35 de la ley 78-23 del 10-I-78, ahora derogada por el “Code de la Consommation” que con una ligera modificación adoptó la fórmula comunitaria (art. L. 132-1, ley 93-949 del 26-VII-93) Cf. Pizzio J.P. “Code de la Consommation”, Montchrestien, París, 1996, pág. 203.

49. Beauchard J., “Droit de la Distribution et de la Consommation”, Themis, Paris, 1996, pág. 349.

consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del asegurado sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario, o sea, un fundamento legítimo con el que quedaría preservado el principio de la **máxima reciprocidad de intereses**.

De allí que no constituya cualidad de la cláusula abusiva y conceptualmente resulte indiferente, que “haya sido impuesta al asegurado por un abuso del poder económico del asegurador lo que confiere una ventaja excesiva”, ya que la referencia al “poder económico”, más allá de su imprecisión, no es abarcadora de todas las hipótesis, por ejemplo, cuando quien ostenta, es consumidor o usuario⁵⁰.

Por lo demás, el desequilibrio significativo o manifiesto no podrá resultar de la falta de adecuación del precio o remuneración afrontado por el usuario con relación al servicio suministrado por el asegurador ni al objeto del contrato pues, indiscutiblemente, éstas son cuestiones factibles de ser negociadas individualmente⁵¹.

11. Caracteres de la cláusula abusiva (cont.)

Otros caracteres complementarios de la cláusula abusiva se fundamentan en:

- a. Que no haya sido negociada individualmente.
Ello única y necesariamente acontece en los contratos por adhesión a condiciones generales como el contrato

50. Era el criterio normativo consagrado en Francia por el art. 35 de la ley 78-23 del 10-1-78, ahora abandonado al sancionarse otro texto (art. 132-1 del Code de la Consommation) acorde con la Directiva comunitaria 95/13 del 5-IV-93. Se interrogaba la doctrina francesa cómo debía identificarse el “abuso del poder económico” cuando no se tratara de monopolios u oligopolios (Stark B.-Roland H.-Boyer L., “Obligations. Contrat”, Litec, 1995, nro. 661, pág. 286).

51. Appiano E.M., “Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)”, en “Contrato e Impresa”, Cedam, Roma, 1996, nro. 2, anno primo, pág. 438.

de seguro, dado que se hallan suprimidas las tratativas y, con ellas, la negociación individual de cada cláusula.

- b. Que la cláusula objetada le haya sido presentada al asegurado ya redactada.

En ese caso, es indiferente que la redacción pertenezca al asegurador con el que opera el usuario o provenga de otra entidad y haya sido reproducida total o parcialmente.

- c. Que el asegurado no haya podido participar (o influir) en su contenido.

La circunstancia de que el adherente participe en la redacción, o influya en el contenido de una o más *condiciones particulares*, no altera la caracterología del contrato de adhesión, integrado siempre por condiciones generales.

Las particulares tienen funciones, pues más allá de que se refieren al contenido específico de cada contrato de seguro, importan, ocasionalmente, alguna excepción (modificación) o derogación a lo acordado a través de las cláusulas predisuestas (condiciones generales). En esos casos, las condiciones particulares – negociadas individualmente – tienen, entre sus funciones: alterar el plazo de vigencia material del contrato o ampliar, condicionar, delimitar, modificar o suprimir el o los riesgos individualizados en el frente de póliza y que se hallan disciplinados condiciones generales.

- d. Que el desequilibrio sea relevante, manifiesto o significativo

El desequilibrio significativo deberá apreciarse tomando como referencia la relación de fuerzas de negociación existente al tiempo en que se formalizó el contrato. Ese carácter ha sido recibido normativamente por Francia (art. L. 132-1, Code de la Consommation) y por Italia (art. 1469 ter-1, Cód. Civil).

Ello significa que a los fines de la apreciación en concreto sobre si una cláusula abusiva, habrá de estarse (a) a la relación de equivalencia al tiempo de conclusión del contrato y (b) al efecto que la cláusula abusiva provocó sobre aquélla.

Y ese efecto no es otro que atribuir al asegurador (profesional), una ventaja significativa sobre el asegurado (usuario), sin contrapartida o fundamento que lo justifique y que compromete el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

12. La protección del consumidor contra las cláusulas abusivas.
Control judicial en la ley Argentina de defensa del consumidor

Argentina, a partir de la sanción de la ley 24240, "Ley de Defensa del Consumidor" y de su reglamentación (dec. 1798/94), exhibe un régimen de control judicial sustentado, como ya quedó expresado, sobre las siguientes bases:

- a. Se introducen dos cláusulas abiertas que presuponen, por sí mismas, sendas definiciones de cláusulas abusivas:
 1. Las que desnaturalicen las obligaciones.
 2. Las que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor.
- b. Se enuncian sólo dos cláusulas abusivas:
 1. Las que limiten la responsabilidad por daños.
 2. Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba, en perjuicio del consumidor.
- c. El efecto previsto para las cláusulas abusivas, taxativamente mencionadas,

es la declaración de nulidad de las mismas. No habrá de pasar inadvertido, que el art. 37 comienza por denunciar el efecto y su alcance: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...".

Cuando no se trate de las cláusulas aludidas supra 1 y 2, el juez deberá realizar, con relación a las reglas de autonomía cuya legitimidad (lato sensu) se cuestiona (a las que se atribuye carácter de abusivas), un test de confrontación entre ellas con las normas y principios de

raigambre constitucional. De salir airosas, queda subsistente el control judicial de legitimidad y equidad con las cláusulas abiertas de fuente legal, a las que ya hemos hecho referencia (supra 1 y 2), finalmente, a todo el arsenal principista y normativo al que se acudía antes de la sanción de la ley 24240 y que se mantiene hoy activo, vivo, latente y en plenitud, tomando en consideración, de ser necesario, las circunstancias de hecho para el supuesto de ser aplicadas las cláusulas cuestionadas.

d. Las directivas de interpretación, también han sido calificadas como integrando indirectamente todo sistema de control. De allí que mencionemos las dos que han sido incluidas en el texto legal:

1. Genéricamente, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor-asegurado (art. 37-2, ley 24240)
2. Específicamente, y en caso de duda sobre los alcances de la obligación, se estará a la que sea menos gravosa para aquél (art. 37-2, ley 24240).

e. Como consecuencia de la declaración de la nulidad parcial, el juez deberá integrar el contrato, si ello fuere necesario, con la norma legal aplicable (art. 37-4, in fine, ley 24240).

f. Con la sanción de la “Ley de Defensa del Consumidor”, se legitima a la autoridad de aplicación de dicha ley, la Secretaria de Industria y Comercio (art. 41), para efectuar la vigilancia tendiente a que los contratos “no contengan” cláusulas abusivas. Y para cuando dichos contratos requieran, como es el caso del contrato de seguro, la aprobación de otra autoridad nacional (Superintendencia de Seguros de la Nación), la Secretaria de Industria y Comercio podrá requerir de aquélla, la modificación de los contratos (art. 39), a

los fines de suprimir de los mismos, las cláusulas abusivas que contengan.

13. Los alcances de la nulidad

Frente a la existencia de una cláusula abusiva, se discute el alcance material de la invalidez. Y los términos de la misma pendulan entre circunscribir la nulidad a la cláusula viciada, subsistiendo el contrato incólume en todo lo demás, lo que se enuncia como nulidad parcial, o someter a la disciplina de la invalidez, también a la parte sana del negocio, que viene así a resultar atrapada por la suerte de la cláusula viciada, configurándose la nulidad total del acto.

La respuesta que suministran los sistemas jurídicos, se halla condicionada a la indagación sobre la posibilidad de escindir y considerar independientes entre sí, las cláusulas que integran el contenido negocial del contrato, de modo que la invalidez de alguna de ellas no influya sobre las otras.

El Código Civil argentino adopta (art. 1039), como pauta para deslindar los supuestos de aplicación de la nulidad "completa" o de la nulidad parcial, el de la separabilidad entre las distintas disposiciones del acto, aun cuando no suministra criterio alguno que sirva a ese propósito⁵².

En primer lugar se hace necesario afirmar que no existe ninguna necesidad conceptual ni de política jurídica para que, en virtud de la parte nula del contrato, quede sometida igualmente a la nulidad el tramo no alcanzado por aquélla⁵³.

Ello hace necesario acudir a ciertas directivas de interpretación, que se enuncian como la de relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, y la de prevalencia del principio de conservación del acto. La finalidad práctica apunta a la obtención o

52. de Gásperi L.-Morello A.M., ob. cit. t. I, pág. 581.

53. Por los mismos fundamentos, la regla "utile per inutile non vitiatur" es de aplicación también a otro tipo de imperfecciones que hagan inútil una parte del negocio motivando, por ejemplo, la anulabilidad parcial (Gomez-Martinho F., "La nulidad parcial de los negocios jurídicos, en "Estudios de Derecho Privado", Madrid, 1962, pág. 358; CN Com sala E, 11/4/83, "García A. c/La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros", ED: 105-271).

satisfacción idóneas (útiles) en función de lo acordado en miras a los fines perseguidos⁵⁴.

Sobre la base de lo expuesto cabe concluir que, cuando el negocio puede existir – desde un punto de vista lógico y objetivo -, aun sin el elemento viciado, habrá que atenerse a la particular finalidad perseguida por las partes, afirmando la validez de las restantes cláusulas no afectadas de nulidad, en la medida en que constituyan el mínimo contenido deseable con relación a todo el acto, así como estaba proyectado. En estas consideraciones descansa el acierto de la regla de la “incomunicabilidad de la nulidad”, que se corresponde con el principio de conservación del negocio⁵⁵.

Cabe destacar que la tendencia a mantener la existencia del contrato y sus efectos, aunque alguna de sus cláusulas sea ineficaz, es la conduce a la regla de la nulidad parcial, de tal suerte que una vez separada la parte nula, “se justifica la subsistencia del negocio con los elementos válidos, dotados de interés práctico para las partes”⁵⁶.

En síntesis, tal como se halla redactado el art. 1039 del Cód. Civil: “La nulidad de una disposición puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”, conduce inexorablemente a una tarea interpretativa de complementación, y ateniéndose a la intención práctica perseguida por quien o quienes declaran su voluntad de aprehenderse como “separable” dentro del cuadro negocial, cuando el contrato hubiera de todos modos advenido, pese a la invalidez de alguna de sus partes. Y, por el contrario, será considerada “inseparable”, cuando por mediar una íntima conexión entre la parte nula y el resto del negocio, éste no puede reputarse querido sin aquélla⁵⁷. La consecuencia que trae aparejada la declaración de nulidad parcial de un contrato, consiste en la sustitución automática de la regla de autonomía por la norma legal

54. Ruiz Muñoz M., “La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores”, Lex nova, Valladolid, 1993, pág. 111.

55. Von Tuhr A., ob. cit. t. IV, pág. 314 y ss; Santoro Passarelli F., ob. cit., pág. 301; Spota A.G., “Tratado...”, ob. cit. vol. 8, pág. 752.

56. Santos Briz J., “La contratación...”, ob. cit., pág. 244; Santos Briz J., “Los contratos civiles. Nuevas perspectivas”, Comares, Granada, 1992, pág. 197.

57. De Ruggiero R., ob. cit., t. I, pág. 311; Spota A.G., “Tratado...”, ob. cit. vol. 8, pág. 748 y ss; Castán Tobeñas J., ob. cit., t. I, vol. II, pág. 815.

aplicable, ya sea ésta imperativa⁵⁸, o ya sea dispositiva pero sin eficacia supletoria⁵⁹.

Sancionada la ley 24240, "Ley de Defensa del Consumidor", queda resuelta la cuestión relativa al alcance de la nulidad. Lo que decide el art. 37 al establecer que "sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...", y a continuación enuncia dos supuestos de cláusulas de nulidad manifiesta y dos hipótesis de cláusulas abiertas que introducen la posibilidad de que la sentencia de mérito aprecie (de donde la nulidad no aparece manifiesta), si las cláusulas cuestionadas en su eficacia (anulables) se hallan atrapadas en su formulación por las mencionadas cláusulas abiertas (art. 37 incs. A y b) pues, en ese caso, el juez las declarará nulas.

58. Messineo F., "Manual...", ob. cit. t. II, pág. 491; Cariota Ferrara L., "El negocio...", ob. cit. t. II, nro. 88, pág. 303.

59. Stiglitz R.S., en "Contratos. Teoría general" (Stiglitz R.S.-Director), ob. cit. t. I, nro. 16, pág. 365.

II - ATUALIDADES

EL DEFENSOR DEL ASEGURADO (OMBUDSMAN): EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Carlos Ignacio Jaramillo y Jaramillo

En nombre de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE, que me honro en presidir, y también en nombre propio, quiero manifestar mi especial complacencia con el Instituto Brasileño de Derecho de Seguros -IBDS -, por la generosa invitación que me ha formulado para participar en el importante Foro por él organizado (Primer Foro de Derecho de Seguros, José Sollero Filho), en compañía de distinguidos y brillantes conferencistas brasileños e internacionales, los cuales, sin duda alguna, le darán particular brillo a tan relevante actividad académica, una nueva oportunidad para intercambiar, con nuestros hermanos latinoamericanos, distintas ideas en torno a la nobilísima disciplina del seguro y del reaseguro, actividad que se desarrollará en un país de tanta significación en el concierto mundial y, en particular, en una ciudad caracterizada por su pujanza empresarial.

En consecuencia, quiero reiterar, una vez más, mi más explícito reconocimiento por tan deferente convocatoria, seguro de que el éxito de estas Jornadas de antemano está garantizado, no solo por la metódica organización de los distinguidos colegas del Instituto Brasileño, sino igualmente por la participación de tan destacados conferencistas nacionales e internacionales, a lo que se suma el elevado nivel científico de la comunidad brasileña, de todos conocido, pues nadie puede desconocer su dinamismo, compromiso y preparación académicas.

Ahora bien, en lo relacionado con el tema a mi deferentemente asignado, consistente en el Defensor del Asegurado, quiero anticipar que mi exposición versará sobre los aspectos de mayor significación de tan novísima institución, de acentuado raigambre internacional. Por tanto nuestra intervención tendrá un carácter más panorámico y, de suyo general, conscientes de la importancia de transmitir en este tipo de foros lo más característico del tema a tratar. Por tanto, 'ex profeso', renunciaremos a efectuar comentarios, de suyo muy especializados, más propios de una monografía que de una exposición global o de una conferencia.

No obstante lo anterior, respetuosamente remitimos a los interesados en profundizar en este tema, a un trabajo de nuestra autoría intitulado: Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro: Protección Administrativa, Conciliación, Mediación, Defensoría del Asegurado y Arbitraje (JAVEGRAF, Bogotá, 670 páginas), en el cual se consigna amplia bibliografía y legislación comparada alrededor de este fascinante tópico.

1. INTRODUCCIÓN

Como se acotó precedentemente, analizaremos los aspectos más sobresalientes de la novísima figura del Defensor del Asegurado, de reconocida y comprobada eficacia en el concierto internacional, merced a su caracterización, funcionamiento y bondades.

No en vano, en diversos países del continente europeo, sin reserva, se ha **acudido** al expediente del **Defensor del Asegurado**, tal y como aconteció, hace mas de veinte años, en **Suiza, Suecia, Gran Bretaña, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Francia, España y recientemente Colombia**, entre otras naciones.

Tanta será la importancia de la Defensoría del Asegurado en particular, y, en general, del Ombudsman, que hoy por hoy se alude a una 'Ombudsmanía' o fiebre de defensorías.

1.1. COMETIDOS CENTRALES Y GENERALES DE LA DEFENSORIA: BREVE ENUNCIADO

El primero, encaminado a garantizar la tutela efectiva de los derechos del consumidor corriente, concretamente del asegurado común, en un todo de acuerdo con la tendencia generalizada en algunos países europeos, sobre todo pertenecientes a la comunidad europea (C.E), consistente en 'reforzar el papel del consumidor comunitario: afinamiento de los instrumentos de protección al consumidor asegurativo.

Tal será la relevancia asignada en el ámbito del derecho del consumidor al 'Ombudsman' o defensor, que en un sector de la **doctrina**, recurriendo a un personaje hoy legendario, caracterizado por la defensa de los más necesitados, no duda en apellidar al defensor como el **Zorro del Consumidor**.

El Segundo, orientado a mejorar sensiblemente el servicio brindado por el asegurador-, **nuevo norte del empresario de seguros contemporáneo-**, al igual que su imagen, en veces algo grisácea, no sin razón, a *juicio* de un representativo número de consumidores y de algunos organismos de control y fiscalización de la actividad aseguradora, preocupados por el elevado nivel de insatisfacción imperante.

Y el tercero, sin duda de incontrovertible importancia práctica, enderezado a la búsqueda de calificadas soluciones alternativas (no contenciosas, en el más riguroso de los sentidos) de los conflictos derivados del contrato de seguro, disímiles a las que emergen de los mecanismos tradicionales de la justicia ordinaria, 'estática', o tradicional.

No es un **secreto** que la administración de justicia, en la generalidad de naciones, envuelve numerosas características, que la hacen poco atractiva y confiable, entre otras:

A) La congestión de procesos en curso.

- B) El denominado “consumismo judicial”, igualmente conocido mediante los términos “judicialización de los conflictos o controversias”.
- C) El componente humano
- D) La carencia de preparación universitaria adecuada.
- E) La insuficiencia cuantitativa de recursos o el uso inadecuado de los mismos.
- F) La impotencia funcional de las reformas sustantivas y procedimentales como **única solución, y**
- G) La indebida acumulación temática.

La sumatoria de los prenotados cometidos, ‘grosso modo’, explica entonces la adopción en Europa - y luego en Latinoamérica - del mecanismo del Defensor del Asegurado.

1.2. IMPORTANCIA PRELIMINAR DE LA INSTITUCIÓN

La Defensoría del Asegurado, entendida como eficiente herramienta “**parajudicial**” o “**periférica**” de resolución de desavenencias, reviste una marcada importancia:

- A) Por cuanto se erige en un **confiable y aplaudido mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos.**
- B) Porque, **en asocio** con otros instrumentos de carácter interno de las entidades aseguradoras, **cumple un destacado papel en la atención y satisfacción de los intereses de su clientela** (pos-venta): **servicio al cliente**, tales como la dotación de líneas gratuitas 1-800; departamento de reclamaciones; la asistencia mecánica en el ramo de automóviles en caso de emergencia, etc.

- C) Porque sus **bondades son tan manifiestas** para asegurados, aseguradores y organismos de control y vigilancia de la actividad aseguradora, que se la ha considerado, con **razón, como:**

El eslabón perdido, como el **gladiador de los métodos de resolución privada de conflictos**

Como la **“vedette”**, y como la **“estrella ascendente”** del seguro, **“por sus frutos los reconoceréis”** (Lucas, 6,44).

2. UBICACIÓN TEMÁTICA Y ALCANCE DE LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA INTERNACIONALMENTE: BREVE PRECISIÓN

2.1. UBICACIÓN TEMÁTICA

Desde el **punto de vista temático**, es necesario distinguir la defensoría del asegurado, de **otros mecanismos internos**, pues se trata de una herramienta externa, como tal ajena al control de la entidad aseguradora, en si misma considerada.

En la defensoría, como se recalcará, no existe entonces:

Subordinación, ni

Dependencia, al contrario de lo que acaece con todos los mecanismos internos, algunos ya señalados.

En consecuencia, es impropio asimilar cualesquiera de los métodos o herramientas internas, con la institución de la Defensoría, so pretexto de que persiguen objetivos cercanos.

2.2. TERMINOLOGIA INTERNACIONAL EMPLEADA: SOMERA REFERENCIA

En lo que respecta al aspecto terminológico de la figura en examen, cumple manifestar que diferentes nombres la distinguen en el concierto internacional, con arreglo al que cada nación le confiera, de ordinario, a la denominación adoptada con un criterio más global para la tutela de los intereses de la ciudadanía, en general, por vía de ejemplo, con **rango constitucional o legal**,

- en **Francia** existe la figura del mediador;
- en **Suecia, Inglaterra, Finlandia, Suiza**, etc, la de 'Ombudsman';
- en **Portugal**, la de 'proveedor', y
- en **Italia, España y Colombia**, la de defensor del pueblo o defensor cívico.

Así las cosas, el nombre asignado a la figura en cuestión, normalmente está conectado con el rótulo conferido, a nivel general, por la **constitución política o la ley de cada nación**, quizá con el propósito de no romper la tradición vernácula reinante en materia de protección ciudadana.

"Ombudsman", "mediador", "conciliador", "defensor" y "proveedor", en efecto, son los términos más utilizados internacionalmente para individualizar y calificar tal institución.

2.3. ALCANCE DE LOS VOCABLOS UTILIZADOS: PRECISION TERMINOLOGICA

Aun cuando pueda parecer obvio, creemos útil aclarar, en orden a obviar equívocos dimanantes de su simple denominación y más concretamente por aquello de la referencia explícita a una sola de las partes de la relación asegurativa, que el empleo de la expresión "Defensor del Asegurado" y, en modo alguno, pretende reconocer o siquiera insinuar que el asegurador es injusto y arbitrario en su

gestión, motivo por el cual es menester introducir un remedio o un correctivo especial. No.

Mas que al asegurado, en sí mismo considerado, lo que estrictamente se defiende es el ceñimiento teleológico a la institución del seguro.

Por tanto, la función del defensor **no es defender a un solo sujeto**, a costa del otro. **No es entonces**, un verdugo del empresario, **pero tampoco** un benefactor del asegurado.

Simple y llanamente, es un sujeto externo e independiente, llamado a **obtener la confianza** de ambas partes contratantes.

3 - JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y FINALIDADES PRIMORDIALES: GENERICAS Y ESPECÍFICAS

3.1. JUSTIFICACIÓN DETERMINANTE

La figura en estudio se justifica, al igual que reviste importancia capital, por cuanto se traduce en un **instrumento externo a la empresa**, llamado a ser más objetiva, equitativa, oportuna y, por ende; más confiable la gestión del asegurador, respecto de los intereses legítimos del asegurado, en sentido laxo.

3.2. FINALIDADES PRIMORDIALES.

Desde una óptica mas concreta, así como teleológica, la defensoría del asegurado tiene como finalidad determinante **la revisión o el análisis imparcial y externo, por parte de un tercero o terceros calificados, de las decisiones emanadas del asegurador o de los procedimientos por él seguidos.**

Por vía de dicente ejemplo: alrededor de la reclamación de la prestación asegurada formulada por su asegurado y de su ulterior rechazo, objeción o negativa -total o parcial;

Al fin y al cabo, **el empresario asegurador**, por más profesional que sea, no es infalible y una segunda opinión, **inscrita en un escenario extrajudicial**, siempre es bienvenida, si con ella se evita conculcar los derechos del asegurado.

Ahora bien, desagregando las finalidades primordiales de la defensoría del asegurado, podemos citar las siguientes:

- A) **Centrar el interés del asegurador en el servicio o atención al cliente**, con todo lo que ello conlleva en su gestión, de conformidad con la marcada tendencia internacional de volcar todos los esfuerzos de la organización empresarial en torno de la satisfacción de los intereses del asegurado-consumidor.

Ya no se concibe, “in abstracto”, el asegurador de antaño, **ordinariamente preocupado por la suscripción**, vale decir por la producción o colocación de sus seguros, **al margen de lo que ulteriormente pudiera acontecer**.

El cliente, en ese estadio, **no era el fundamento medular de la operación** asegurativa, muy al contrario de lo que aconseja la administración contemporánea, en donde el cliente **es su razón de ser**.

- B) **Estimular la solución alternativa de conflictos o diferencias** que puedan surgir entre las partes en el seguro, **con el objeto de crear un escenario extrajudicial calificado** en donde se diriman privadamente tales controversias.

De esta manera, contrastado con las vicisitudes propias de la administración de justicia, esta figura se constituye en un efectivo instrumento de “**desjudicialización**” de conflictos.

- C) **Moderar o disminuir los equívocos o malos entendidos** entre aseguradores y asegurados, pues una cantidad apreciable de diferencias entre unos y otros, estriba, precisamente, en la falta de entendimiento, información o comunicación.

4. ORIGEN DE LA FIGURA EN EL DERECHO EUROPEO Y AMERICANO: LINEAMIENTOS MEDULARES Y SU CONEXION CON EL 'OMBUDSMAN'

4.1. GENERALIDADES

Retrospectivamente examinada, la figura del defensor del asegurado, hunde sus raíces en la celebre y centenaria **institución nórdica** del "ombudsman", originariamente de factura **sueca**, la cual, merced a su prestigio y acogida internacional, se extendió a numerosas actividades sectoriales o individuales del tráfico contemporáneo.

A grandes rasgos, este es el origen de la defensoría del asegurado, que **no despunta entonces por generación espontánea o en forma insular**. Muy por el contrario, es aplicación del "ombudsman" y de las demás instituciones que, en diversas latitudes, con diferentes nombres, cumplen el mismo - o muy cercano- cometido: "mediador", "defensor del pueblo" - "defensor cívico", "proveedor", "procurador de los derechos humanos", "fiscal popular", etc, instituciones de la cuales, con matices, tomó lo mejor de sí.

Por lo tanto, así sea en forma por demás sumaria, parece aconsejable realizar un análisis muy panorámico de esta resonante institución.

4.2. ANTECEDENTES DE CARACTER HISTÓRICO

Tal y como lo indicamos precedentemente, el "ombudsman", conforme se le conoce hoy en día, **es de origen sueco**.

Fue así como en el **siglo XVI**, con un propósito estrictamente tuitivo, surge una institución enderezada a "... Vigilar la actuación de los funcionarios públicos para defender a los particulares contra el proceder ilegal de la administración estatal".

En la constitución del año **1.809** de este país, **se le dio plena fisonomía**, primordialmente con el fin de que ejerciera un **oportuno control de legalidad** de cara a las actuaciones de la administración.

Posteriormente, luego de haber sido incorporada al derecho sueco. **Se adoptó en otras naciones europeas y americanas**, igualmente con un carácter general, tal y como sucedió en: Finlandia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra, Italia, España, Francia, Suiza, Portugal, Canadá, Costa Rica, Panamá, Colombia, etc.

Lo propio se hizo, posteriormente, en Australia y Nueva Zelanda, y en algunas naciones de **Europa del este**, tales como la República Checa, Polonia y Hungría

Ulteriormente, por su parte, **se consolidaron** los denominados “ombudsman” individuales, existentes como complemento a los ombudsman generales, ya citados.

Es el caso de Suecia, sólo para citar un notable ejemplo, en donde se gestaron varias aplicaciones de la institución: el “ombudsman del consumidor”, el “ombudsman militar”, el “ombudsman de la libre competencia”, el “ombudsman de prensa”, el “ombudsman de la igualdad de los sexos” - el que también existe en Bélgica-, etc, tendencia ésta, en buena hora, que ha movido a otros países u organizaciones supranacionales a emularla.

4.3. ETIMOLOGÍA Y FINALIDADES BÁSICAS

4.3.1 - ETIMOLOGIA

Originario del idioma inglés, el vocablo “ombudsman”, fruto de la conjunción de dos dicciones: “**ombuds**” y “**man**”, **significa “protector del hombre”**, expresión que, traducida al castellano, refleja su real alcance, puesto que eso es, a grandes líneas, un “ombudsman”: un protector del ciudadano, un defensor del pueblo instituido para velar por sus derechos.

4.3.2. FINALIDADES BASICAS

De su simple etimología, es cierto, fluye la finalidad esencial de la institución: la salvaguardia de los intereses o derechos de la población de cara a las actividades desarrolladas por los agentes. De la administración pública, en sentido laxo.

4.4. COMPETENCIA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS: DESCRIPCIÓN

4.4.1. COMPETENCIA ESENCIAL

En lo que concierne a su **competencia básica**, es de resaltar que el “ombudsmani”, aún cuando posee “auctoritas”, como quiera que está facultado para vigilar o supervisar la administración pública, carece por completo de “imperium”, o **sea que su poder se limita a investigar, a cuestionar, a recomendar, a acusar etc**, pero no a resolver con carácter vinculante u obligatorio, por intensa o grave que sea la infracción detectada, toda vez que su deber no es sancionar ni reparar el daño irrogado, sino vigilar y velar porque otros administren cumplida justicia.

Su fuerza, pues, es de índole **estrictamente moral**. Y no jurídica y menos jurisdiccional.

Parafraseando a un insigne tratadista de derecho público ibérico, vale la pena recordar que los “ombudsman”, “... No vencen, sino que convencen”.

4.4.2. CARACTERÍSTICAS MEDULARES

Podemos enunciar las características más salientes de esta figura garante (7), así:

- A) **Imparcialidad;**
- B) Independencia funcional;

- C) Gratuidad;
- D) Libertad de acceso;
- E) Actuación carente de poder vinculante;
- F) Simplicidad del trámite inicial, y
- G) **Informalidad del procedimiento a su cargo.**

5. DESCRIPCION DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS EXISTENTES EN EL DERECHO COMPARADO: HETEROGENEIDAD TIPOLOGICA

5.1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Debemos puntualizar, anticipadamente, que en este tema **no resulta apropiado aludir a un sistema unívoco de defensoría** a nivel, general, dado que existen diversos y variados sistemas en el concierto internacional, aún cuando con idéntica o simétrica finalidad.

Lo anterior exige algún cuidado y moderación en orden a no generalizar y a no atribuir a todos los sistemas características exclusivamente predicables de uno de ellos, merced a su anunciada **heterogeneidad tipológica**.

5.2. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS A NIVEL INTERNACIONAL

“**Grosso modo**”, podemos enunciar tres grandes grupos o categorías, los cuales admiten combinaciones (a y b).

- A) **Las defensorías creadas individualmente por las entidades aseguradoras;**

- B) **Las defensorías instituidas por las asociaciones de carácter profesional, y**
- C) **Las defensorías establecidas conjuntamente por voluntad del legislador y del sector empresarial (mixtas).**

A. DEFENSORIAS CREADAS INDIVIDUALMENTE POR LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

En este grupo se encuentran las defensorías que, por decisión individual de las aseguradoras, surgen en el entorno asegurativo nacional, **no como determinación colectiva o colegiada, sino, por el contrario, como manifestación particular del empresario respectivo.**

El defensor, en tales condiciones, resulta vinculado **no a un sector o conjunto de empresarios, sino a uno de ellos: el nominador, único usufructuario de sus servicios, desde luego en socio con sus asegurados.**

En este sistema militan, fundamentalmente:

Suecia,

España,

Portugal y muy recientemente

Italia, Brasil, Colombia y Francia, con matices, como se apreciará.

B. LAS DEFENSORIAS INSTITUIDAS POR LAS ASOCIACIONES DE CARACTER PROFESIONAL

A diferencia de lo indicado anteriormente, este grupo está constituido por las defensorías que se originan con arreglo a una decisión de naturaleza colectiva, más concretamente la adoptada **por las diferentes asociaciones de carácter profesional o gremial de un específico mercado.**

El **asegurador**, por el sólo hecho de pertenecer a ellas tiene derecho - por regla a beneficiarse de la defensoría general.

Por ello es por lo que el defensor, individualmente considerado, no está ligado a un asegurador o a un pequeño grupo de aseguradores, **sino directamente a la oficina o asociación pertinente**, según el caso, e indirectamente a todos sus aseguradores afiliados o miembros.

En este sistema, por su parte, se enrolan naciones como:

Inglaterra,

Irlanda,

Suiza

Bélgica

Holanda, y

Francia, con matices.

C. DEFENSORÍAS ESTABLECIDAS CONJUNTAMENTE POR *VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y DEL SECTOR EMPRESARIAL (MIXTAS)*.

Por **último**, existe un importante grupo de defensorías surgidas por iniciativa originaria de la ley, consistente en la creación de **“institutos” u “organismos”, de reclamaciones**, cuya cabeza es una persona especializada, apellidada “ombudsman”, quien es elegido en representación tanto de asegurados, como de aseguradores, aun cuando gobernado por reglas propias y **con arreglo a un esquema de gestión privada**.

Dichos organismos tienen una naturaleza especial: **“semipúblicos” o “semiprivados”**, se prefiere, los que existen en:

Dinamarca,

Noruega, y en

Finlandia.

Sus **miembros** son nombrados por el **sector gubernamental** y por el **sector privado**.

6. PROYECCION INTERNACIONAL: GENERALIDADES

Aun cuando podríamos efectuar un examen individual de la defensoria en cada uno de los precitados países, por su relevancia y conexión con la figura en el ámbito nacional, **quisiéramos aludir, muy tangencialmente, a España**, en obsequio a la brevedad.

6.1. ESPAÑA

6.1.2. GENERALIDADES

En España, en la década de los ochenta, **gracias** a la iniciativa visionaria de una persona cercana a los afectos de muchos latinoamericanos, don **Ignacio de Larramendi**, hacedor del ejemplar grupo Mapfre, de tanta importancia y resonancia mundial, surge la figura del defensor del asegurado.

Y surge, concreta y oficialmente, en el año 1.984, dentro del marco de **Mapfre Mutualidad de Seguros**

De consiguiente, no fue ni la ley, ni tampoco la iniciativa corporativa o gremial (unespa), la que le dio carta de ciudadanía en la madre patria a esta figura.

Fue la firme y constructiva decisión de una empresa española, en particular, la que originó el nacimiento del Defensor del Asegurado, con **carácter descentralizado y puntual**, hace más de una década.

Aspecto destacado de la institución del **Defensor de Mapfre**, lo constituye el hecho de que ella **descansa en una comisión de defensa del asegurado** que, a emulación de lo acontecido en **Dinamarca e Italia**, está integrada por **tres miembros** cuyo **presidente** ostenta el título de defensor del asegurado.

6.3. HECHOS DIGNOS DE SER RESALTADOS DE LA DEFENSORIA DE MAPFRE

Tal habrá sido el prestigio, la seriedad y la madurez de la figura empresarial en mención, que en el concierto ibérico se han producido tres trascendentales hechos en torno a la institución del defensor.

1. El **primero**, consistente en la **adopción** de la misma figura por parte de otros importantes aseguradores españoles, en la actualidad aproximadamente 14 empresarios de seguros, en el común de los casos **organizada bajo un esquema unipersonal** y no colegiado como en caso de Mapfre, tal y como sucede en otras naciones, por vía de ejemplo en Francia, en donde es también unipersonal, bien cuando el mediador es colectivo, bien cuando es empresarial.

2. El **segundo**, que la defensoría del asegurado de Mapfre, no sólo se tradujo en ejemplo para sus colegas aseguradores, sino también para los banqueros, en general, toda vez que adoptaron la figura para su sector, el que hoy por hoy le ha dado un categórico impulso: **defensor del cliente bancario**, y

3. El **tercero**, relativo al disiente hecho de que **el legislador español**, consciente de las bondades derivadas de la figura para asegurados, aseguradores e, inclusive, organismos de control y vigilancia de la actividad aseguradora, la **reguló expresamente** en la nueva ley de ordenación y supervisión de seguros privados de finales de 1.995, según como podremos apreciar más en detalle ulteriormente, con el objeto de preservar su eficacia y estar a su adopción.

Por último anotemos que en desarrollo de la citada preceptiva legal, al tenor de la cual (art 63) “**entidades**” o **personas jurídicas**

pueden ser designadas como defensores del asegurado, recientemente fue creada en Madrid la primera “oficina” con dicho propósito, con sucursales en Valencia y en Barcelona, esquema este bastante singular.

7. COMPETENCIA Y FUNCIONES ASIGNADAS: PODER Y EFECTOS EMERGENTES DE SU ACTUACIÓN (FUERZA VINCULANTE).

7.1. CUESTION PREVIA

Es conveniente, por considerarlo de la mayor importancia, auscultar lo relativo a la **competencia y a las funciones asignadas al defensor del asegurado en el contexto europeo e iberoamericano**, dada la heterogeneidad reinante en materia de sistemas de defensoría.

7.2. COMPETENCIA: NATURALEZA Y FACTORES QUE LA DETERMINAN

En lo que atañe al tópico de la competencia del defensor, **primeramente hay que señalar** que ella es **rogada**, en consideración a que el mecanismo se activa una vez el asegurado hace uso de él, no pudiendo el defensor, “*motu proprio*”, iniciar de oficio su actuación esencial.

A diferencia de lo que acontece tratándose de los “**ombudsman**” **generales** y algunos de los sectoriales, **los que sí están legitimados**, por regla general, **para actuar oficiosamente**.

En **lugar** la competencia del defensor suele estar determinada por dos factores fundamentales, así:

- A) **El referente a la cuantía del asunto sometido**, en cuanto al factor “*ratione materiae*”, es factible encontrar **defensores autorizados para conocer** acerca de las peticiones relativas a **cualquier relacionado directamente con el objeto social del**

“asegurado”, más específicamente con su gestión empresarial de índole estrictamente asegurativa, **quedando por fuera todo aquello que desborde este marco de referencia**, por ejemplo: las controversias de naturaleza exclusivamente laboral y de las diferencias surgidas con los accionistas de la entidad

De lo anterior se sigue que la **generalidad de los ramos que explota el asegurador constituirán el universo de su actuación**, según acontece, sólo con los ‘ombudsman’ ingles y belga.

En **Bélgica**, por vía de ilustración, el **espectro de la actuación del “ombudsman” es amplio**: automóviles, incendio, responsabilidad civil, vida, salud, robo, protección médica, accidentes individuales, accidentes de trabajo, etc.

Del mismo modo, es común hallar defensores que por expresa previsión de tipo reglamentario, tienen delimitada su competencia o, si se prefiere, su campo de actuación a tratándose de algunos defensores del asegurado en España, Italia y Colombia.

En el caso de la defensoría del asegurado establecida por el grupo colombiano de las aseguradoras suramericanas, existe una clara declaración alrededor de la competencia del defensor, concebida desde una perspectiva funcional: la materia asignada. Así, el artículo 6 de su reglamento, dispone que “la intervención del defensor del asegurado en las compañías aseguradoras adherentes a este reglamento - queda sujeta a los siguientes ramos: a) automóviles No opera para el amparo de responsabilidad civil. B) salud. C) multiriesgo familiar (integral del hogar, habitat seguro). y D) vida.

B) En cuanto al segundo factor de los anunciados, nos referimos al vinculado a la garantía fijada para determinar la competencia del defensor, existen diferentes valores, dependiendo del sistema, aun cuando en todos se cobija es al asegurado común y corriente.

En promedio, una suma cercana a los cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$100.000.00), es el monto tomado

como límite para la actuación del defensor del asegurado en los diferentes países.

En Inglaterra, dadas las características de su mercado, se ha establecido una suma inicial de **cien mil libras esterlinas**, mayor que la indicada a modo de promedio.

En España, tanto el defensor de mutua Pelayo, como del grupo Mapfre, tienen competencia asignada hasta la suma de diez millones de pesetas, aproximadamente **ochenta o noventa mil dólares**.

En Colombia, para no extendernos en esta ejemplificación, el defensor del asegurado de las aseguradoras suramericana sólo puede conocer asuntos que no superen los **quinientos salarios mínimos mensuales** (500), esto es una cantidad también próxima a los ochenta mil dólares.

7.3. PODER Y EFECTOS EMERGENTES DE SU ACTUACION

Este asunto tampoco ofrece un tratamiento uniforme en el concierto internacional. De ahí que, con arreglo a los sistemas ya esbozados, claramente se evidencia la existencia nítida de **dos acentuadas tendencias**:

La primera tendencia, encaminada a dotar al defensor de “auctoritas”, pero no de “imperium”, motivo por el cual en este esquema el defensor tiene la facultad de evaluar la petición formulada por el asegurado, así como de emitir una opinión, una recomendación o una sugerencia, **sin que resulten vinculantes u obligatorias para el asegurador**.

Empero, la carencia de efectos vinculantes de la actuación del defensor, no significa que sus juicios **no estén revestidos de gran autoridad**, circunstancia que, en la praxis, conduce a que comúnmente sean acatados por el asegurador-empresario. Así sucede tratándose de:

Bélgica,

Suiza,

Holanda,

Suecia,

Dinamarca,

Finlandia, y

Francia - en la generalidad de casos-.

Y la segunda tendencia, enderezada a revestir al defensor del asegurado, no sólo de “auctoritas” sino de “imperim”, de suerte que su actuación, invariablemente, devendrá obligatoria o vinculante, por lo menos para el asegurador. Así acontece, por vía de referencia en:

Inglaterra,

España,

Italia,

Colombia.

8. DESTINATARIOS NATURALES: TIPOLOGÍA DEL CONSUMIDOR USUARIO DE LA DEFENSORÍA

Una de las **notas más salientes** de la institución de la defensoría del asegurado a nivel internacional, **finca en la específica tipología del consumidor usuario de la misma:** el consumidor corriente por oposición al consumidor calificado.

Sólo los asegurados más necesitados de tutela efectiva, son sus destinatarios naturales, **por oposición a los asegurados que, por**

su capacidad económica, así como por su infraestructura operativa, **no requieren la atención, tutela y cooperación gubernamental**, por lo menos con la misma intensidad.

En consecuencia, de conformidad con una socorrida división prohibida por la doctrina y por la **legislación**, en general, se tiene establecido que **el defensor es para aquellos riesgos de masa o simples, por oposición a los grandes riesgos o riesgos industriales**, en los cuales otras alternativas de solución de conflictos se tornan mas atractivas y recomendables, - por ejemplo el arbitraje.

9. CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES: VISION DE CONJUNTO

Como rasgos, notas o **características fundamentales** de esta institución podemos sintéticamente enunciar los siguientes, sin perjuicio de la existencia de otras mas que omitimos en aras de la brevedad:

- A) **La independencia del defensor del asegurado**, no sólo por cuanto es una **persona u órgano completamente externo a la organización**, sino también en consideración a que actúa con total autonomía y, claro está, con absoluta prescindencia de la opinión o parecer de sus cuadros directivos, de los que no depende en modo alguno.

No los liga, en efecto, relación laboral. Ni vínculo que avale la **subordinación o dependencia** funcional o jurídica. Ni tampoco son asalariados de la empresa.

Son **profesionales**, designados sí por el asegurador o por un conjunto de aseguradores, **pero por definición independientes**, intelectual y operativamente.

El hecho de que el asegurador sea quien remunere, para nada desdibuja la acentuada independencia de la defensoría del asegurado, bien unipersonal o colegiada, así. "primaefacie" pareciera

lo contrario, como quiera que lo que realmente la asegura es la idoneidad, el conocimiento, la **experiencia**, la **reputación** y la **honorabilidad del defensor**, prendas de garantía suficientes para ambas partes.

Nadie más interesado en hacer gala de su independencia que los propios defensores y claro los propios aseguradores.

- B) **La imparcialidad del defensor**, en atención a que no depende, en modo alguno, de la administración o de los directivos del asegurador, según ya se precisó.

Otro tanto puede decirse de su clara **autonomía**, puesto que es soberano para decidir la controversia, obviamente dentro del marco de su competencia

- C) **La gratuidad - real y no nominal- que su labor supone para el asegurado**, en consideración a que el asegurador es quien remunera al defensor, todo ello con el confesado propósito de facilitar, al **máximo**, su libre acceso.

He allí, anticipadamente, una de las más representativas bondades de la figura objeto de análisis, pues no es difícil colegir que **el cobro del servicio para el asegurado**, sin duda se **constituiría en obstáculo** objetivo que frenaría su expansión.

En Dinamarca, empero, el asegurado debe pagar una suma simbólica, equivalente a sesenta dólares, aproximadamente, a la junta competente examina la decisión abijada por el asegurador.

- D) **La idoneidad de las personas que desempeñan el cargo de Defensor del Asegurado**, en la medida en que suelen ser profesionales de reconocida trayectoria en el ámbito jurídico-científico en general y con cierta frecuencia en la disciplina asegurativa.

Tanto es así que, **a menudo, los defensores suelen ser Ex-directores generales de las oficinas de control y vigilancia de la**

actividad aseguradora. Ex-magistrados de las altas corporaciones judiciales (Cortes), o encumbrados profesores universitarios.

El Artículo 2º del reglamento de la comisión de defensa del asegurado de Mapfre, claramente se ocupa de reglar este tema. Y lo hace en los siguientes términos: “la comisión estará formada por tres personas cuya designación corresponde al consejo de la mutualidad y recaerá necesariamente en miembros excedentes o jubilados de las carreras judicial o **fiscal**, - en catedráticos de facultad de derecho o en juristas de reconocido prestigio .

El artículo 1º del reglamento del Defensor del Asegurado de las aseguradoras suramericana, igualmente aborda, en forma explícita lo relacionado con las calidades o con el perfil del defensor, a cuyo tenor: “ ... Para acceder al cargo se requiere ser ciudadano colombiano, abogado y tratarse de personas que por su amplio prestigio, trayectoria, experiencia y reconocida honorabilidad y competencia en el ejercicio de actividades profesionales, emitan un concepto objetivo y fundamentado, en relación con los asuntos sometidos a su estudio”. Esta es una saliente característica, precisamente por cuanto el futuro de la institución, en gran parte, descansa sobre el factor personal.

- E) Su condición de eficiente mecanismo de solución extrajudicial de controversias**, enderezado a facilitar que las partes, en un escenario diverso al asignado a la justicia estática puedan zanjar sus diferencias a través de un procedimiento no “**contencioso**”, en donde no impere la **pugnacidad**, la **polarización** o la **radicalización de las posiciones**.

Muy por el **contrario**, donde reine la concordia, así no exista inicialmente acuerdo entre las partes

- F) El carácter absolutamente facultativo del mecanismo respecto del asegurado**, toda vez que la decisión de acudir a la defensoría respectiva, sólo a aquel pertenece o concierne.

La entidad aseguradora, en consecuencia, **no puede adoptar tal determinación**. Se trata de libre ejercicio de un derecho que al asegurado le concede el propio empresario.

G) La ampliación del espectro de la tutela de los derechos del asegurado, otra de las notas más rutilantes de esta institución, pues no es un secreto que un gran número de consumidores insatisfechos, no reclaman o acuden a la justicia ordinaria o estática, así les asista la razón - o por lo menos lo crean.

El motivo de la precitada inhibición: la desconfianza justificada o injustificada - en la administración. **Y en la mayoría de ocasiones la falta de recursos** para que sus derechos le sean tutelados

Es así entonces como mediante la adopción de la defensoría del asegurado se cubre una importante franja de consumidores que en el pasado estaba huérfana de tutela, pues se garantiza el acceso a un segmento poblacional definido, ayuno de efectiva protección.

H) El carácter subsidiario de la figura, habida cuenta de que es necesario que previamente el asegurado o beneficiario, hayan agotado las instancias competentes al interior de la propia organización del asegurador, de suerte que el defensor, en principio, no podrá conocer de la controversia hasta tanto la entidad no haya adoptado una concreta determinación.

Con todo, para evitar dilaciones o, incluso, abusos es conveniente fijar un plazo breve de respuesta para el empresario, al término del cual el asegurado, en caso de que la entidad raya omitido pronunciarse sobre su petición, podrá acudir directamente al defensor.

- 1) El carácter vinculante que la decisión del defensor reviste para el asegurador es sin duda alguna uno de los rasgos más notables de la figura, como quiera que lo que se pretende con su prohijamiento es dotar de plenas facultades a un tercero para que emita una opinión alrededor de una controversia, la cual deviene vinculante para el asegurador, bien de 'jure', bien de 'facto'.

De "facto", en aquellos sistemas en donde la institución ha sido concebida sin fuerza obligatoria para la entidad (v.gr: tratándose del "ombudsman" belga y algunos mediadores franceses) y

de “jure” (v.gr: respecto del defensor del asegurado ingles, español, italiano y colombiano, todos provistos expresamente de “imperium”).

- J) la ausencia de efectos vinculantes de la opinión del defensor en relación con los intereses del asegurado, por cuanto a diferencia de lo sucedido con el asegurador, conforme se observó anteriormente, la intervención del defensor no lo vincula.

Por tanto, su dictamen, **si le es desfavorable**, en ningún caso lo comprometerá, ni tampoco menguará sus derechos que, en tal virtud, conservará, incólumes, **ya que podrá acudir a la justicia ordinaria**, en orden a solicitar un pronunciamiento judicial.

- K) La informalidad del trámite adelantado o surtido ante el defensor**, signo revelador de la **figura**, en la medida en que lo que se pretende con su adopción, **es no reproducir la ritualidad del proceso judicial**, mejor aún combatirla.

Muy por el contrario, lo que se desea es brindarle a las partes la posibilidad de ventilar sus diferencias **con total informalidad y con sujeción a reglas absolutamente simples**.

Por lo tanto, no es necesario emplear fórmulas o técnicas particulares, ni menos aún contratar los servicios de un **abogado o especialista en seguros**.

- L) la **opinión o concepto emitido por el defensor, de ordinario es redactado en un lenguaje directo, llano y conciso**, sin sujeción a proluas consideraciones, tan comunes en nuestro sistema judicial.

Tampoco con arreglo, por importante que sea, a refinada **doctrina científica y a encumbrada jurisprudencia**.

Lo anterior explica que la redacción del referido documento, se torne **breve y elemental**. De **ordinario**, consignada en dos o tres folios.

Por expresa referencia incorporada en el **reglamento de suramericana de seguros**, la extensión máxima del concepto será de **dos paginas**.

M) La celeridad del procedimiento interno respectivo, en consideración a que el defensor del asegurado cuenta con precisos y delimitados términos para el estudio de las solicitudes formuladas por los asegurados pertinentes.

En promedio, cuenta con un **término de dos meses** para pronunciarse de fondo, lapso este que, contrastado con la duración de un proceso judicial, en veces decenal, **realmente es exiguo**, motivante y, sobre todo, esperanzador.

N) La confidencialidad de las opiniones emanadas del defensor del asegurado, en atención a que el procedimiento que adelanta es **absolutamente privado**, como privada, del mismo modo, es por naturaleza la institución en referencia.

En desarrollo de la mencionada confidencialidad, se tiene establecido, en la generalidad de los sistemas internacionales, que la **información** que se obtiene de manos del defensor, **posee carácter reservado**

O) El fundamento de las decisiones del defensor, por cuanto en un **apreciable número de sistemas**, ellas **descansan en la equidad**, antes que en estricto derecho, circunstancia que indudablemente hace más laxo y reflexivo el examen de la controversia.

Así sucede expresamente con las decisiones adoptadas por los "ombudsman": **inglés, sueco y belga**. También con los mediadores **franceses** de la uap y de gema. Lo propio acontece con los **defensores del asegurado españoles de mutua Pelayo** y

Mapfre, en donde la equidad debe - o puede validamente - ser invocada para efectos de sustentar la resolución correspondiente.

Sin embargo, existen defensorías que, por imperativo de sus reglamentos, deben emitir sus opiniones **con sujeción a estricto y derecho**, (v.gr: en Colombia - defensoría de suramericana de seguros.

P) La competencia reglada del defensor, en razón de que su actuación tiene precisos y objetivos **tes**, ora cualitativos, ora cuantitativos.

Cualitativos, en la medida en -que como vimos- **no siempre puede conocer sobre la totalidad de las materias que forman parte del objeto social** del asegurador, concretamente de todos los ramos - sino de algunos de ellos, en especial los cobijados bajo la expresión riesgos "simples", "comunes" o de "masa".

Cuantitativos, toda vez que expresamente se le fija al defensor un **techo monetario**, mas allá del cual carece de competencia para desatar válidamente la controversia, en el común de los casos una suma de dinero cercana a los US 100.000.00 **dólares**.

Q) La interrupción de los términos de prescripción sólo con el objeto de preservar inalterados los derechos del asegurado-beneficiario, a fin de que mientras se agota el procedimiento respectivo ante el defensor **no corra la prescripción**.

Así sucede en Francia, Holanda y Bélgica.

No así en Colombia, por vía de ejemplo, en donde la **interrupción** de la prescripción esta reglada y condicionada.

Interrupción Civil: notificación del auto admisorio de la demanda judicial. Y natural reconocimiento de la deuda.

La específica tipología o clase de destinatarios de la **figura**, habida cuenta de que son los asegurados "corrientes" o "comunes" los **usufructuarios de sus beneficios**.

No **todos los asegurados**, en consecuencia, tienen acceso al mecanismo, pues como se ha dicho su finalidad

Por oposición a los consumidores calificados: “grandes riesgos” o “riesgos industriales” o “especiales”.

De ahí la importancia de combinar la defensoría, con otros mecanismos, tales como el arbitraje:

DEFENSORIA: PRIMERA CAPA

ARBITRAJE: SEGUNDA CAPA

10. VENTAJAS DERIVADAS DE SU ADOPCIÓN

Múltiples, ciertamente, son las ventajas o las bondades que fluyen de la defensoría del asegurado.

No obstante, con miras a enunciar ordenadamente las sus representativas, a continuación nos referiremos a ellas, **con arreglo a cuatro descriptores específicos**, en prueba de su alcance bienhechor:

- A) Para el asegurado**
- B) Para el asegurador**
- C) Para los organismos de control y vigilancia de la actividad aseguradora, y**
- D) Para la administración de justicia**

10.1. PARA EL ASEGURADO

Fundamental beneficiado, como quiera que asegura el examen extrajudicial y externo de la decisión tomada por el

asegurador, circunstancia que apareja, correlativamente, **ostensibles beneficios**, tales como:

- a) **La gratuidad, la celeridad e informalidad del trámite que se surte ante el defensor del asegurado.**
- b) **La objetividad e imparcialidad de la gestión a cargo del defensor** toda vez que una persona **externa**, además que honorable y calificada, puede estar en mejores condiciones para examinar un determinado asunto.
- c) **El poder vinculante, o de derecho, derivado de su actuación**, así como la celeridad que los aseguradores le imprimen al cumplimiento de su prestación, una vez obtenido el respectivo pronunciamiento del defensor.
- d) **El empleo de un lenguaje directo, claro y sencillo del parte del defensor.**
- e) La “humanización” de las decisiones o recomendaciones **del defensor**, como consecuencia de la objetividad a él característica, al igual que de la posibilidad de apoyarse en la equidad, como ya se analizó.
- f) la preservación integral de sus derechos, pues el recurrir a la figura del defensor **no limita o menoscaba sus legítimos derechos.**

Muy por el contrario, se constituye en una confiable y calificada oportunidad de obtener que el asegurador **le reconozca sus derechos**, sin necesidad de ventilar la diferencia ante los estrados judiciales.

10.2. PARA EL ASEGURADOR

En atención a que no se puede desconocer que la incorporación de esta institución le genera infinitos frutos, entre otros:

- A) **El mejoramiento cualitativo y progresivo de su imagen, así como su ulterior preservación**, en razón de que le permite cumplir más fiel y fidedignamente con el objetivo basilar dimanante del contrato de seguro.
- B) **Un mayor acercamiento con sus asegurados, con sus necesidades y problemas**, circunstancia se compagina con su propósito cardinal de excelencia en el servicio.
- C) **La concientización de su equipo de trabajo en torno al cambio cultural y de actitud** que supone centrar sus esfuerzos empresariales en función del cliente.
- D) La consolidación de su clientela, razón de ser de su operación, - ya que por los descritos motivos, se sentirá identificada y compenetrada con el empresario, generándose lo que se denomina en el lenguaje de la moderna administración como **“fidelización de la clientela”** y norte del empresario contemporáneo.
- E) **El establecimiento o determinación de las primordiales causas de desatención o insatisfacción de su clientela**, puesto que el examen de un número apreciable de opiniones y conceptos del defensor, puede contribuir a determinar uno o varios patrones operativos o, incluso, puntos críticos, **ejercicio este que le permitirá corregir o morigerar al asegurador las fallas detectadas**, en pro de sus clientes y - claro está - de su propia organización.
- Procediendo de esta manera, es incuestionable que la **gestión futura** del empresario, alimentada con arreglo a la experiencia acumulada, **puede ser mucho más eficiente.**
- F) **El fortalecimiento de las áreas administrativa, técnica y comercial de la entidad aseguradora**, hecho que redundará en su claro beneficio, - puesto que la actuación del defensor, permitirá moderar o corregir ciertos procedimientos internos, detonantes de los errores o yerros detectados.

Desde esta perspectiva, no puede menospreciarse el efecto catalizador inherente a la institución de la defensoría, como quiera que la existencia del defensor, **supondrá una mayor atención y una más exigente diligencia en la adopción de decisiones por parte de los órganos o dependencias competentes al interior de la entidad aseguradora.**

- G) **La depuración y el ajuste funcional de los clausurados contentivos de las condiciones generales de las pólizas de seguro,** debido a las recomendaciones explícitas que, anualmente suele realizar el defensor del asegurado en su reporte general, o cuando lo estime conducente.
- H) **La racionalización de determinados gastos,** en la medida en que se dejan de realizar algunos de ellos, tales como los destinados a la **atención de los procesos judiciales o administrativos:** honorarios de abogados, salarios de funcionarios internos, etc.
- I) **El mejoramiento, según las circunstancias, de sus relaciones con los organismos de control y vigilancia de la actividad aseguradora.**

10.3. PARA LOS ORGANISMOS DE CONTROL Y VIGILANCIA

En adición a las ventajas precedentemente esbozadas, tanto para asegurados como para aseguradores, debemos incluir a los órganos de control de la actividad aseguradora:

- A) **Les permite concentrar sus esfuerzos en otros campos, ávidos de presencia y tutela gubernamental,** como es el de la solvencia financiera de las entidades sujetas a control tema prioritario de la fiscalización contemporánea.
- B) **Se estimula la autorregulación y la responsabilidad empresarial,** consigna de la generalidad de legislaciones más

modernas, conecedoras que es al empresario, **privativamente, a quien le compete gestionar y desarrollar su actividad**, en el entendido de que preserve inalterada su solvencia.

‘Dame responsabilidad y os daré libertad, señala la celebre máxima empresarial.

10.4. PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Igualmente favorecida merced a la incorporación de la institución de la defensoría del asegurado, en atención a que en desarrollo del fenómeno de la **“desjudicialización”**, centenares de expedientes no llegarán a su conocimiento.

EL RIESGO EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Jorge Eduardo Narvaez Bonnet

SUMARIO

- I. El riesgo en el contrato de seguro
 - A. La incertidumbre
 - B. La imposibilidad
 - C. La delimitación del riesgo
 - D. El estado del riesgo
- II. Naturaleza jurídica del reaseguro
- III. Elementos del contrato de reaseguro
 - A. El riesgo reasegurable
 - B. Interdependencia entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado
 - C. Desnaturalización del contrato o mayor interdependencia?
 - D. El siniestro en el contrato de reaseguro
 - E. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de reaseguro
- IV. Convergencia entre las actividades financiera y aseguradora
 - A. El riesgo y el desarrollo tecnológico
 - B. Complementariedad de las actividades financiera y aseguradora
 - C. Administración de riesgos y financiación del riesgo
 - D. Los sistemas alternativos de transferencia de riesgos
 - 1. Los reaseguros de riesgo finito
 - 2. Coberturas prospectivas y retrospectivas
 - 3. Compañías cautivas
 - 4. Titarización de coberturas catastróficas

V. Hacia una nueva concepción técnico-jurídica del riesgo reasegurable

I - EL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO

Es propio de la naturaleza humana el miedo o la aversión al peligro, a las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de cualquier actividad, porque en toda actividad existen peligros actuales o potenciales que pueden lesionar su integridad o menoscabar o destruir los elementos materiales y aún los inmateriales de que sirve para desarrollarla causarle serio detrimento patrimonial. El riesgo se identifica con la posibilidad de una desviación adversa respecto de un resultado deseado¹ Y si de éste se deriva una contingencia de ganancia o de pérdida se habla de un riesgo especulativo, al paso que si la contingencia es exclusivamente de pérdida, se trata de un riesgo puro y es esta modalidad la que es materia propia del contrato de seguro.

Las acepciones de la palabra riesgo según el diccionario de la Real Academia de la Lengua consisten en: Contingencia o proximidad de un daño. 2. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”.²

Dada la interdependencia existente entre el riesgo del contrato de seguro y el riesgo reasegurado, es preciso analizar las características y la extensión propia de aquel y la manera como se proyecta dentro del contrato de reaseguro.

Pues bien, el riesgo como elemento propio del contrato de seguro, puede definirse como un hecho futuro e incierto del cual se derivan consecuencias adversas para el asegurado y de cuyo acaecimiento pende la obligación de indemnizar radicada en cabeza del asegurador. Claro que es preciso hacer la salvedad de que en el

1. VAUGHAN, Emmet J y VAUGHAN, Therese M Fundamentals of risk and insurance, Seventh edition, John Wiley & Sons Inc., U.S.A., 1.996, pág 5.

2 “Diccionario de la lengua española”, vigésima edición, Tomo II, Madrid, 1.984, pág 1190.

léxico de la actividad aseguradora suele utilizarse con diversas connotaciones como la del evento dañoso, o el bien amparado, y en no pocas veces se le identifica con la persona del asegurado. Pero el artículo 1054 del Código de comercio lo define como...el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador". De esta noción descriptiva se infieren estas notas distintivas: la incertidumbre y la imposibilidad.

A. La Incertidumbre

Para que pueda hablarse de riesgo en el contrato de seguro es menester que se trate de una eventualidad susceptible de acaecer con posterioridad a la celebración de aquel y que, por ese mismo hecho, exista incertidumbre sobre la época de su surgimiento.

La dilucidación del concepto de incertidumbre implica formular algunas precisiones acerca de la verdad, la certeza y la evidencia. En verdad los especialistas en Derecho Probatorio se han valido de la epistemología o de la llamada teoría del conocimiento, procedimiento que como mecanismo de interpretación, encuentra fundamentos en los artículos 29 del código civil y 823 del código de comercio.

Afirman que la verdad corresponde a la conformidad entre la aprehensión mental del sujeto y la realidad, mientras que la certeza es un estado subjetivo como quiera que corresponde a la creencia o al convencimiento del sujeto cognoscente respecto de la verdad de lo conocido. Es así como la verdad es de carácter eminentemente objetivo pues hace referencia única y exclusivamente a la situación fáctica, mientras en la certeza media la valoración del sujeto. De ahí se ha inferido que la certeza puede provenir del error, entendiendo por tal el asentimiento a algo objetivamente falso pero que el sujeto reputa como verdadero. En otros términos, la disconformidad entre la aprehensión del sujeto y la realidad surge de endilgar al objeto materia del conocimiento atributos que no tiene, o de que éste ostenta otras características. El concepto que enlaza la verdad y la certeza es la evidencia o comprobación, la verificación del acto mismo de

conocer. De manera que la certidumbre o la certeza es siempre un estado del espíritu, un estado del sujeto y, por eso mismo, valga la redundancia, de carácter eminentemente subjetivo. La verdad y la evidencia, por el contrario, atienden a las propiedades que en realidad exhibe el objeto y por eso se afirma que son puramente objetivas.

De otra parte, la ignorancia es la falta de conocimiento, al paso que el error es un juicio falso sobre ese conocimiento. Sin embargo, el profesor de la Universidad de Chile Avelino LEON HURTADO acertadamente sostiene: "El error y la ignorancia tienen el mismo valor para el derecho, y aún en el hecho se confunden a veces. El error supone un juicio o concepto falso. La ignorancia implica solo el desconocimiento de la realidad, pero como este desconocimiento puede llevar a una suposición o concepto equivocado, decimos que en el hecho se pueden confundir".³ Este aserto se comprueba con el tratamiento que el legislador otorga al error sobre un aspecto de Derecho, el cual no vicia el consentimiento (art. 1509 de Código Civil), y el conferido a la ignorancia, pues no permite aducirla como causal justificativa o exculpatoria. En esencia reciben un tratamiento jurídico idéntico aunque epistemológicamente entrañen conceptos diversos.

En el Derecho de Seguros, desde hace varias centurias se han contrapuesto los conceptos de incertidumbre objetiva y de incertidumbre subjetiva como un medio para delimitar la noción de riesgo. En ese orden de ideas, se ha dicho que la incertidumbre objetiva se relaciona con la posibilidad de realización de un acontecimiento futuro pero se desconoce la época en que esto pueda suceder, al paso que se trata de una incertidumbre subjetiva cuando a pesar de existir objetivamente el hecho, por haberse presentado u ocurrido el evento en cuestión, ambos contratantes lo ignoran. En este último caso el hecho existe física y ontológicamente pero los extremos de la relación jurídica lo desconocen.

El riesgo debe existir objetivamente al momento de celebrarse el contrato y durante la vigencia íntegra del mismo, por

3. "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pág 151.

tratarse de un elemento esencial, so pena de inexistencia (art.898 C. de Co); y la incertidumbre, como uno de sus elementos característicos, hace referencia a la realización del riesgo asegurado o a la época en que pueda suceder.

El jurista español Rodrigo URÍA GONZÁLEZ formula los siguientes comentarios aplicables en toda su extensión al esquema normativo de Colombia, antes de las modificaciones introducidas por los decretos 663 de 1.993 y por la Ley 389 de 1.997: “En vía de principio la naturaleza misma del contrato requiere que se cubran riesgos **reales**, con existencia efectiva en el momento de la conclusión del contrato. El seguro pierde su carácter y desaparece su finalidad si en el momento en que se concluye es materialmente imposible que los intereses asegurados se hallen expuestos a los riesgos cubiertos sea porque las cosas objeto del interés hayan perecido, sea porque estén totalmente al abrigo de los siniestros.”⁴

“Este principio de la realidad del riesgo rige en todo su vigor en nuestro derecho en el campo del seguro terrestre, donde la ley requiere, refiriéndose al seguro contra incendios, que el objeto“ pueda ser destruido o deteriorado por el fuego”, e impone al asegurado la obligación de justificar el daño sufrido “probando la **preexistencia** de los objetos asegurados antes del incendio”.

“Pero en cambio, en el campo del seguro marítimo el principio quiebra. **La ley, sin duda para proteger la buena fe de las partes, admite la validez del seguro contra riesgos puramente ficticios, recurriendo al procedimiento de suponer la existencia del riesgo siempre que las partes contratantes ignoren el hecho de su inexistencia real**”.⁵

La práctica de asegurar mercaderías sobre la base de la incertidumbre subjetiva o riesgo putativo (art.1706 c. de Co.) con carácter de excepción (art.1054), ha permitido al despachador o al destinatario, ignorante de la suerte corrida por ésta, obtener la protección de una póliza de seguro.

4. “El seguro marítimo”, Editorial Bosch, Barcelona, 1.940, pág 101.

5. “El seguro marítimo”, Editorial Bosch, Barcelona, 1.940, pág 101.

Desde luego, el tratamiento legislativo en los diversos países no ha sido uniforme. Luis BENITEZ DE LUGO⁶ anota que en la legislación belga (artículo 28 de la ley de 1874) y la francesa (artículo 39 de la ley de 1930) admiten el riesgo putativo en los seguros marítimos y lo excluyen absolutamente en los terrestres. El código civil italiano es más radical, pues no lo permite bajo ningún tipo de póliza; al paso que la legislación suiza le da cabida bajo el seguro de transportes y el seguro contra incendio, siempre que verse, en este último caso sobre bienes localizados en el extranjero. Y en relación con la incertidumbre subjetiva como base del riesgo, ese autor afirma: "Este tipo de seguros retroactivos puede ofrecerse en la práctica en los seguros de transportes, especialmente marítimos, en los que puede concentrarse (sic) el seguro con la mercancía ya en viaje, en cuyo supuesto sería admisible la contratación del seguro con la salvedad respecto al posible conocimiento del siniestro por el asegurado, por subsistir el elemento básico del riesgo cual es su incertidumbre. Si lo conociese el asegurador y no obstante se firmase la póliza, el seguro sería válido si el siniestro fuese ignorado por ambas partes. De ahí su nombre de "putativo" por existir el riesgo (en cuanto al pasado) sólo en la mente de las partes".⁷

En cuanto al surgimiento y finalidad de esta modalidad de amparo, William D. Winter⁸ sostiene que apareció hacia 1613 y en virtud del incipiente desarrollo de las comunicaciones, permitía al comprador de las mercancías asegurarlas una vez recibiera el respectivo aviso de despacho, aunque para ese momento la nave ya se hubiese siniestrado siempre que dicha circunstancia fuera ignorada por asegurado y asegurador, es decir, sobre la base de una estrictísima buena fe. Esta práctica también permitía que si se habían recibido rumores acerca de la pérdida de la nave, el amparo se otorgara en el entendimiento de que aquellas se encontraban en buenas condiciones en una fecha determinada y, por ende, para que el asegurado pudiera hacer exigible al asegurador su obligación de indemnizar debía

6. "Tratado de Seguros", volumen I, Instituto Editorial Reus, Madrid 1.955, pág 285.

7. BENITEZ DE LUGO, Luis, ob. Cit., pág 284.

8 "Marine Insurance- Its principles and practice", Mc Graw Hill Book Company Inc, New York, 1952, pág 153.

acreditar que en esa fecha aún no habían ocurrido daños o la pérdida del cargamento.

En los precedentes legislativos del artículo 1706 del Código de Comercio, o sea el 1948 del Proyecto de 1958, del cual es copia fiel y textual, se encuentra la explicación de los comisionados de entonces en estas frases: "Contra el principio establecido en el artículo 877⁹ del Proyecto se consagra en el 948¹⁰ la validez del seguro sobre el riesgo putativo, que tradicionalmente ha sido aceptado en el campo del seguro marítimo. O sea que el seguro puede ser válido aunque objetivamente no haya existido riesgo, bien porque ya se hubiere producido la pérdida o bien porque la expedición hubiera culminado venturosamente. El riesgo existía únicamente en la conciencia de los contratantes. Por supuesto que es esta una modalidad de seguro que, con los modernos sistemas de comunicación, ha perdido su importancia práctica. Excepcionalmente puede tener uso, por lo cual se le dejan las puertas abiertas. Como es natural, si ni siquiera existe el riesgo subjetivo en el momento de celebrarse el contrato, este es nulo. Y de ahí también las sanciones previstas en el inciso 2º del artículo 1948".¹¹ Se trata, pues, de una norma de carácter especial, y por lo mismo, de aplicación restrictiva (Código Civil, art.31).

En Colombia, en la última década, mediante el decreto 663 de 1.993 contentivo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se permitió amparar respecto de la actividad financiera los hechos pretéritos;¹² Permision que mediante la ley 389 de 1.997 se hizo

9. El artículo 877 del proyecto de Código de Comercio de 1.958 decía: "Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, ni de la del asegurador, y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por tanto, extraños al contrato de seguro".

"Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento".

10. Debía decir 1948.

11. Proyecto de Código de Comercio, Ministerio de Justicia, Tomo II, 1958, pág 554.

12. Artículo 185 D 663/93 "...3. Riesgos de la actividad financiera. En los seguros

extensiva a los Seguros de manejo y riesgos financieros y al de responsabilidad y se faculto al Gobierno para extender esta posibilidad a otros ramos de seguros.¹³

De manera que en el Derecho colombiano la incertidumbre subjetiva tiene cabida en los seguros marítimos, bancarios, de manejo y riesgos financieros y de responsabilidad.

B. La imposibilidad

Es evidente que el riesgo debe revestir, entre otros caracteres, los de ser futuro e incierto. Pero no lo es menos que debe ser física y moralmente posible. Es decir, que pueda ser sometido a medición y cuantificación mediante el llamado "cálculo de probabilidades": Estos presupuestos los consagra el artículo 1518 del Código Civil con relación a las obligaciones de hacer y de no hacer. En efecto, el último inciso de dicho precepto prevé: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posibles. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

La doctrina coincide en distinguir entre la imposibilidad física absoluta u objetiva y la relativa o subjetiva. La primera se presenta con respecto a cualquier tipo de persona sin considerar sus

que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador".

13. En efecto, el artículo 4º de la Ley 389 de 1.997 dispuso que: "En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación".

"Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

"PAR.- El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten".

habilidades o capacidades; la segunda ya toma en cuenta estos factores y estima que se da en aquellos eventos en que el sujeto se compromete a cumplir una obligación que no puede ejecutar. Trasladados estos conceptos al contrato de seguro y específicamente al elemento riesgo, cabe afirmar con el respaldo de BENITEZ DE LUGO¹⁴ que existe imposibilidad absoluta cuando el evento bajo ninguna circunstancia se producirá; y hay imposibilidad relativa cuando es tan probable que el hecho o circunstancia ocurra como que no suceda. Este tipo de imposibilidad podría ser, igualmente, de carácter permanente o transitorio, y sólo en este último caso no se afectaría la validez del negocio jurídico.

De otra parte, el riesgo bajo el contrato de seguro tampoco debe contrariar disposiciones imperativas o prohibitivas, la moral, las buenas costumbres o el orden público, pues de incurrirse en una violación de tal naturaleza se invadiría el campo de la imposibilidad moral.

El legislador, además de prever una definición de riesgo en la regulación del contrato de seguro, señaló algunos hechos o circunstancias que se reputan como inasegurables. Según el artículo 1055 del Código de Comercio, son: los hechos ciertos, con excepción de la muerte; los físicamente imposibles; la incertidumbre subjetiva, con la salvedad del seguro marítimo. Y en el artículo 1056 *ibidem* se incluyen también el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, así como las sanciones de carácter penal o policivo que puedan llegar a imponerse al asegurado. Se trata, en consecuencia, de circunstancias que se colocan fuera del alcance de la iniciativa privada y, por lo mismo, no pueden ser objeto de la protección otorgada por el asegurador bajo la respectiva cobertura.

C. La delimitación del riesgo

Con las restricciones que le imponen los fundamentos técnicos del seguro y de aquellas provenientes de la ley, al asegurador

14. Op. cit, pág 284.

le es dable asumir, total o parcialmente, los peligros o eventualidades a que pueda estar expuesto el bien, el interés, el patrimonio o la persona del asegurado. Y enseña el profesor español LUIS BENITEZ DE LUGO: "Además de los requisitos jurídicos y legales del riesgo, existen otros de tipo técnico, puesto que no es suficiente que el riesgo sea jurídicamente asegurable, sino que es necesario, además, lo sea también técnicamente. Para que un riesgo pueda ser objeto de seguro es necesario que presente determinados caracteres técnicos que permitan valorarlo y apreciarlo y haga posible su aceptación por parte del asegurador". Y con respaldo en HENARD, agrega: "... un riesgo será técnicamente asegurable si ofrece ciertos caracteres desde los puntos de vista siguientes:

- 1° Su determinación;
- 2° Su frecuencia;
- 3° Su dispersión;
- 4° Su Intensidad.

En efecto, la necesidad en el asegurador de delimitar los riesgos es manifiesta por ser el modo de evaluar en función de aquellos, siendo preciso, por lo tanto, que el riesgo sea determinado o determinable. Puntualizar su frecuencia es igualmente preciso, al igual que su intensidad, que nunca debe ser grande, pues tales factores integran las estadísticas, base fundamental para la tarificación de las primas. Igualmente su dispersión, o sea que el siniestro no debe afectar al mismo tiempo, a un gran número de personas o cosas que haría quebrar todo cálculo de probabilidades.¹⁵

D. El estado del riesgo

Hace relación a las condiciones y circunstancias que determinan la probabilidad de realización del riesgo o de los riesgos a que se encuentran expuestos la persona, el patrimonio o el bien asegurado. Es sin duda uno de los factores que constituye móvil o motivo determinante en la etapa preliminar a la conclusión del contrato y durante toda la vida de éste y a esto obedece que la ley

15. "Tratado de seguros", ob. Cit., págs 291 y 292

imponga al tomador del seguro, el deber de declarar sincera y verazmente los hechos y circunstancias que puedan incidir en el juicio del asegurador, en su apreciación sobre los elementos constitutivos del riesgo.

Las hipótesis contempladas en la ley en relación con la carga del asegurado de declarar el estado del riesgo, distingue si esas manifestaciones se cumplen, con sujeción o no, a un formulario de solicitud.

Ahora bien, se habla de reticencia cuando el tomador omite poner de presente ante el asegurador una circunstancia que conoce, ya sea objetiva (relacionada con la probabilidad o la azarosidad de los riesgos de los riesgos a asumirse, en virtud de las condiciones o características de los bienes materia de la protección) o subjetiva (si toca con la persona del mismo asegurado como acontecería con la cancelación del amparo por otra aseguradora o la renuencia a asumir, prorrogar o renovar una póliza previa y contentiva de los mismos riesgos que se pretende cubrir). Nótese que se hace referencia a modalidades de reticencia y no a clases de incertidumbre, respecto de las cuales se formularon las precisiones del caso en su oportunidad.

La inexactitud se predica cuando existe disconformidad entre la representación que se hace al asegurador y la realidad. Al respecto Rodrigo URÍA GONZALEZ comentando la legislación española, manifiesta: "Para que haya una declaración inexacta basta que lo manifestado no esté de acuerdo con la realidad. No importa que el asegurado haya obrado de buena fe. El Código lo declara así expresamente, y la tesis está perfectamente fundada, pues la buena fe no evita que el asegurador pueda apreciar equivocadamente el riesgo. Se han invocado razones de equidad para justificar una excepción a favor de aquel asegurado que efectúa una declaración inexacta sin la más ligera negligencia, a causa de su ignorancia completa y excusable de la verdad. Pero estimamos más conforme con el espíritu del precepto legal la solución que también en este caso ve en la inexactitud motivo suficiente para la anulación del seguro haciendo

responsable al asegurado de su declaración inexacta aunque su buena fe sea absoluta”;¹⁶

Cuando las declaraciones del tomador se formulen con base en un formulario de solicitud preparado por el asegurador, la reticencia o la inexactitud son penalizadas con la nulidad relativa siempre que dichos hechos o circunstancias hubieran retraído al asegurador del otorgamiento del amparo o lo hubieran llevado a estipular condiciones más gravosas (Código de Comercio, art. 1058, inc.1°).

El diverso grado de sanciones se explica por el hecho de mediar un formulario de solicitud que el asegurador dirige, encauza sus inquietudes a aspectos relevantes dentro del proceso de análisis de los riesgos. Por eso es dable reputarlos como factores que el asegurador estima prudente evaluar; y finiquitado su examen, puede optar por restringir la protección ofrecida mediante la exclusión de ciertos o determinados riesgos, o imponer al tomador o asegurado conductas que habrá de observar para obtener los beneficios del amparo, es decir, insertando cláusulas de garantía, o incrementando la cuantía de franquicias, deducibles o de los mal llamados coaseguros, etc. **Y cuando no se solicita al tomador el diligenciamiento de un formulario**, se deja a su leal saber y entender la manifestación de aquellos aspectos que pueda considerar trascendentes para la cabal apreciación de los riesgos por el asegurador; y es posible que incurra en omisiones o emita declaraciones incompletas que determinen error. En esta hipótesis, es necesario dilucidar si actuó descuidadamente, o si a pesar de haber obrado diligentemente indujo al asegurador a una apreciación equivocada, por razón de la diversidad de sanciones que el legislador prevé en uno y otro caso.

Ciertamente si el tomador o asegurado incurren de manera culposa o negligente en omisiones que puedan constituir **agravación objetiva**¹⁷ del riesgo vician el contrato de nulidad relativa. Pero si se

16. “El Seguro marítimo”, op. cit., pág 141.

17. La doctrina ha entendido que existe agravación objetiva del riesgo, de conformidad con el artículo 1058 del código de comercio cuando existan hechos o circunstancias que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo hubieren

producen como consecuencia de un yerro de tales personas a pesar de haber obrado de manera prudente y diligente, en aras de mantener la equidad entre los contratantes, la ley opta porque el asegurador satisfaga su obligación en una proporción igual a la "...equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo..." (Código de Comercio, art.1058, inc 3º), salvo el caso de los seguros de vida, en los cuales después de transcurridos dos años en vida del asegurado contados desde el momento de celebrarse el contrato, no puede reducirse el quantum de la indemnización por razón de error incurrido al formular la declaración de asegurabilidad (Código de Comercio, art.1160).

En síntesis, la ley sanciona la **reticencia** u omisión intencional y la inexactitud culpable. Debe resaltarse que el deber de declarar el verdadero estado del riesgo se refiere a los hechos o circunstancias que son conocidas por el tomador o asegurado o que éste ha debido conocer por encontrarse en posibilidad para hacerlo.

No bastará que el tomador o asegurado alegue ignorar la circunstancia o el hecho constitutivo de agravación objetiva del riesgo, sino que será necesario que acredite que su situación de ignorancia obedeció a buena fe exenta de culpa. De otra manera no podría entenderse la penalización de las omisiones que algunos doctrinantes califican de "inocentes" (basadas en error culpable) ni el deber que pesa sobre las partes de comportarse de buena fe exenta de culpa no sólo en los tratos o conversaciones preliminares sino también durante todo el período precontractual (Código Civil, art. 30, primer inciso y Código de Comercio, art.863).

Ahora bien, examinadas las aristas del riesgo dentro del contrato de seguro, su delimitación y lo que constituye el estado del riesgo, es preciso analizar la función que cumple el reaseguro dentro de la actividad aseguradora, su naturaleza jurídica y así identificar las particularidades que presenta el riesgo bajo dicho contrato.

retraído de celebrar el contrato o lo hubieren inducido a estipular condiciones más onerosas.

II - FUNCIÓN DEL REASEGURO

El reaseguro, como mecanismo de asunción de riesgos y de dispersión de pérdidas, se nutre y se sirve de las mismas bases estadísticas del seguro y debe también perseguir una política de diversificación en materia de suscripción de riesgos para pretender nivelar los resultados de las carteras reaseguradas.

Cuando una persona o entidad pretende proteger su vida, un bien o su patrimonio, contrata una póliza de seguro y es el asegurador, en apariencia, quien asume la responsabilidad íntegra bajo esa póliza respecto de la cuota o participación que se le haya asignado.

Sin embargo, dependiendo principalmente de las características y naturaleza del riesgo asumido, el asegurador puede optar por asumir una parte por su cuenta, que se denomina **retención** y ceder o transferir el remanente a un asegurador o a varios reaseguradores, operación que es conocida como **cesión**, si se cumple a través de los sistemas de carácter proporcional, o simplemente como **protección**, si se acude a los esquemas no proporcionales.

Es algo propio de la naturaleza aleatoria de la actividad aseguradora desconocer la fecha de ocurrencia de los siniestros y los posibles montos en ellos involucrados, en ello estriba la búsqueda de protección ante una eventual desviación de los resultados y radica el fundamento de las reservas de fluctuación o de desviación de la siniestralidad que en últimas velan por la continuidad o supervivencia de la compañías aseguradoras y reaseguradoras.

El reaseguro propende por la supervivencia y continuidad del empresario asegurador y de las entidades reaseguradoras, puesto que evita que el reasegurado se vea abocado a una situación de insolvencia por fluctuaciones o variaciones severas en la carga siniestral de un ramo o de un grupo de ramos y consecuente con ese propósito, busca que el reasegurado conserve niveles de liquidez adecuados para el desarrollo de la actividad, como también estabilizar los resultados de un año a otro, dentro de un período determinado.

El desarrollo tecnológico trae consigo riesgos que entrañan no sólo gran complejidad, sino también una mayor concentración de valores asegurados y conduce a una mayor exposición, en términos de tamaño de los riesgos y para aliviar sus efectos potenciales, es incuestionable la trascendencia que reviste el reaseguro.

De otro lado, ese mayor desarrollo tecnológico puede contribuir a un aumento en los esquemas de responsabilidad civil objetiva y ante la tendencia prevaleciente en el moderno Derecho de daños en donde a lo que se atiende es al perjuicio sufrido por la víctima y la necesidad de repararlo, esas circunstancias pueden generar mayor actividad de parte de los afectados encaminada a lograr la reparación de los perjuicios que les hubieren sido infligidos y una correlativa mayor necesidad de protección de parte de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

III - NATURALEZA JURÍDICA DEL REASEGURO

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de reaseguro, su análisis se centra en el móvil o motivo que determina su contratación por parte de una entidad aseguradora, tema que ha suscitado las más diversas tesis. Se trata de un aspecto de la mayor trascendencia habida cuenta que en el reaseguro tiene un ámbito muy amplio la autonomía negocial de las partes y por lo mismo, es usual que las normas de derecho positivo establezcan tan sólo algunos principios propios de este tipo de contrato y ante la falta de disposiciones legales, la labor de determinar su naturaleza jurídica permite identificar algunos principios que lo aproximen a otro instituto y de esa forma, dar cabida a la aplicación extensiva o analógica de la Ley que auxilie en la solución de eventuales desavenencias entre las partes.

La doctrina para ese efecto ha acudido a diversos criterios y es así como en ocasiones se detiene en el análisis de la función económica que cumple el reaseguro¹⁸ y en otras ocasiones valiéndose

18. Para quienes el reaseguro cumple una función de garantía, lo identifican con la fianza y ven en el asegurador urgencia de garantizar el pago eventual de la

del contenido de algunas estipulaciones contractuales identifica elementos propios de otras figuras jurídicas¹⁹ y no faltan quienes le niegan entidad jurídica propia al contrato de reaseguro y consideran que el contrato de reaseguro ampara el mismo riesgo del contrato de seguro subyacente y por lo tanto, lo reputan como una etapa dentro del ciclo de configuración de un contrato que consideran de formación sucesiva o en cadena y por ende, al ser una etapa dentro de tal contrato, es parte integrante de un solo contrato.

Otras posturas más moderadas se limitan a destacar la coincidencia de contenido, naturaleza y elementos que se identifica entre el contrato de seguro y el de reaseguro, evidencian que éste último es un verdadero contrato de seguro con una entidad jurídica propia y perfectamente diferenciable del contrato de seguro, habida cuenta que sus móviles, su objeto o materia de contratación es distinta y además, desde un punto de vista puramente formal, se documentan de manera separada.

Algunos más, ven una cesión de contrato con características propias como quiera que el asegurado no posee una vinculación directa con el reasegurador, sin embargo, estas apreciaciones doctrinarias pasan por alto que el asegurado no puede dirigirse contra el reasegurador para reclamar el pago de la indemnización como consecuencia del acaecimiento de un riesgo materia de amparo dentro

deuda con los beneficiarios del seguro y en el reasegurador, el instrumento de garantía de esa contingencia o pretenden vislumbrar un contrato de mandato, en donde el asegurador cumple el papel de mandatario del reasegurador, actúa en nombre propio pero por cuenta de aquel en la concertación de los amparos de seguro.

19. Las estipulaciones sobre participación de beneficios y de comunidad de suerte dan lugar a las teorías de naturaleza asociativa, vale decir, la del contrato de sociedad y la del contrato de cuentas en participación, sin embargo la comunidad de intereses que presuponen tales estipulaciones no es lo que ánima de manera exclusiva y determinante a los contratantes dentro de los tratativas que se surten para la formalización del contrato, sino una de las consecuencias que se derivan de la celebración del contrato de reaseguro, como tampoco existe un aporte un aporte que efectuen los contratantes con el ánimo de compartir las posibles resultados de la actividad propia del asegurador.

de la póliza de seguro original, porque éste último es ajeno a la relación contractual asegurativa.

Para otros es claro que la causa del contrato de reaseguro es la búsqueda de cobertura para el riesgo de nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurador y dicho pasivo tiene origen en la ocurrencia de un siniestro en un contrato de seguro que éste ha celebrado, que da lugar a la obligación de indemnizar al asegurado originario y, en consecuencia, constituye un detrimento desde el punto de vista patrimonial para el asegurador. En ese sentido, el reaseguro ampara un riesgo único y especial, la responsabilidad del asegurador en el contrato de seguro y en ese sentido es un verdadero seguro de daños, de la especie de los patrimoniales.

Si se analiza la evolución histórica del reaseguro, se aprecia que la figura surgió como consecuencia de las necesidades de capacidad y de dispersión de riesgos que fueron experimentando las aseguradoras para poder alcanzar un mayor grado de desarrollo.

Para la catedrática española María Concepción Hill- Prados: "El reaseguro es una forma o modalidad de contrato de seguro a la que le son aplicables – como hemos visto – la mayoría de los principios del seguro. Es, pues, un contrato de seguro. Ello no obstante, en ciertos aspectos la práctica del reaseguro difiere de la del seguro directo. En opinión de CARTER, profesionales del seguro, tribunales y autoridades aseguradoras están de acuerdo en que el reaseguro constituye una categoría en sí mismo". A renglón seguido puntualiza: "En efecto, que es un contrato de seguro es opinión aceptada por la doctrina de forma unánime, aunque hayan habido intentos de reducir el reaseguro a otras figuras".²⁰ Diversas apreciaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre la naturaleza asegurativa del contrato de reaseguro reseña Blanca ROMERO MATUTE en su estudio intitulado "El contrato de reaseguro: algunos aspectos de su régimen jurídico".²¹

20. Hill María Concepción. El Reaseguro. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1995, pág 55.

21. Revista Ibero-latinoamericana de seguros, Número 13, agosto de 1.999, págs 103 y ss.

Por su parte Gerathewohl ratifica que “los tratadistas sobre la materia y la práctica en Alemania y en el mundo, coinciden en que el contrato celebrado para transferir el riesgo desde un asegurador hasta el reasegurador es un contrato de seguros en el verdadero sentido de la palabra”.²²

En igual sentido el profesor Uría asevera que “el reaseguro es una modalidad de seguro que cubre el riesgo que asumen los aseguradores al estipular los contratos de seguro directo con sus clientes. Su finalidad es resarcir el daño patrimonial que experimenta el asegurador directo al producirse el evento que obliga a indemnizar a su asegurado. Es por lo tanto el reaseguro – como el seguro de responsabilidad civil – un seguro que cubre el riesgo de que nazca una deuda”.²³

En consecuencia, la doctrina mayoritaria considera que el contrato de reaseguro participa de la naturaleza jurídica del contrato de seguro y constituye una especie del mismo y ello explica porque es la posición que recoge un buen número de legislaciones, como sucede en Argentina, Australia, Dinamarca, El Salvador, Finlandia, Suecia, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos, Panamá, España, Alemania, Italia, Francia, Honduras, México, Paraguay, Perú, Ecuador, Bolivia, Venezuela y Colombia, entre muchas.

III - ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE REASEGURO

De manera que el reaseguro, constituye un típico seguro patrimonial, que presupone la existencia de un contrato de seguro anterior, en el que un asegurador asume determinados riesgos y cuya realización le impone la obligación de indemnizar al respectivo asegurado.

22. Gerathewohl, pág. 434.

23. Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil. 19 edición. Marcial Pons Editores. 1992, pág. 740.

Esa obligación condicional que asume el asegurador que puede incidir en su patrimonio, es el riesgo propio del contrato de reaseguro.

Sin duda, los elementos esenciales del contrato de reaseguro se asimilan con los del contrato de seguro, pues al fin y al cabo, constituye una especie de éste y participa de su misma naturaleza, por lo expuesto, con base en el artículo 1045 del Código de Comercio que enuncia los elementos esenciales del contrato de seguro, puede afirmarse que respecto del reaseguro son: el interés reasegurable, el riesgo reasegurable, la prima y la obligación condicional del reasegurador.

El interés reasegurable es la posibilidad de afectación patrimonial que pueda tener el asegurador como consecuencia de la realización de un riesgo amparado bajo el contrato de seguro. Sin embargo, el propósito de este ensayo es limitarse al examen del riesgo reasegurable y por ello, no se precisan consideraciones respecto de los demás elementos.

A. El riesgo reasegurable

El riesgo reasegurable, como ya se expuso, consiste en la disminución en el patrimonio del reasegurado como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro, del acaecimiento de un riesgo amparado bajo el contrato de seguro. El riesgo lo constituye la afectación patrimonial del asegurador como consecuencia del siniestro que ha afectado el contrato de seguro y entendiendo la expresión siniestro en los términos del artículo 1072 del código de comercio, vale decir, como la realización del riesgo asegurado.

Al igual que en el seguro, el estado del riesgo posee la mayor importancia y es así como en las tratativas del contrato de reaseguro se impone un deber de declaración que incumbe al reasegurado en virtud del cual ha de expresar clara y verazmente las características del riesgo o de la cartera que desea reasegurar y de cualquier hecho o circunstancia que pueda incidir en la determinación del reasegurador. Así, las estadísticas que suelen anexarse a las propuestas de reaseguro

deben reflejar el movimiento real de las variables que allí se consignan y el hecho que de omitirlas no exonera a la compañía proponente de manifestar la experiencia siniestral previa del riesgo o de la cartera y de poner de presente las políticas de suscripción seguidas o los correctivos que le ha sido imperioso adoptar, así como las particularidades del portafolio que puedan incidir en el grado de azarosidad.²⁴

Y aún durante la fase de ejecución del contrato de reaseguro, ocupa lugar especial la carga del reasegurado de velar porque el tomador o asegurado mantenga el estado del riesgo y notifique oportunamente cualquier circunstancia susceptible de producir una agravación objetiva del mismo. Es que en el reaseguro también tiene una connotación especial dicha agravación. Y en ese orden de ideas, sería preciso distinguir si el reaseguro versa sobre un riesgo individual o sobre una cartera o conjunto de riesgos, vale decir, si se trata de un reaseguro facultativo o de tratado.

En el supuesto de un reaseguro facultativo, la agravación objetiva del riesgo se manifiesta bajo el contrato de seguro, se presenta un mayor grado de exposición del riesgo asegurado, una mayor posibilidad que acaezca y en consecuencia también aumenta la posibilidad de detrimento patrimonial del reasegurado o cedente.

Frente al reaseguro de tratados, ya fuera proporcional o no proporcional, la agravación objetiva del riesgo la determinaría la modificación que efectuara el asegurador-reasegurado en sus políticas de suscripción o la mayor liberalidad en la atención de reclamos con miras a lograr una mayor cuota de mercado. Esta hipótesis configuraría un ejercicio abusivo del derecho a establecer sus lineamientos de suscripción y de atención de reclamaciones, porque desvirtuaría las expectativas ofrecidas al reasegurador al momento de negociar los términos y condiciones económicas del contrato. Vale la pena recordar que en el derecho común se obliga a las partes a

24. NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo "La buena fe y su proyección en el contrato de reaseguro", Revista Ibero-latinoamericana de seguros, No 11, marzo de 1.998, Santafe de Bogotá D.C., págs 44 y 45.

comportarse de buena fe durante el tiempo de pendencia de la condición y ahí radica el fundamento teleológico de esta aseveración.

Ahora bien, ante una eventual agravación del riesgo subjetivo, es decir, en relación con las calidades del reasegurado o cedente, se prevé normalmente en los textos contractuales que cualquier circunstancia que implique fusión, cambio de dominio o control, suspensión de pagos, liquidación forzosa o administrativa, etc., debe ser notificada al reasegurador dentro de un plazo preestablecido, para que éste pueda ratificar su deseo de continuar o por el contrario, desistir de la relación contractual.²⁵

De manera que el riesgo reasegurado difiere del riesgo asegurado, ya que la causa de los dos contratos es diversa. “Los dos riesgos son distintos porque recaen o los soportan distintos elementos personales”.²⁶ Los contratos recaen sobre riesgos diferentes aunque relacionados entre sí, el del seguro consistirá en la posibilidad de un daño para el asegurado si ocurre alguno de los hechos que se contemplan dentro de la cobertura de la póliza; en el contrato de reaseguro el riesgo no es otra cosa que la posibilidad de disminución patrimonial del asegurado como consecuencia del pago de la indemnización al asegurado si el siniestro se produce, y esto es lo que conduce a la doctrina a afirmar que el riesgo del reaseguro será siempre un riesgo de nacimiento de deuda.

“El nacimiento de la deuda a cargo del reaseguro tiene como presupuesto necesario la existencia de un contrato de seguro, en el que el reasegurado sea parte como asegurado. El nacimiento de la deuda que se reasegura es precisamente el que surja como consecuencia de ese contrato. Aparece así una vinculación estrecha entre el riesgo reasegurado y la verificación del siniestro previsto en el contrato de seguro primario o seguro directo con el reasegurado. Pero esa vinculación no puede llevarnos a confundir ambos riesgos. Pues mientras que el riesgo reasegurado es, como se ha dicho, la posibilidad del nacimiento de una deuda que grave el patrimonio del reasegurado como consecuencia de la obligación por él asumida como

25. NARVAEZ BONNET; Jorge Eduardo. Op. Cit. págs 46 y 47.

26 Broseta Pont, Manuel. Ob. Cit. pág. 98.

asegurador en un contrato de seguro, el riesgo en el contrato primario o directo es la posibilidad de un evento dañoso que puede deberse a varias causas (incendio, robo, fallecimiento, etc.). El reasegurador no asume este riesgo, aún cuando los contratos hablen con frecuencia de que el asegurador-reasegurado es un "cedente" del riesgo por él asumido, sino del nacimiento de la deuda a cargo de dicho reasegurado".²⁷

B. Interdependencia entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado

Dada la vinculación existente entre ambos riesgos, si el contrato de seguro está viciado de nulidad o se extingue por cualquier causa, el de reaseguro sería igualmente nulo o se extinguiría como consecuencia de la desaparición del riesgo reasegurable, "ya que no podrían surgir deudas a cargo del reasegurado como consecuencia de contratos de seguro jurídicamente inexistentes".²⁸

Ahora bien, el riesgo en el contrato de reaseguro se suele individualizar con base en el amparo que se otorga bajo el contrato de seguro subyacente y en consecuencia, el débito patrimonial protegido consistirá en la ocurrencia del riesgo amparado en el seguro originario y que haya sido también contemplado dentro de la cobertura de reaseguro.

El riesgo del contrato de seguro, en este sentido se proyecta en el contrato de reaseguro pero no son equivalentes, son jurídicamente independientes, aunque mantienen un vínculo de causalidad indiscutible.

A pesar de esa conexidad entre ambas relaciones contractuales, son autónomos aunque el reaseguro exige y presupone la existencia de uno o más contratos de seguro, esa dependencia de carácter funcional además no tiene la virtud de convertirlo en un contrato accesorio. Es principal y autónomo, aunque relacionados por

27. Sánchez Calero, Fernando. Ob. Cit. Pág. 95.

28. Sánchez Calero, Fernando. Ob. Cit. Pág. 98.

la función de soporte y respaldo que cumple para el asegurador y que igualmente beneficia al asegurado porque le permite a dicho asegurador asumir responsabilidades que excedan su capacidad técnica o patrimonial y dispersarlas de manera coetánea y paralela.

Sin duda, el conato de confusión puede presentarse frente al reaseguro total, en donde el riesgo reasegurado equivale a la transferencia de la totalidad de la responsabilidad asumida en el riesgo asegurado bajo el seguro originario, donde el asegurador no se reserva para sí parte alguna de la responsabilidad que asume sobre los riesgos materia de la póliza, sin embargo, es claro que en esa hipótesis no se presenta una equivalencia entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado y que pueda conllevar que permitiera colegir que el asegurador se exonera de toda responsabilidad frente al asegurado. En realidad, el asegurador no desnaturaliza, no desvirtúa su vínculo con el asegurado, continua obligado con éste en concordancia con los términos de la póliza aunque haya transferido la totalidad de su responsabilidad bajo un contrato de reaseguro, sin importar las razones que lo hubieren llevado a transferir la totalidad de su responsabilidad en la póliza en cuestión o en un grupo de ellas.

Por el contrario, en este supuesto del reaseguro total, la interdependencia entre los dos contratos es aún más evidente, y ese grado de conexidad no tiene la virtud que el de reaseguro suprima o le reste fuerza vinculante al de seguro, porque cada uno de los vínculos contractuales se mantiene dentro de la órbita que le es propia, los derechos y obligaciones que emanan de uno y otro persisten como autónomas e independientes.

En lo relativo a la obligación condicional del reasegurador, que está indisolublemente ligada a la realización del riesgo bajo el contrato de reaseguro, se torna exigible en el instante mismo en que la obligación condicional del asegurador sea líquida y exigible por el asegurado o beneficiario del amparo.

Como en el contrato de reaseguro suele convenirse un pacto de cuenta corriente que facilite la satisfacción de las obligaciones que incumben a cada una de las partes, es claro que el pago de las

indemnizaciones y de las primas, se surte con el registro de la partida del caso dentro de la respectiva cuenta corriente.

C. Desnaturalización del contrato o mayor interdependencia?

Sin embargo, la autonomía propia de los contratos de seguro y de reaseguro se ha visto perturbada por la incorporación de estipulaciones dentro de los contratos de reaseguro que pretenden concederle una mayor injerencia a los reaseguradores en la gestión del riesgo durante la vida del contrato y en el análisis y liquidación de las reclamaciones.

Las distintas legislaciones exigen, por regla general, que se adquiera un seguro localmente cuando se trate de proteger bienes, personas o intereses ubicados en el territorio del respectivo país, y sucede que respecto de los riesgos que se pretende amparar, las aseguradoras locales no cuentan con el experticio o la capacidad técnica o financiera, lo que les veda la posibilidad de jugar un rol preponderante dentro del amparo y se ven precisados a valerse de reaseguradores suficientemente versados y con el respaldo patrimonial necesario para brindar la protección que les es requerida; sin embargo, ante el celo, explicable de por sí, que la póliza de seguro se ajuste fielmente al reaseguro contratado, se incorporan clausulados enteros, muchas veces no claramente redactados o traducidos, como también estipulaciones que persiguen conceder facultades a los reaseguradores que claramente van a influir dentro la esfera negocial propia de asegurador y asegurado.

Es frecuente el uso de la expresión: desnaturalización del contrato de reaseguro,²⁹ como una reacción airada a que el reaseguro se inmiscuya, extienda su ámbito de influencia al seguro directo y quiebre la autonomía e independencia que se enfatiza que existe entre ambos contratos.

29. MUÑOZ LOPEZ, Alvaro, "Desnaturalización del contrato de reaseguro" en "Estudios sobre el contrato de reaseguro", editado por Aida Sección española y Musini, Madrid, 1.997, págs 177 y ss.

Dichas estipulaciones se incluyen en los denominados grandes riesgos por contraposición a los llamados riesgos de masas, distinción de carácter doctrinal posteriormente incluida en la legislación de la Comunidad Económica Europea.

La justificación respecto de la inclusión de esas estipulaciones especialísimas, entre las cuales se destacan las de control o cooperación de reclamos, responde a una costumbre del mercado de carácter regular, cuando el asegurador retiene una porción ínfima del riesgo o cuando la complejidad o la especialización que conlleva el riesgo que se reasegura, precisa conceder un papel más activo al reasegurador.

Es costumbre usual y generalizada porque el asegurador no cuenta con otra opción para lograr respaldo de reaseguro y por lo mismo, se ve abocado a aceptar esas bases o a declinar el negocio propuesto.

Es un tema que genera amplios debates que desborda el cometido de este ensayo.

El seguro, entonces, cumple la función de negocio subyacente respecto del reaseguro, si bien ambas relaciones negociales tienen su contenido y fin propios.

Esa independencia o conexidad entre los contratos no es absoluta, porque si bien es cierto, si el contrato de seguro está viciado por nulidad o desaparece por cualquier causa el contrato de reaseguro se extinguiría por la ausencia del riesgo reasegurable, uno de sus elementos esenciales, pero si es el reaseguro el que deviene nulo o ineficaz esto no afectará al contrato de seguro. En este aspecto el artículo 83 de la ley 45 de 1.990 que subroga el artículo 1080 del estatuto mercantil, al ratificar la autonomía de ambos categóricamente expresó: "el contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y el asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro".

De tal forma que la terminación del amparo de reaseguro por cualquier causa, la falencia del reasegurador que conduzcan a su quiebra o intervención administrativa, la falta de pago de la cobertura de reaseguro, el quebrantamiento de las cláusulas de garantía previstas en el contrato de reaseguro, no afectan en nada los derechos del tomador o asegurado bajo la respectiva póliza. Esto obedece a que las órbitas del riesgo en el seguro y el reaseguro son distintas, cada una posee su propia entidad pero su independencia no es absoluta; podría afirmarse que el riesgo del seguro original se proyecta en la esfera propia del contrato de reaseguro pero no a la inversa.

Esa proyección del contrato de seguro en el reaseguro también tiene sus límites, porque no por ese hecho el asegurado posee de derechos respecto del reasegurador y así lo puntualiza en nuestro ordenamiento mercantil el artículo 1135 cuando expresa: "El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquel".

D. El siniestro en el contrato de reaseguro

Una manifestación de dicha proyección del seguro en el contrato de reaseguro, viene dada por el principio de comunidad de suerte o comunidad de alea del reasegurador respecto de su reasegurado. El principio reitera, entonces, la conexidad, la dependencia del reaseguro con el seguro, el vínculo entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado, aunque ellos difieren.

Principio de comunidad de suerte que se refiere a la selección y suscripción de los negocios y al manejo, atención y liquidación de los reclamos, supuestos en los que se da por descontado que el proceder del asegurador ha estado presidido de buena fe exenta de culpa, y que correlativamente vinculan al reasegurador en el sentido que debe honrar, satisfacer las consecuencias económicas que ese quehacer de gestión técnica del riesgo le acarree al asegurador original; comunidad de álea que también se extiende a los salvamentos y recuperaciones que obtenga el asegurador y lo cual

encuentra también fundamento en la naturaleza indemnizatoria del contrato de reaseguro.

El momento a partir del cual empieza a correr el término de la prescripción en el caso del contrato de reaseguro, lo determina el instante mismo en que se entiende ocurrido el siniestro, que a su vez, es el hecho que da base a la acción.

José Fernando TORRES a propósito del siniestro formula las siguientes apreciaciones: "En el contrato de reaseguro, al igual que en el seguro de responsabilidad, la noción de siniestro no ha estado exenta de controversia y, como se dijo antes, con el ingrediente de si el reaseguro constituye o no un seguro de responsabilidad.

Garrigues a este respecto anota lo siguiente: "También en el reaseguro surge el problema sobre cuál es el momento del siniestro. En la doctrina hallamos los criterios siguientes: el siniestro se realiza en el pago de la indemnización al asegurado; el siniestro se realiza con la reclamación del asegurado; o, finalmente se realiza con el hecho de surgir la deuda y, por tanto con la realización del siniestro que afecta al asegurado en el contrato de seguro. En resumen, el riesgo del asegurador se convierte en la posibilidad de que nazca un crédito del asegurador como reasegurado (vuelve a aparecer aquí la semejanza con el seguro de responsabilidad civil)" (ob. cit. pág.469). Para él, además, la prescripción en el seguro de responsabilidad civil comienza a correr "el día en que se declare la responsabilidad del asegurado" (ob. cit. Pág 117).

Donati expresa a este respecto que, en cuanto al siniestro, han sido expuestas cuatro tesis, sobre todo con el objetivo de establecer el momento desde el cual comienza a correr el término de prescripción: a) cuando se paga la indemnización al asegurado; b) cuando se obtiene la liquidación (verificación del riesgo y la cantidad); c) cuando se presenta la exigencia del asegurado; y d) finalmente, con el

surgimiento de la deuda y, por ende, con la verificación del siniestro del asegurado".³⁰

Para el artículo 1072 del Código de Comercio Colombiano, el siniestro lo constituye la realización del riesgo asegurado y *mutatis mutandi*, el siniestro en el contrato de reaseguro consistirá en la realización del riesgo reasegurado.

Si el riesgo reasegurado consiste en al aparición de un débito en el patrimonio del asegurador como consecuencia de la realización del riesgo en el contrato de seguro originario, en ese orden de ideas, el acaecimiento del siniestro en el contrato de reaseguro ocurrirá cuando se materialice el siniestro en el contrato de seguro originario y el asegurador se encuentre obligado al pago de la indemnización correspondiente.

"El riesgo reasegurado viene a ser el del nacimiento de una deuda que, a su turno, nace en otro contrato, riesgo traducido en la posibilidad de una disminución en el patrimonio del asegurador reasegurado como consecuencia de una obligación de indemnizar a su asegurado.

Tratándose de un seguro contra el nacimiento de una deuda en el patrimonio del reasegurado, el siniestro vendrá dado por el momento en que dicha deuda nazca, y ella nace cuando surge para el asegurador la obligación de indemnizar a su asegurado, pero obsérvese bien, no se trata de un mismo siniestro, porque el siniestro asegurado es distinto del siniestro reasegurado, como corresponde al hecho de que se trata de la realización de dos riesgos distintos".³¹

Y más adelante, añade el mismo autor: "En tanto no esté líquido el siniestro, no estará el asegurador obligado al desembolso, porque dicha prueba es un presupuesto previo y, por lo mismo, tampoco lo estará el reasegurador frente al asegurador reasegurado.

30. Torres Fernández De Castro, José Fernando. "Comentarios al Contrato de Reaseguro", publicación de la Unión de Aseguradores colombianos - FASECOLDA-, Santafé de Bogotá, 1.992, . Pgs. 534 y 535.

31. Torres Fernández de Castro, José Fernando. Ob. cit. pág. 536.

Con otras palabras, “el reasegurador estará obligado a indemnizar a su reasegurado cuando se hace líquida y exigible la obligación de éste frente a su asegurado” (Broseta, ob. cit., pág.181), o sea, en el mismo momento en que el asegurado puede concretar plenamente su exigencia al asegurador reasegurado.

El autor citado concluye de la siguiente manera: “Acorde con lo anterior, el reasegurador está obligado a indemnizar a su reasegurado cuando éste le comunique que se ha producido el siniestro, que se ha liquidado el daño por él producido a su asegurado y que según los criterios y los límites establecidos en el reaseguro, se ha determinado la cuantía que le corresponde indemnizar por parte del riesgo reasegurado que ha asumido” (Broseta ob. cit. pág. 182).³²

Como acertadamente lo anota José Fernando Torres, aunque el siniestro ocurre con el surgimiento del débito en el patrimonio del asegurador, no puede exigir al reasegurador el cumplimiento de su obligación hasta tanto no acredite fehacientemente su ocurrencia y su cuantía. De lo contrario, el término de prescripción correría en su contra estando imposibilitado para ejercer su derecho de satisfacer su obligación o de rechazar las pretensiones de su reasegurado.

E. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de reaseguro

Es claro que el término de prescripción del contrato de reaseguro empieza a correr en un momento distinto al del contrato de seguro. Se trata de dos términos independientes. Por aplicación extensiva o analógica es preciso acudir al artículo 1081 del Código de Comercio, por tratarse de una modalidad del seguro de daños.

De acuerdo con algunos autores, el Código Civil Italiano, expresamente extiende la disposición de la prescripción del seguro de responsabilidad civil a la acción del reasegurado frente al reasegurador para el pago de la indemnización; sin embargo, en Colombia, a falta de disposición expresa en esta materia es permisible la aplicación analógica antes expuesta.

32. Torres Fernández de Castro, José Fernando. Ob. cit. Pgs. 536 y 537

El siniestro en el contrato de reaseguro ocurre cuando surge el débito en el patrimonio del asegurador por el acaecimiento del siniestro en el contrato de seguro originario siempre que el asegurado acredite la ocurrencia del hecho y la cuantía de la pérdida y por contera, en el contrato de reaseguro, el siniestro se consolida cuando el asegurador demuestra al reasegurador que su obligación con el asegurado es líquida y actualmente exigible. En consecuencia, como la prescripción no corre contra quien no puede hacer uso de su derecho, contra quien no puede accionar, será a partir de ese instante que empezará a correr el término de la prescripción contra el asegurador bajo el contrato de reaseguro.

Es claro que el término de prescripción no corre hasta tanto no sea líquida y exigible la obligación a cargo del asegurador, que equivale al instante en el cual compruebe la cuantía de la misma, hecho que tiene la virtud de hacerla exigible.

En Colombia, el artículo 88 de la Ley 45 de 1990 que modificó el artículo 1134 del Código de Comercio dispone en su inciso 2º que “la responsabilidad de reasegurador no cesará en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro” y es esa misma norma en el inciso 3º, que advierte de manera categórica que estos términos no podrán ser modificados por las partes y le imprime de esta forma carácter imperativo.

IV - CONVERGENCIA ENTRE LAS ACTIVIDADES FINANCIERA Y ASEGURADORA

El seguro y el reaseguro cumplen una función de protección dentro de la actividad económica, como quiera que le permite a los empresarios amparar sus bienes, el riesgo de interrupción de sus negocios, la movilización de mercaderías, los riesgos informáticos, la responsabilidad civil en que pueda incurrir en el desarrollo de sus actividades, entre muchos otros.

Es evidente que: "El reaseguro constituye un requisito previo para una evolución sana y técnica de la economía del seguro. Su importancia económica radica en el apoyo, garantía y seguridad que le ofrece al seguro directo. Además ha facilitado, mediante la ayuda financiera y poniendo a disposición de los (sic) cedentes las experiencias obtenidas en el plano internacional, la introducción de nuevos ramos de seguros en muchos países".³³

A. El riesgo y el desarrollo tecnológico

Con el desarrollo de la ciencia y de la tecnología, cobra relevancia la función de dispersión de riesgos que cumple el reaseguro respecto de la acumulación de riesgos que se presenta en ciertas zonas geográficas y el carácter catastrófico que presentan no sólo ciertos riesgos de la naturaleza sino también algunas actividades y circunstancias que son obra del ser humano.³⁴

Un ejemplo de esto último, es la mayor conciencia hacia la protección del medio ambiente que ha puesto de manifiesto la severidad y magnitud que pueden ocasionar los riesgos de polución y contaminación, ante la ruptura del equilibrio natural por razón del desarrollo de ciertas actividades industriales.

A este respecto PIESCHACON VELASCO hace las siguientes precisiones: "Mientras, antiguamente, las catástrofes que afectaban la vida humana se presentaban en forma de epidemias de viruela o cólera, como las famosas de Londres, Hamburgo y otras ciudades europeas, hoy día el riesgo catastrófico no ha sido conjurado, aunque se han modificado sus causas; en efecto, las catástrofes más probables que afectan la vida humana están representadas en el transporte masivo, tanto aéreo como marítimo, en

33. PIESCHACON VELASCO, Camilo, (Ensayos sobre seguros - Concepto, funciones e importancia económica del reaseguro", Publicación de la Unión de Aseguradores colombianos -FASECOLDA-, Editora Guadalupe Ltda, Bogotá, 1.992, pág. 374).

34. Sobre el tema puede consultarse el capítulo V intitulado el nuevo entorno tecnológico de la obra de AGUADERO, Francisco, " La sociedad de la información", Acento Editorial, Madrid, 1.997 págs 43 y ss.

las inundaciones, etc. siendo ellas, muchas veces, el resultado de que el hombre haya roto el equilibrio natural e inestable de nuestra existencia y de los recursos ecológicos".³⁵

Es un hecho que las carteras de seguros y de reaseguros han experimentado en los últimos años una exposición creciente en virtud de la ocurrencia de un sinnúmero de eventos de naturaleza catastrófica y el aumento en el valor promedio de las pérdidas aseguradas. Esto se explica por el aumento en la densidad de población y la concentración creciente de bienes en determinadas zonas geográficas que las ha convertido en zonas altamente expuestas, a lo cual se suma la mayor actividad económica en zonas de menor desarrollo, la variación de las condiciones climáticas por la acción del hombre y el aumento de la demanda de coberturas de seguros en esas zonas altamente expuestas.

Ahora bien, el mayor desarrollo tecnológico permite prever el surgimiento de nuevos procesos de fabricación y de obtención de materias primas, con la correlativa aparición posible de problemas ambientales que lesionen personas y bienes y por ende, un aumento en las demandas de responsabilidad por daño ambiental. Es que el reconocimiento de las mismas limitaciones que impone el estado de la ciencia ha llevado a los estudiosos a valerse del concepto de **riesgo de desarrollo** y con el cual se pretende explicar que los efectos dañinos de un proceso de fabricación o de un producto pueden desconocerse en un momento determinado y con el correr del tiempo identificarse tales efectos y aún evidenciar que desde el momento mismo en que fueron implementados o desde el instante en que fueron puestos a disposición de los consumidores, desde ese mismo instante comenzaron a generar efectos nocivos.

De otro lado, ese mayor desarrollo tecnológico puede contribuir a un aumento en los esquemas de responsabilidad civil objetiva y ante la tendencia prevaleciente en el moderno Derecho de daños en donde a lo que se atiende es al perjuicio sufrido por la víctima y la necesidad de repararlo, esas circunstancias pueden

35. Op. cit., pág. 382.

generar mayor actividad de parte de los afectados encaminada a lograr la reparación de los perjuicios que les hubieren sido infligidos. Esa tendencia objetivadora en materia de responsabilidad civil, ha sido producto del desarrollo tecnológico e industrial que trae como consecuencia un aumento en el número de riesgos que gravitan sobre la actividad humana y que se apoya en el denominado **riesgo de empresa**, una variación moderna de la teoría del riesgo creado y con el cual se significa que quienes derivan beneficio del desarrollo de una actividad económica que presenten notas de particular azarosidad, deben responder por los perjuicios que ocasionen y lo cual conlleva implícitamente una exigencia mayor de diligencia y prudencia. Se parte de la premisa que los daños son consecuencia de fallas o deficiencias en los sistemas técnicos de control en el desarrollo de sus actividades de explotación económica que, si bien son útiles y benéficas para la comunidad, tales daños suelen revestir la mayor complejidad y gravedad.

Dentro del riesgo de empresa se ha ido aun más lejos, porque respecto de las presunciones de causalidad que establecen que un empresario en determinadas circunstancias podría estar en capacidad de generar un daño y por lo tanto, en caso de producirse se reputa que fue causado por él. Sin embargo, bajo esta hipótesis puede suceder que la respectiva presunción cobije a varios empresarios o que se acredite que el daño fue ocasionado por la actuación de todos ellos, pero sin que sea factible deslindar el grado de participación o de contribución de cada uno de ellos y por lo tanto, la solución doctrinaria y jurisprudencial en otras latitudes ha consistido en considerarlos como responsables de forma colectiva y solidaria. Fenómeno este último que se conoce doctrinariamente como «**daño colectivo**» o más descriptivamente como «**colectivización del daño**».

La bondad de los esquemas de responsabilidad objetiva radica en que establecen un mayor grado de exigencia al empresario para el desarrollo de su actividad, pues lo obliga a invertir en sistemas de prevención y protección, a cumplir su actividad con mayor diligencia y dedicación, y a hacer uso de los recursos tecnológicos disponibles para controlar, reducir o suprimir el potencial dañino como adelanta sus operaciones.

Ese mismo riesgo de desarrollo, el riesgo de empresa, la tendencia objetivadora en materia de responsabilidad civil y el hecho que en ocasiones entre el momento de la exposición al daño y su manifestación pueden transcurrir períodos más o menos prolongados permite prever una utilización cada vez mayor de las denominadas coberturas **claims made** donde el riesgo asegurado lo constituye las reclamaciones que lleguen a formularse durante la vigencia de la póliza respecto de peligros que han sido definidos como materia del amparo otorgado por la póliza y de esta forma. Aseguradores y reaseguradores logran limitar sus niveles de exposición a un período específico.

B. Complementariedad de las actividades financiera y aseguradora

El reaseguro, bajo los esquemas proporcionales y no proporcionales cumple cometidos específicos en materia de financiación o apalancamiento de una entidad aseguradora.

Esta función es la que ha conducido a que hoy día se presente una mayor cercanía entre **actividades financiera y aseguradora**. Como resultado de la innovación financiera, de la sustitución de productos financieros, de la aparición de fondos de inversión, contratos de futuros y opciones, contratos de titularización, operaciones swap, etc los mercados de capitales han venido cobrando importancia como mecanismos alternos de financiación de riesgos.

En efecto, en la última década ha sido creciente la utilización de los denominados **sistemas alternativos de financiación de riesgos** y el auge de la **banca-seguros**; ésta última persigue la comercialización de productos de seguros a través de las redes de las entidades bancarias y lo cual ha llevado a que se hable de la "**desintermediación de la actividad aseguradora**", pues es una forma de mercadeo y distribución novedosa con miras a lograr una mayor profundización de los seguros, a facilitar el acceso de algunos segmentos de la comunidad a la protección de las aseguradoras.

Las circunstancias de mayor exposición de las carteras de las aseguradoras y reaseguradoras, que fueron expuestas en el punto

inmediatamente anterior de este ensayo, conducirán a políticas muy selectivas en materia de suscripción de riesgos y a un mayor énfasis en la aplicación de los principios de administración de riesgos en el manejo y dispersión de tales carteras, como consecuencia de la menor disponibilidad de coberturas de reaseguro de carácter proporcional y una amplia oferta de protecciones no proporcionales y de sistemas alternativos de financiación de los riesgos que permitan al empresario asegurador o reasegurador el precio de su cobertura de reaseguro.

Sin duda, para hacer uso eficiente de las protecciones no proporcionales o de exceso de pérdida es preciso contar con bases de datos confiables que permitan hacer un uso eficiente de la estadística y para poder implementar un programa eficiente de administración de riesgos. Una vez se cumpla con esos presupuestos, pueden ser determinantes para aseguradores y reaseguradores los sistemas alternativos de transferencia o financiación de riesgos y por ende, se podrá incentivar en mayor grado la presencia de los mercados de capitales en coberturas altamente expuestas y en las cuales por ese mismo hecho su asegurabilidad o reasegurabilidad se encuentren en entredicho.

La cercanía entre la actividad financiera y aseguradora es expuesta por algunos de la siguiente forma: “.. si se analiza el riesgo de una manera meramente teórica y matemática, es fácil apreciar que no muestra notables diferencias con el de un financiamiento, que consiste en que la persona que se beneficia con un crédito simplemente no lo pague en la forma convenida . Por este riesgo, y por el uso del dinero, se debe pagar un precio, que no es otra cosa que el interés y, frecuentemente, comisiones de apertura y otros conceptos.

Por su parte, la industria aseguradora se basa también en la asunción del riesgo de otras personas, pero en general por causas ajenas a las mismas personas, originadas en eventos totalmente fuera del control de los asegurados. La transferencia de este riesgo, que consiste en que se presente un hecho súbito e imprevisto, según se describe en la póliza de seguro, implica que tiene que hacer un pago

por parte de la compañía aseguradora, la cual, por correr ese riesgo, recibe una suma de dinero, en este caso bajo el nombre de prima.

Se trata, por tanto, de dos formas muy cercanas de transferencia de riesgo, pues notamos que en ambos casos la persona que asume el riesgo cobra un precio a la otra. De esta forma, encontramos que los campos de acción del seguro y los de la industria bancaria se acercan cada día más y más, ya que en muchas ocasiones estas transferencias de riesgo, tanto el bancario o crediticio como el asegurador, pueden inclusive confundirse, compensarse o al menos reducirse de manera sensible a través de los mecanismos que ofrecen ambos mundos, el bancario y el asegurador.

Ello, por lo demás, a nadie puede extrañar si se recuerda que en el árbol genealógico del seguro ocupa un muy importante lugar una figura que mucho tuvo de financiera, como lo fue el aleatorio contrato de préstamo a la gruesa, operado cabalmente entre banqueros, comerciantes y navieros".³⁶

La generalidad de esos esquemas alternativos de financiación o transferencia del riesgo consisten en la creación de un fondo que cuenta con límites agregados de responsabilidad, que comprende dentro de su operación varias anualidades y en los cuales se considera los rendimientos financieros provenientes de los recursos del mismo fondo.

Ese mismo hecho que estos esquemas obedezcan a técnicas financieras lleva a algunos a cuestionar el carácter aleatorio del riesgo reasegurable bajo este tipo de esquemas, quizás porque olvidan que las técnicas actuariales permiten identificar tendencias con base en datos sobre el comportamiento previo de las carteras, pero están lejos de tener un carácter premonitorio y de otro lado, los rendimientos esperados en los mercados financieros pueden ser predecibles en el corto plazo pero no acontece lo mismo cuando se miran bajo una

36- DIAZ MAGALLON, Gerardo, GUTIERREZ AJA, Agustín, GUTIERREZ ARREOLA, Rubén y DIAZ BRAVO, Arturo "Modernas tendencias en materia de reaseguro", Memorias del VI Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros Cila 2.000, Cartagena de Indias, mayo de 2.000, pág 439.

óptica de largo plazo, pues el desarrollo de la economía aun no permite pronosticar el comportamiento de los mercados bajo esa perspectiva.

De manera que existe un riesgo de carácter financiero y también un riesgo de suscripción, consistente este último en la incertidumbre respecto de las pérdidas que puedan derivarse de hechos de la naturaleza o de la acción del hombre y por ende, el riesgo propio de esas coberturas es de carácter fortuito y no depende de la voluntad de los intervinientes dentro de la relación contractual.

C. Administración de riesgos y financiación del riesgo

La **financiación del riesgo** consiste en la administración de recursos monetarios de manera eficiente con el ánimo de contar con los fondos suficientes para enjugar las pérdidas que puedan presentarse de manera accidental durante la marcha de la empresa y que afecten los activos o el patrimonio de ésta.

Como parte del proceso de administración del riesgo, esta etapa es precedida por las de identificación y análisis de las exposiciones a pérdida y de las técnicas de control de riesgo más efectivas desde el punto de vista costo para reducir la frecuencia o la severidad de las pérdidas que pudieran afectar al empresario.

La administración de dichos recursos, conlleva un proceso de planeación, organización y control de tales recursos y de las actividades de la empresa para que contribuya al logro de los objetivos de ésta.

El proceso de evaluación y toma de decisiones tendiente a implementar las opciones de financiación del riesgo implica el análisis, bajo distintos escenarios, de los costos posibles y de los beneficios esperados bajo supuestos diversos de retención o transferencia de los riesgos, que permitirían al empresario enjugar las consecuencias adversas que pudieran generarle la presencia de éstos.

Bajo esta óptica cobran importancia: el impacto en las utilidades y en el crecimiento futuro de la empresa, los objetivos que a

mediano y largo plazo se pretende alcanzar, la estructura financiera de la empresa y la capacidad económica de la misma en términos de solvencia y liquidez.

Como consecuencia de este análisis, se prosigue en el examen de transferir responsabilidades dentro de los contratos que usualmente realiza la empresa o se opta por retener los riesgos que gravitan en su actividad, con destinación o no, de fondos específicos, o de transferirlos mediante contratos de seguro.

Al sobrevenir el siniestro, el empresario hace uso de los recursos que requiere con base en la planeación que ha hecho y evalúa si tales recursos se encontraban o no disponibles como se había estimado, si el costo por su utilización fue razonable o elevado o si la disponibilidad de los mismos fue incierta.

La **financiación del riesgo** se orienta entonces a que existan los recursos suficientes para enjugar las pérdidas derivadas de un riesgo que acaezca a pesar de haber sido utilizadas técnicas de control de riesgo adecuadas y desde este punto de vista, puede afirmarse que persigue la disponibilidad y la suficiencia de fondos al sobrevenir pérdidas.

Las opciones básicas para financiar el riesgo son la retención o su transferencia. El primer mecanismo prevé que las pérdidas se asuman como costos incidentales del negocio, o bien, que se acuda a la utilización de fondos sin destinación específica, a la constitución de provisiones o se acuda al crédito, o se tenga el soporte de una cautiva. Opciones que son evaluadas en términos de valor presente, tasa de retorno y flujo de fondos presupuestados.

Por lo expuesto, se afirma que la administración de riesgos cumple una **función de carácter financiero** y por ello, el seguro, como mecanismo de transferencia de riesgos, es claro que deba analizarse y utilizarse dentro de ese contexto.

Estos esquemas de financiación del riesgo, de **fondos de autoseguro** organizados deliberadamente y de establecimiento de

cautivas, son los que históricamente se encontraban comprendidos dentro de la expresión sistemas alternativos de transferencia de riesgos.

En el caso de una entidad aseguradora, ésta también cumple un proceso de administración de riesgos para diseñar y estructurar su programa de reaseguro y es así como, para determinar sus niveles de retención, examina y valora potenciales problemas de frecuencia y severidad; su nivel de solvencia y liquidez que está representado por su nivel patrimonial y la estructura de su cartera de inversiones; la experiencia siniestral previa de la cartera o ramo materia de análisis; los perfiles de riesgos y de siniestros; la exposición a peligros de la naturaleza o a riesgos catastróficos; la mayor o menor aversión al riesgo de los accionistas o de sus representantes en la junta directiva, entre otros.

Una vez establece su nivel de retención, determina la manera de hacer frente a las consecuencias adversas del acaecimiento de los riesgos que asume y es cuando evalúa si para contar con los recursos suficientes para honrar sus compromisos debe acudir a fondos establecidos internamente o externamente, a la constitución de compañías cautivas o al establecimiento de líneas de crédito con entidades bancarias y financieras.

D. Los sistemas alternativos de transferencia de riesgos

Es en este punto donde los sistemas alternativos de transferencia o financiación de riesgos cobran la mayor relevancia, porque ya no se piensa que si el riesgo es asegurable deba asegurarse, que si existe capacidad de reaseguro sea imperativo hacer uso de esa capacidad, sino que el seguro y el reaseguro se evalúan como una herramienta más dentro del proceso de administración de riesgos y ya no se les identifica, como sucedía hasta épocas muy recientes, con la actividad misma de administración de riesgos. El seguro y el reaseguro son claramente algunos de los mecanismos de transferencia dentro de un proceso de administración de riesgos.

A esa mayor atención hacia los sistemas alternativos de transferencia de riesgo ha contribuido, la escasez de oferta de

reaseguro, los “ciclos de mercado duro” porque no sólo condujeron a que la comunidad de asegurados tuviera que pagar mayores precios por coberturas cada vez más restringidas, sino que los aseguradores se vieron forzados también a adquirir a precios superiores sus coberturas de reaseguro, a cambiar radicalmente sus programas de reaseguro para poder contar con algún tipo de protección que les permitiera continuar suscribiendo negocios en una determinada línea y a aumentar dramáticamente sus retenciones.

La evidencia es que en materia de reaseguro o de retrocesión, los aseguradores y reaseguradores ya no consideran esos mecanismos de transferencia como su única herramienta, sino que con la ayuda de programas computarizados que combinan técnicas actuariales de probabilidades aplicada sobre los componentes de los resultados técnicos de las distintas carteras de productos y análisis de composición de activos y pasivos de la empresa, aseguradores y reaseguradores se muestran hoy más dispuestos a analizar y estructurar esquemas de financiación complementarios a los conocidos tradicionalmente para los riesgos derivados de sus carteras de negocios. Se trata de esquemas individualizados o estructurados “a la medida” del adquirente, como quiera que atienden a las necesidades específicas del asegurador o reasegurador en cuestión.

En épocas en las cuales en el medio empresarial se impone el criterio de creación de valor, desde una óptica técnica estos esquemas complementarios de financiación del riesgo, crean y proveen capacidad.

La característica común de los **métodos alternativos de transferencia de riesgos** que han venido colocándose a disposición de aseguradores y reaseguradores, radica en la constitución de un fondo que representa un aprovechamiento interno de los recursos que antes eran transferidos al reasegurador o retrocesionario y por esa razón, se habla de una mayor capitalización interna, la estructuración de protecciones que conlleven una menor exposición y un correlativo menor costo y una mayor estabilidad en dicho precio. Aspecto que debe conjugarse con una visión de largo plazo, lo que ha estimulado, en el ámbito del seguro, la aparición de pólizas plurianuales entre

aseguradores y asegurados y en el caso del reaseguro, contratos que se estructuran con base en períodos de tres (3) o cinco (5) años, esquemas que han demostrado ser muy benéficos por la mayor cercanía que estimulan entre las partes, la estabilidad que una relación de ese tipo genera en términos de precios y la mejor disposición a realizar un trabajo mancomunado en materia de administración de riesgos.

Sin duda, el fondo que se establece no está exento del riesgo de pérdida; el momento en que éstas puedan sobrevenir y la inversión misma de los recursos destinados a enjuagarlos, están expuestos al riesgo de crédito, pero uno y otro son minimizados con programas serios de administración de riesgos y de control de pérdidas y con criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad en la inversión de los recursos. Al fin y a cabo la constitución del fondo es una decisión consciente, razonada y deliberada, en la cual deben cumplirse y agotarse ciertas etapas de evaluación.

En estos esquemas también cobra una importancia determinante el cálculo del **valor presente neto** de los fondos que se pretenden conformar.

Otros elementos comunes a los sistemas alternativos de transferencia de riesgos o reaseguros financieros, vienen dados, además de la constitución de fondos calculados en términos de valor presente, por la presencia de límites agregados de responsabilidad, referirse a vigencias plurianuales, la consideración de réditos financieros de los fondos que conforman el esquema y el hecho de contemplar esquemas de participación de beneficios que los hacen aún más atractivos.

1. Los reaseguros de riesgo finito

En años recientes se habla con mayor frecuencia del reaseguro de riesgo finito o "finite risk reinsurance".

Los especialistas en la materia señalan como **características de estos esquemas de reaseguro**: la limitación de responsabilidad del reasegurador con respecto al riesgo que le es transferido; el

período del contrato suele extenderse por varias anualidades; el establecimiento de participación de los intervinientes en el contrato sobre los beneficios o pérdidas resultantes del mismo; el inexorable cálculo del rendimiento futuro de los dineros invertidos dentro de las variables para la estructuración del contrato y también, en veces, la facultad concedida al reasegurador de solicitar un ajuste en la prima o en el nivel de prioridad o deducible, en caso de presentarse un deterioro en la carga siniestral.

Este tipo de reaseguros, son convenidos para varias anualidades para que pueda operar el efecto estabilizador implícito en el reaseguro en cuestión.

Pueden estructurarse con respecto a carteras de siniestros y de esta forma revisten el carácter de **coberturas prospectivas o retrospectivas**, según versen sobre reclamos que puedan presentarse en el futuro o sobre reclamaciones ya existentes y que se pretende administrar. De otra parte, también puede suceder que dichas coberturas comprendan varios ramos.

De todas maneras, sea cual fuere, el esquema que se seleccione, dentro de la retención de la cedente quedan los reclamos menores, pues presentan una mayor frecuencia y ello, hace que sean, en cierta forma, predecibles.

Dentro del tramo siguiente, estaría localizado el esquema de reaseguro finito seleccionado y una eventual protección para eventos extraordinarios, si la cartera en cuestión está expuesta a riesgos de la naturaleza o de índole catastrófica.

Hoy día los contratos de reaseguro financiero o “blended covers” (coberturas combinadas), a diferencia de los esquemas financieros que se conocieron en un principio, conllevan una alta transferencia de riesgo y responden claramente a dos cometidos principales: aminorar la volatilidad de la experiencia siniestral del reasegurado, permitiéndole estabilizar sus resultados y apalancar su crecimiento por encima de lo que le permitiría su capacidad patrimonial.

Se afirma que las coberturas de reaseguro de riesgo finito pueden atender múltiples **necesidades**: estabilización de resultados, aumento de capacidad de suscripción y de los niveles de retención o pueden orientarse a optimización de la estructura de balance.

Las **modalidades de reaseguro** pueden ser diversas, pero tienen especial significación las coberturas no proporcionales, también denominados reaseguros de siniestros y en los cuales, stricto sensu, no existe cesión de riesgos, sino que pretenden limitar las pérdidas del reasegurado que provengan de un riesgo o de un conjunto de riesgos. La falta de comprensión de este aspecto es lo que suscita tanta controversia, desde el punto de vista jurídico, sobre estos esquemas, como se analiza en las líneas finales de este escrito.

2. Coberturas prospectivas y retrospectivas

Dentro del reaseguro de riesgo finito existe una amplia gama de productos, dependiendo de si el contrato de reaseguro pretende amparar negocios suscritos o por suscribirse, y en ese sentido se habla de **coberturas retrospectivas y prospectivas**.

Las primeras tienen particular trascendencia en aquellos ramos de seguro donde pueden presentarse reclamos que se configuren tardíamente, como acontece en el ramo de responsabilidad civil o como podría acontecer con algunas coberturas de los seguros de ingeniería, al paso que las coberturas prospectivas pretenden aliviar el efecto de acontecimientos catastróficos o de eventuales fluctuaciones en los resultados.

Son ejemplo de coberturas retrospectivas los “loss portfolio transfers” y los “Adverse development covers” mientras los cuota parte finitos (Finite quota share) y los “Spread loss treaties” son de carácter prospectivo.

3. Compañías cautivas

Mediante el método de **COMPAÑÍA CAUTIVA** se pretende la generación de reservas que permita asumir cierto nivel de reclamos

en caso de sobrevenir y al menor costo posible. Se trata de una modalidad de fondo de autoseguro o de retención de riesgos y que por ese mismo carácter, inicialmente se les considero más como un mecanismo de financiación de deducibles y de ahorro en impuestos, aunque comprenden otras consideraciones técnicas y financieras.

Este esquema de retención o asunción de riesgos se originó en la década de los sesenta como consecuencia de los mayores desarrollos en los programas de administración de riesgos de las grandes corporaciones americanas, quienes consideraron sus primas de seguros como costos de capital y esto condujo, a que se examinara en más detalle los componentes de la prima de riesgo (exposición, frecuencia y severidad) y por supuesto, con una mayor orientación hacia los sistemas de control de riesgos.

La cautiva cumple la función de una "retención adicional de riesgos", si la utilidad neta generada por la cautiva por suscripción e inversión es substancial su efectividad estaría comprobada, pero siempre y cuando que dicho beneficio fuese mayor al que pudiera lograrse a través del seguro.

Dichos resultados también deben analizarse comparándolos con los que se lograrían bajo un esquema de retención de riesgos mediante un fondo manejado internamente.

De manera que persigue no sólo dispersar las pérdidas en un período predeterminado, la acumulación de fondos o generación de reservas para enjugar las reclamaciones en caso de sobrevenir y a un costo inferior al que representaría el uso de otro mecanismo.

Los beneficios que se derivan de la cautiva, desde el punto de vista de aseguramiento, se relacionan con la disponibilidad de amparo para riesgos que se tornan inasegurables en términos de precio y/o de capacidad o cuya cobertura asegurativa tradicionalmente ha sido muy onerosa. Persigue reducir la dependencia del mercado convencional y capitalizar eficientemente fondos deducibles de impuestos, para enjugar las consecuencias pecuniarias que se deriven de cierto tipo de

riesgos como contaminación, terremoto, huracán, o cualesquiera otros riesgos asegurables o de carácter fortuito, etc.

A propósito de esta última finalidad, el desarrollo de la ciencia y de la tecnología han conllevado la aparición de riesgos que no siempre la industria del seguro y del reaseguro han estado dispuestos a amparar como ha sucedido con los riesgos de polución o contaminación, o con riesgos políticos como el terrorismo y existe toda una gama de riesgos directamente relacionados con la actividad misma que desarrolla el empresario, que se han reputado como de carácter especulativo (riesgos empresariales) y que tradicionalmente se venían ubicando por fuera del marco de los seguros, pero respecto de los cuales existe la posibilidad de pérdidas y reclamos para los accionistas o para los administradores de las empresas y que por ese mismo hecho, demandan de algún tipo de protección.

Para riesgos de esta naturaleza, empiezan a surgir muy tímidamente esquemas bajo denominaciones como "integrated risk programmes" en donde riesgos propios de los seguros reales se amparan de manera conjunta con riesgos patrimoniales. En otros casos, riesgos de carácter empresarial o financiero como cambios de precios en mercaderías o riesgos por fluctuación de tipo de cambio o aún dividendos por acción, vienen cubriéndose bajo las llamadas "structured solutions".

Lo novedoso de este tipo de protecciones es que no se han implementado solamente a nivel de seguro, sino que pretenden extenderse a campos como el reaseguro, ofreciéndoles a las compañías de seguros la posibilidad de amparar sus resultados técnicos o de suscripción o sus resultados financieros. Claro está, que unos y otros estarán a disposición de nuestros mercados en un tiempo que de seguro no será breve, mientras se analizan los resultados que esos productos arrojen en otros mercados y de esa forma, se les realicen ajustes con mayor grado de sofisticación, que permita que sean comercializados más ampliamente.

Para finalizar, es preciso enfatizar que para garantizar el éxito del esquema de cautivas, es menester la adopción de niveles

exigentes en materia de prevención, seguridad y control de riesgos, que permita una orientación permanente hacia mayores niveles de retención.

4. Titularización de coberturas catastróficas

La titularización como mecanismo de consecución de recursos a través de la emisión de títulos se le considera como una forma de desintermediación financiera.

Ahora bien, ese proceso de desintermediación financiera, de acuerdo con Hernán BELTZ PERALTA "... se presenta cuando una empresa que tiene necesidad de financiación, decide optar por la emisión y colocación directa de títulos en el mercado, en lugar de recurrir a los intermediarios financieros para que éstos satisfagan sus necesidades. Se trata, pues, simplemente de que la empresa, en lugar de adquirir una deuda con un banco para disponer de los recursos que requiere, acuda al mercado de fondos prestables y coloque allí, entre los inversionistas, sus títulos.

"Este tipo de fenómeno, implica un cierto desplazamiento de la entidades financieras del tradicional papel que han jugado en las economías del mercado; en efecto, dentro del esquema tradicional de financiamiento, esquema del todo dominante en nuestro país, las empresas entran en contacto con el mercado de fondos prestables, a través de su relación con el Banco. En el esquema de financiamiento desintermediado, las empresas reducen la distancia que las separa de los recursos de ahorro, viniendo directamente a buscar fondos en este mercado.

"Ahora bien, ¿cuál es el objeto y la utilidad que para las empresas tiene este financiamiento directo?

"La respuesta a esta cuestión nos la provee, en primer lugar, el margen de intermediación. Efectivamente, cuando una empresa decide apalancarse en el mercado, tiene que competir por los recursos de ahorro que en él se movilizan con todos aquellos que a ese mercado acuden con el mismo propósito. Ello supone que la empresa

tenga, en particular, que competir con los intermediarios financieros, que también están tratando de atraer hacia sí el dinero de los inversionistas. Para el logro de ese objetivo, los intermediarios ofrecen a los ahorradores una remuneración por el sacrificio del consumo presente que su ahorro supone, y esa tasa de interés pasiva ofrecida por los intermediarios constituye un parámetro fundamental en la determinación del costo que tiene el apalancarse en el mercado. Es sobre la base de esta remuneración y compitiendo con ella, que la empresa puede esperar atraer la atención y el dinero de los inversionistas a cambio de los títulos por ella emitidos, pero, y aquí está el quid de la cuestión, esta tasa de interés ofrecida por los intermediarios, que la empresa debe tratar por lo menos de igualar, y que, en verdad, debe en general superar si es que ha de movilizar los recursos que requiere, es bastante inferior a la tasa de interés de los créditos bancarios. Y la razón y la amplitud de esta diferencia están dadas por el margen de intermediación”.³⁷

Después de la ocurrencia del huracán Andrés o Andrews en 1.992, como las pérdidas de la industria aseguradora fueron de 16 billones de dólares aproximadamente, se produjo una disminución en la capacidad para coberturas de catástrofe y como consecuencia de ello, en algunas latitudes los mercados financieros y de capitales se ocuparon de generar fuentes adicionales de capital para aseguradores y reaseguradores, de tal forma que contaran con mecanismos alternos para dispersar las consecuencias de siniestros mayores o de eventos de naturaleza catástrofica.

Como consecuencia de ello, surgieron los bonos de catástrofe y con ellos las primeras **titularizaciones de coberturas de catástrofe** auspiciadas por banqueros de inversión americanos de primer nivel. Más recientemente han aparecido las “liability backed securities” que se refieren a ramos de seguros de carácter no catastrófico y donde el rendimiento del inversionista proviene de los resultados que se deriven de la cartera o ramo en cuestión.

37. “Titularización”, publicación de la Bolsa de Bogotá, abril de 1.993, pág 12.

Algunos especialistas vaticinan que en poco tiempo, es probable que aparezca la titularización de coberturas facultativas sobre grandes plantas industriales.

Ejemplos de estas operaciones de titularización son las siguientes:

Una compañía europea colocó bonos de catástrofe por US \$ 231 millones y supeditados a un periodo de tres (3) años. El bono preveía un interés del 2.25% que como ya se dijo estaba unido al riesgo de catástrofe y por lo tanto, el riesgo para los tenedores de los bonos consistía en que si la aseguradora se veía precisada a pagar en un periodo de 12 meses daños a más de 6000 vehículos por granizo o tormenta, los tenedores de los bonos no recibirían intereses.

Como es de suponer, el interés ofrecido está por encima del usual en el país de origen de dicho asegurador.

En enero de 1.997 Saint Paul Re realizó una titularización por US\$ 68.5 millones con el propósito de financiar a George Town Re y de esa forma, contar con capacidad de retrocesión durante un cierto período, pues se trata de títulos convertibles en acciones preferenciales en un plazo de diez (10) años .

Sin embargo, el desarrollo de este tipo de titularización ha estado afectado por los bajos precios de las coberturas catastróficas en los mercados tradicionales y por las bajas tasa de interés que, según entendidos en materia de instrumentos de inversión de los mercados de capitales, ofrecen las titularizaciones de catástrofe. Igualmente, se señala que este tipo de titularizaciones son bastante complejas lo que las hace que no sean fácilmente comprensibles para los inversionistas.

Al parecer, las primeras modalidades utilizadas en el mercado americano consistieron en mecanismos de financiación de riesgos que proveían crédito para la atención de reclamos, que bajo el esquema tradicional, hubieran sido pagadas por el reaseguro que la respectiva compañía tuviera contratado.

Dichas facilidades crediticias se denominaron “contingent surplus notes” y cuya utilización se consideraba como pasivos o deudas pero se les utilizaba como excedentes que le permitían al asegurador en cuestión, tener acceso a un capital durante el período establecido en los títulos y el cual podía oscilar de 10 a 30 años.

V - ¿HACIA UNA NUEVA CONCEPCION TÉCNICO-JURIDICA DEL RIESGO REASEGURABLE?

Como se expuso líneas atrás, el riesgo reasegurable lo constituye la posibilidad de afectación patrimonial del asegurador-reasegurado y así como bajo el contrato de seguro es necesario individualizar la persona o el bien protegido bajo la póliza, en el contrato de reaseguro es menester que la individualización se cumpla de acuerdo con el método y sistema de reaseguro al cual se acuda.

A semejanza del riesgo asegurable, el riesgo bajo el contrato de reaseguro tendría como limitantes el dolo, la culpa grave, los actos puramente potestativos del tomador o del asegurado, o que su finalidad sea la de amparar sanciones de carácter penal o policivo.

Respecto de las notas distintivas del riesgo, se destacan su carácter fortuito o aleatorio y es en este último aspecto donde se presenta mayor controversia entre los doctrinantes, cuando analizan las características del riesgo bajo los sistemas alternativos de transferencia de riesgos.

Los sistemas alternativos de transferencia de riesgos, también denominados reaseguros financieros se basan en principios de financiación del riesgo, que es una de las etapas cruciales dentro de un proceso de evaluación y administración de riesgos.

Las diversas modalidades de estos esquemas alternativos presentan características comunes: la constitución de un fondo; el establecimiento de límites agregados de responsabilidad; su término de vigencia comprende usualmente varias anualidades; los réditos de los recursos financieros se toman en consideración y por lo general,

preven esquemas de participación de beneficios o en las pérdidas (commutation clauses).

El hecho que estos sistemas se basen en técnicas actuariales sofisticadas que permiten predecir de manera, más o menos exacta, posibles desviaciones en la carga simestral que se pretende proteger, lleva a algunos a pensar que el carácter aleatorio del riesgo se rompe en frente de dichos esquemas. Apreciaciones que quizás olvidan que las técnicas actuariales permiten establecer tendencias, pero no son de carácter premonitorio y por esa misma razón, no desnaturalizan el carácter fortuito que, prevalece, a pesar de su base matemática, en los sistemas alternativos de transferencia de riesgo.

De otro lado, dichos esquemas se basan en los rendimientos esperados de unos recursos que se van acumulando en un periodo preestablecido; rendimientos que dependerán del comportamiento de los mercados financieros y en especial, de los títulos o instrumentos en que se inviertan tales recursos. Si bien, en algunas épocas el comportamiento de los mercados financieros puede resultar predecible, esta labor adquiere una mayor complejidad cuando se analiza bajo una óptica de largo plazo; característica esta última que es propia de los sistemas alternativos de transferencia de riesgos.

La tendencia a descalificar de plano estos nuevos esquemas de reaseguro, quizás obedece al estigma que produjeron los denominados contratos de beneficio garantizado (surplus relief), conocidos en nuestro medio como "contratos de cuota parte financieros" y en los cuales no existía riesgo para el reasegurador, pues como su nombre lo indica, de antemano se establecía un nivel de beneficio como remuneración por sus servicios, a través de comisiones escalonadas, que en cuanto tales preveían diversos niveles de comisión para diversos grados de siniestralidad que pudiera alcanzar el contrato.

Esta clase de contratos fueron, con razón, severamente cuestionados porque alteraban los estados financieros del asegurador, de tal forma que desfiguraban su verdadero desempeño, haciéndolo lucir más eficiente.

De ahí porque surgió la tendencia regulatoria a proscribirlos y que en nuestro medio se materializo en la Circular Externa 044 del 22 de enero de 1.998, proferida por la Superintendencia Bancaria y posteriormente reiterada por la Circular Externa 070 del 29 de noviembre de 1.999.

Ahora bien, es conveniente precisar que algunos de estos esquemas de reaseguro que se comprenden bajo la expresión "sistemas alternativos de transferencia de riesgos" tienen por finalidad, por regla general, transferir o proteger carteras de siniestros a través de esquemas no proporcionales y de ninguna manera se trata de contratos de beneficio garantizado, prosritos en varios países por los organismos de supervigilancia y control de las entidades aseguradoras.

Es bien sabido que bajo tales esquemas no existe una distribución de riesgos entre los extremos de la relación contractual como acontece bajo los reaseguros de sumas o proporcionales, aunque si existe transferencia de responsabilidades, por regla general, aunque no exclusivamente, se limita la responsabilidad del reasegurado dentro de la carga siniestral del ramo o ramos materia de la protección, a niveles más consecuentes con su capacidad patrimonial y su grado de liquidez.

Si bien es cierto, los sistemas de tarificación de tales esquemas, ya se trate del método de costo de siniestros o de "burning cost", del de exposición del de recuperación o "pay back", presuponen el análisis de la experiencia siniestral de la cartera en un período mínimo de cinco (5) años y se simula o proyecta su comportamiento, esto no significa tampoco que el reasegurador no asuma un "riesgo de suscripción", pues el uso de técnicas estadísticas y de herramientas actuariales no tienen la virtud de eximir al reasegurador de eventuales pérdidas que provengan de hechos de la naturaleza o de la acción del hombre, no le permite conocer de antemano los resultados de los negocios que le son propuestos. En otras palabras, el reasegurador asume hechos futuros e inciertos, cuyo acaecimiento no dependen de la voluntad de los extremos de la relación contractual.

De manera que estos sistemas alternativos, generalmente se estructuran bajo modalidades de reaseguro no proporcional, también denominados reaseguros de siniestros o de exceso de pérdida, en los cuales no se presenta una distribución porcentual de las sumas aseguradas de los riesgos, sino que se persigue limitar la responsabilidad del asegurador-reasegurado dentro de la carga siniestral del ramo o ramos comprendidos dentro de la cobertura de reaseguro en cuestión, para que la exposición del asegurador-reasegurado guarde correspondencia con su capacidad patrimonial y sus niveles de liquidez, aspectos que por ningún motivo y de forma alguna le restan al riesgo reasegurable, su carácter fortuito e incierto.

O REGIME PRESCRICIONAL NOS CONTRATOS DE SEGURO APÓS O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dr. Flávio Queiroz

I - ESCLARECIMENTOS INICIAIS

O tema a ser enfrentado, ou seja, a regulação da prescrição e da decadência nas obrigações advindas dos contratos de seguro reveste-se de óbvias dificuldades, salvo pela opção por soluções simplistas.

O cerne da questão implica, porém, antecipadamente estabelecer alguns pressupostos teóricos básicos, alicerces para conclusões a serem obtidas. Dentre estes, e com especial destaque, precisar os limites de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos de seguro, a influência do regime de prescrição e decadência previsto no Código do Consumidor e, caso afirmativas as respostas a estas indagações, quando aplicar a regra consumeirista.

Revela-se evidente que por trás de soluções teóricas buscadas, relativas ao conflito, ou aparente conflito de normas no tempo, existem questões práticas de significativa importância. O prazo para exercício de direitos e de pretensões no CDC, na maioria das situações, é bem mais longo do que o posto no Código Civil Brasileiro (CCB) para as relações jurídicas securitárias.

Evitando-se ao máximo fugir do tema, as questões prévias acima referidas, serão objeto de análise. São indispensáveis para um desenvolvimento lógico das idéias defendidas, culminando nas con-

clusões do presente estudo. De plano, cumpre deixar consignado não se esperar aceitação pacífica das posições tomadas, tanto em razão das divergências teóricas, como em face das conseqüências práticas, poder-se-ia dizer econômicas, das mesmas. Ansiamos, todavia, por um aprofundamento do debate em torno da matéria, permitindo seu revolver sem a parcialidade dos debates judiciais e sem o açodamento pernicioso de soluções simplistas, arrimadas apenas na prontidão das respostas.

Não se aguarde desse trabalho pretensão maior que esta.

II - DA APLICAÇÃO DO CDC AS RELAÇÕES DE SEGURO

Muito embora este ponto específico seja objeto de brilhante palestra, um mínimo de sistematização exige breves anotações em torno do mesmo.

Como todos sabem, o âmbito de aplicação do CDC, o seu alcance normativo, tem provocado forte debate doutrinário, com repercussões pretorianas. Dividem-se os autores, desprezados nuanças individuais, nas correntes finalista e maximalista.

Pretendem os maximalistas, como sua denominação sintomatiza, aplicação ampla do CDC, concedendo a este alcance em largo espectro de relações jurídicas. Com especial amparo na exegese do art. 29 do CDC, admitem a aplicação deste sempre que (literalmente) houvesse concretização de práticas comerciais, sem maiores considerações de ordem subjetiva.

Os adeptos da corrente finalista, diversamente, entendem que o CDC só se aplica, em princípio, quando o utente do produto ou serviço se enquadrar como consumidor final. Ao se invocar o disposto no art.29 deve se adicionar ao caso concreto a vulnerabilidade ou a catividade (decorrente, por exemplo, de monopólio), para render ensanchas ao manejo da norma protetiva. Em suma, onde ocorrer a vulnerabilidade presumida no consumidor final.

De nossa parte, filiamo-nos sem ressalvas à corrente finalista, posto nos parecer ser esta harmônica com interpretação teleológica e sistemática, atentando para o escopo normativo.

Pelo critério maximalista nos parece ocorrer uma banalização do CDC, desaparecendo as razões que o fazem um Código de DEFESA e PROTEÇÃO do Consumidor. Não um código de consumo e sim, repita-se, um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, diferentemente do que ocorre em outros países.

O CDC, obedecendo a razões históricas, já foi previsto em nossa Carta Magna como voltado para defesa e proteção. É fenômeno legislativo que corresponde a uma revalorização da pessoa humana, ou se assim se preferir, a uma visão pós-moderna do direito por todos, entre nós, Cláudia Lima Marques. A ampliação desmedida do âmbito de alcance do CDC fará desaparecer a especial proteção destinada a aqueles. Tratar a todos como consumidores, o que aliás agora todos querem, implica em não conceder a este qualquer tratamento especial, e sim um tratamento igual. Vale dizer, voltar a tratar igualmente desiguais. Por essas razões, muito sucintamente expostas, abraçamos a posição finalista.

Cabe, dentro do critério finalista, uma ressalva. A caracterização de consumidor, enquanto destinatário final, não alberga apenas uma idéia fática, destino final em sentido material. Destinatário final, igual a dizer consumidor, envolve e engloba uma caracterização material e econômica.

Quando a utilização do produto ou serviço integra a atividade profissional ou os objetivos empresariais, não surge a figura do consumidor, ainda que materialmente seja este o destinatário final. Sinteticamente, o caracterizável como insumo exclui a idéia de consumo, tal qual prevista no CDC. Exemplificativamente, o combustível adquirido por uma transportadora e usado nos seus veículos é insumo, sem configurar ato de consumo, na forma preconizada pelo Código.

Não se argua se tratar de diferenciação sem respaldo legal. De nossa parte, acompanhando larga e prevalente corrente doutrinária

e pretoriana, entendemos que esta conclusão, única que nos parece possível, decorre da interpretação lógica, sistemática e teleológica do CDC, atentando para a "ratio legis".

Em reforço, saliente-se que não se trata de idéia nova feita a talhe para o CDC, ou para manuseio cômodo do mesmo. Em seara de direito tributário, o conceito de destinação econômica para efeito de admissão ou exclusão de creditamentos de pagamentos anteriores é tradicionalmente usado. O insumo é incorporado na atividade produtiva, profissionalmente adquirido, permanecendo em circulação econômica inclusive por agregamento aos custos. Não há consumo em sentido técnico jurídico e sim produção, ainda que materialmente desapareça o bem ou serviço, como ocorre no acima citado exemplo do combustível.

Em tema de contrato de seguro o emprego preciso da idéia de destinatário final se mostra de importância definitiva.

Fosse se empregar tão somente a idéia de destinatário final material, todo e qualquer contrato de seguro caracterizaria uma relação de consumo, vez que não há cessão da posição contratual de forma profissional; vale dizer, não prossegue a circulação material do serviço seguro.

Entra pelos olhos, todavia, que nem todo contrato de seguro é uma relação de consumo. Assim não ocorre quando o seguro integra a atividade econômica, servindo como atração de vendas, cumprindo exigências contratuais e situações similares. Em tais casos, o valor do seguro integra os custos e é economicamente repassado a terceiros, estes sim, por vezes consumidores.

Aplicando-se, em nossa óptica, o CDC pelo critério finalista, este regulará as relações securitárias quando estes contratos não forem firmados como auxiliares ou instrumentos de atividade econômica do segurado.

Há, aqui, um ponto que merece anotação.

Postura diversa, decorrente do agasalhamento da teoria maximalista do CDC, infirma nossa maneira de entender a aplicação desta norma aos contratos de seguro. Não altera, todavia, a questão fundamental, foco do presente trabalho, concernente a prescrição das pretensões e decadência de direitos decorrentes de relações jurídicas securitárias.

Defendemos adiante um determinado efeito quando aplicável o CDC aos contratos de seguro. Entendendo-se mais ampla a aplicação, entender-se-á que este efeito se concretiza em maior número de hipóteses. O cerne, efeito do CDC em matéria de extinção por decurso de tempo, não será por isso afastado, ainda que possa ser por outras razões.

III - PRESCRIÇÃO E CONTRATO DE SEGURO

Como de todos sabido, o Superior Tribunal do Justiça, já após a edição do CDC, cristalizou no enunciado nº 101 de sua jurisprudência dominante :

“A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em 01 (um) ano”.

Não nos parece que esta súmula traga luzes a questão aqui tratada. O dito é que a configuração de um seguro em grupo, a interveniência de um estipulante, não transmuda a natureza contratual. Disso não divergimos.

Não se enfrentou a questão objeto do presente.

Diferentemente, em outras decisões, o STJ se debruçou especificamente sobre o tema. Assim, por exemplo, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para entender consumada a prescrição no prazo de um ano, conforme previsto no art.178,§ 6, II, do Código Civil Brasileiro. A ementa do acórdão tem o seguinte teor:

“CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. COBRANÇA DO VALOR SEGURADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 27. PRESCRIÇÃO DE 5 (CINCO) ANOS. INAPLICABILIDADE. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR FATO DE SERVIÇO. DESSEMELHANÇA COM A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO ANUA. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, § 6º II. LEI DE INTRODUÇÃO. ART. 2º § 2º. RECURSO ACOLHIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

I- A ação de indenização do segurado contra a seguradora, decorrente do contrato de seguro, prescreve em um ano, não tendo aplicação o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo essa norma a propósito da prescrição em cinco (05) anos nas ações de reparação de danos por fato de serviço, que não guarda relação com a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento contratual.

II- Na linha do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, a lei nova, no caso o Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer disciplina especial quanto à ação de reparação de danos por fato de serviço, aí incluindo os decorrentes das relações de consumo entre segurado e seguradora, não revogou o art. 178, § 6º, II do Código Civil, sendo esse dispositivo mais amplo, a englobar as demais ações entre segurado e seguradora.” (Resp. n.º 232,483-RJ)

Do corpo do voto condutor pode se extrair os seguintes fundamentos:

O inadimplemento contratual não tem relação com responsabilidade por fato do serviço;

O prazo prescricional é de um ano por não revogação do art. 178, § 6º, II pelo CDC.

A posição tomada no acórdão reduz sensivelmente o campo de aplicação do regime extintivo previsto no Código do Consumidor nas relações jurídicas entre segurados e seguradoras. Restariam

apenas as situações que não tratassem diretamente do cumprimento de obrigações com fonte contratual. Incidiria o CDC, neste entendimento, tão somente em situações excepcionais e raras, como por exemplo, ataques à honra, responsabilidade pós adimplemento.

Não nos convence, porém, a fundamentação aposta no acórdão, vez que assente em distinção de base milenar mas, ao nosso ver, não recepcionada no CDC. A diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual deita suas origens no direito romano. Não parece, todavia, ter recebido acolhida no Código do Consumidor.

Já tivemos oportunidade de consignar:

“Essa dicotomia, no CPDC, perde por completo seu significado, vez que o tratamento e solução são idênticos, quer exista ou não relação negocial entre a vítima e o fornecedor. Não há distinção para a responsabilidade do fornecedor, se o atingido manteve com ele um contrato, ou se foi um terceiro estranho, como um bystander, ou se a aquisição do produto pelo consumidor ocorreu em uma loja sem nunca ter mantido qualquer negócio jurídico com o fabricante ou fornecedor.

A responsabilidade vem diretamente da lei, extraída da garantia de qualidade exigível dos produtos, sem uma relação de consumo. A tendência à superação da tradicional divisão encontrou no Código seu ponto alto. Há uma uniformidade tal quanto aos fundamentos e ao tratamento que torna até difícil falar em igualdade entre os dois regimes. O que há, na verdade, é um único regime, com a supressão da dicotomia.”

Assim fizemos com apoio em larga doutrina. Foi igualmente esta a posição do próprio STJ ao decidir:

“Seguro. Competência. Ação de cobrança de indenização. Código de Defesa do Consumidor.

O descumprimento da obrigação de indenizar é fato ilícito contratual e gera responsabilidade civil do infrator.

Ocorrendo na relação de consumo (serviço de seguros) pode a ação dela derivada ser proposta no foro do domicílio do autor, nos termos do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor” . Resp. n.º 193.327

Patente fica, em nosso entender, contradição não excepcional entre as decisões daquele Tribunal.

Em verdade, parte dos estudiosos já vinha pontualmente considerando inexistentes pretensas diferenças de fundo entre o ilícito relativo, infração de dever negocial, e o ilícito absoluto, infração de regra legal. Em verdade, a ambigüidade de regimes mais se assenta em razões históricas, vinculadas ao seu surgimento, do que em distinções de base. A propósito:

“O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo contratual ou não.”

O legislador deu, portanto, um tratamento unitário ao assunto, não cabendo ao intérprete, quando da análise do novo modelo, qualquer tentativa de utilizá-lo como se fosse uma mera reforma das categorias dicotômicas. O texto legal simplesmente não as teve em mente. Muito ao contrário, procurou delas se afastar, sepultando, por assim dizer, a *summa divisio* clássica.

A melhor doutrina e a jurisprudência já vinham indicando a impossibilidade de encaixe perfeito da tutela do consumidor contra os vícios de qualidade por insegurança em um ou noutro regime tradicional. Waldírio Bulgarelli, com muita precisão, descreveu o dilema: “ tanto o sistema da responsabilidade contratual como o da aquiliana, baseados na culpa, revelaram-se inadequados para um sistema geral

de reparação de danos causados por produtos defeituosos e, por isto, reclama-se um tipo de responsabilidade baseado no risco/proveito (noblesse oblige, richesse oblige)".

Assim, pode se afirmar com mais força quando não mais trabalhamos com a idéia, estritamente ligada a reprobabilidade, de ilícito.

Operamos, nesse campo, com conceitos mais atualizados, de assunção de riscos ou de distribuição de custos, fundamentos da responsabilidade objetiva na esfera privada.

Pouco importa, neste quadro, a origem do fato danoso ou da obrigação incumprida.

Por outro lado, não se pode aceitar interpretação conducente a ilogicidades e incongruências. É o que ocorre quando se pensa que o CDC surge para proteger o consumidor e se refugia de sua defesa exatamente quando o atingido, inegavelmente, configura-se como consumidor por ter contratado um serviço. Afastar-se-ia o CDC exatamente quando houvesse consumo, ou quando o que sofreu o dano, as escancaradas, fosse consumidor. Outra não é a conclusão quando se disseca o pensamento de afastar a regra do Código por existir dever contratual descumprido e aceitar sua incidência quando não se fizer presente dever negocial.

Sem sombras de dúvidas, quando o tomador do serviço (como destinatário final) trava relação contratual com o fornecedor ele é claramente consumidor, descabendo portanto afastar o regime do Código do Consumidor.

Cumpra acrescentar que seguro, para sua inclusão como serviço, conforme expresso no CDC, só tem sentido como um contrato de seguro. Sem isto perde, por completo o significado. Não é dano causado por seguradora em suas atividades meio. A previsão do Código é de seguro como prestação de serviço; e seguro pressupõe um contrato de seguro. Como no contrato, ou sobre o dele derivante,

desde que preenchidas as demais condições, não incidiria a norma de consumo?

A inovação do CDC não é estabelecer deveres jurídicos quando existe relação negocial. É exatamente admitir o surgimento de responsabilidade independentemente de anterior relação negocial, pelo simples fato, juridicamente relevante, de ter introduzido o produto ou serviço no mercado consumidor. Não implica em piorar a situação daqueles que firmaram contratos. Afastar o Código exatamente nas situações em que o contrato ocorreu e o ato de consumo se caracterizou guarda algo, “permissa vênia”, de teratológico.

Nesse diapasão, o descumprimento de obrigações advindas de contrato deve ser tratado como responsabilidade, dependendo da situação concreta, por fato ou por vício, seja do produto, seja, em matéria de seguros, do serviço.

Seria ainda bastante estranho que o CDC, tão metuculoso, descuidasse das situações de inadimplemento contratual, deixando desamparado o consumidor em situação assaz comum. O Código teria tratado das situações pré-contratuais, da formação, da execução; e esqueceria das patologias contratuais!

Adiante traçaremos as situações que ao nosso ver caracterizam fato ou vício do serviço nos contratos de seguro.

IV - DA PREVALÊNCIA DO CDC

Existem situações nas quais surge aparente conflito entre o CDC e o CCB, fazendo-se necessário optar pela prevalência de uma ou de outra norma. Não é estranho que isso ocorra, vez que o Código do Consumidor não contempla relações jurídicas diferentes ou novas, e sim relações já antes existentes sobre um novo fundamento de valor, ou seja, buscando proteger o consumidor.

O CCB, a exemplo de outros códigos, tem assumido cada vez mais um papel de norma residual ou geral, em face de microsistemas,

cujas importâncias se fazem cada vez maior, como já preconizava Orlando Gomes.

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente, é regra especial, centrada na figura específica que busca proteger para (re)equilibrar as situações jurídicas, exatamente a figura do consumidor. Insere-se dentre os novos ramos do direito, organizados e separados não pelo seu conteúdo e sim ligados e tornados harmônicos por sua função, pelo escopo pretendido, no caso concreto, proteção e defesa do consumidor.

Cediço que em caso de aparente conflito prevalece a norma especial, também mais nova, levando a prevalência das disposições do CDC sobre as regras antes postos no Código Civil.

Alie-se a isso que alguns autores e tribunais tem concedido ao Código do Consumidor "status" de Lei Complementar, vez que editado, ainda que morosamente, por força de comando constitucional.

O que dizer, todavia, do problema do perecimento de direitos ou pretensões oriundos do contrato de seguro, posto que objeto de comando específico, ainda que inserido no Código Civil?

Não nos parece que isso traga maiores dificuldades. A regra, para os contratos de seguro, é a posta no Código Civil, salvo quando se tratar de uma relação de consumo.

A ampliação da situação fática, por adição da nota distintiva (relação de consumo), implicará em fugir ao suporte desenhado pelo Código Civil para submetê-la a disciplina traçada pelo CDC.

Vale dizer que as relações entre segurado e seguradora caracterizadoras de relações de consumo, encontram seu perfeito encaixe na nova norma e por ela são tratadas. Ao reverso, as relações jurídicas entre segurado e seguradora, que não sejam relações de consumo, permanecem reguladas pelas disposições do Código Civil, regra geral para os contratos de seguro.

As relações de consumo de natureza securitária submetem-se ao CDC (ART. 3º, § 2º), inclusive no tocante a matéria prescricional e decadencial.

Nessa óptica, única que nos parece possível, configurando-se a relação de consumo, prevalecerá para todas as matérias, inclusive para a questão extintiva, o tratamento dispensado pelo Código do Consumidor. A prescrição (anual ou bienal) afasta a incidência do art. 177 do CCB, e é a regra para os contratos de seguro que não são relação de consumo.

O “ plus,” relação de consumo, desautoriza que a moldura legal do nosso diploma civilista seja utilizada. O excesso, dado fático a mais, faz transbordar do CCB, recaindo no traçado antevisto pela legislação protetora do consumo.

V - FATO DO SERVIÇO OU VÍCIO DO SERVIÇO NOS CONTRATOS DE SEGURO.

De todos sabido que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu regimes diversos para as responsabilidades decorrentes de vício ou de fato, do produto ou do serviço.

Fato é o dano provocado a incolumidade física ou patrimonial do consumidor ou terceiros.

Diferentemente, vício é a deficiência interna, desprovendo o produto ou serviço de utilidade ou retirando seu valor.

Estabeleceu regimes diversos inclusive no tocante a extinção por decurso de prazo (aqui de qualidade). Assim, para vícios estabeleceu:

“ Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles, decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou

mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:”

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.”

Para fato, prevê:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

“Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

As relações securitárias, como adiante se buscará demonstrar, possuem aptidão para se fazerem fontes de obrigações decorrentes tanto de fato como de vício.

VI - VÍCIOS DO SERVIÇO-SEGURO

O contrato de seguro é definido pelo Código Civil como:

“Art. 1432. Considera-se contato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

A nota marcante é, indiscutivelmente, a garantia, a segurança, propiciada por este serviço. A importância dessa segurança,

pedra de toque deste contrato, chega ao ponto da mais moderna doutrina, rompendo arraigadas concepções, afastar o contrato de seguro dos negócios aleatórios. Afastam a idéia de prestação indenizatória possível da seguradora para fixar em uma prestação certa, segurança, a contraprestação ao prêmio pago pelo segurado.

Em uma concepção mais moderna, ou mesmo em uma mais tradicional, importa notar que a função do seguro é propiciar segurança e garantia ao segurado. Quando não preenchida esta função, não propiciando a relação jurídica segurança ao consumidor, defrontamos com um vício, posto que desatendida a legítima expectativa do consumidor, desaparecendo a função para a qual foi tomado o seguro.

Em não havendo para o segurado a garantia, função única do serviço tomado, caracterizado resta o vício do serviço, por cumprida integralmente a conceituação expressa no parágrafo 2º do art. 20 do CDC: do CDC:

“ ...

§ 2º são impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.

Gize-se que a falta de garantia, equivale dizer, o vício do serviço, pode residir tanto em razões fáticas (econômicas), como em razões jurídicas.

Faticamente, a garantia pode inoconter por incapacidade econômica da seguradora de fazer frente a possíveis sinistros, por insuficiência de recursos, improvimento de reservas, etc.

Juridicamente, por disposições contratuais esvaziadores da função securitária, posto que a cobertura ofertada, de tão diminuta, não oferece qualquer real segurança. Assim se chega por excessiva restrição da cobertura ou por hipertrofia ou generalização de riscos excluídos.

Em qualquer dessas situações, e independente da efetiva ocorrência do sinistro, o serviço não atende às razões de sua contratação, posto inexistir verdadeira garantia. Estamos diante de flagrante situação de vício do serviço, como tal submetido aos exíguos prazos decadenciais próprios desta espécie de responsabilidade.

Há, ainda, uma questão de máxima importância, referente ao termo inicial para manutenção do direito. A regra do art. 26 do CDC não é de prescrição e sim de decadência, incoorrendo renovações fora das hipóteses legais (parágrafo segundo). Ainda que a relação seja de trato sucessivo, por ex., apólices com prazo, não se renova dia a dia.

Isto é decorrência lógica do fato de nos encontrarmos, como expresso, em face de decadência, e não prescrição.

Parte da doutrina se insurgiu, logo quando da edição do CDC, contra a caracterização como decadência, vez que previsto a suspensão. Enquanto seja da tradição do nosso ordenamento não admitir suspensão ou interrupção de decadência, nada obsta diversa disciplina legal, sendo o prazo previsto efetivamente de decadência. Trabucchi, acertadamente, já manifestava alerta no sentido de inexistir razão ontológica impeditiva de causa de suspensão ou interrupção de decadência.

VII - FATO DO SERVIÇO -SEGURO

É, ao nosso ver, igualmente evidente o potencial dos contratos de seguro para ensejar fato do serviço. Este, na linha que defendemos, manifestar-se-á tanto através do descumprimento da obrigação contratual de cobertura, como através da infringência de deveres paralelos da relação obrigacional.

Em ocorrendo um sinistro merecedor de cobertura e negado este, o bem da vida protegido não será restaurado ou indenizado. O dano, neste caso, não é simplesmente dentro do serviço. Há o desfalque patrimonial, caracterizando fato do serviço. Herman Benjamim, muito embora chegue à conclusão, neste particular restritiva, aponta:

“O defeito do serviço pode ser de prestação de concepção ou de comercialização.

O defeito de prestação , que se contrapõe ao defeito de fabricação no caso de produtos, manifesta-se no ato da prestação do serviço. É um desvio de um padrão de qualidade fixado antecipadamente. Em tudo o mais segue as características do defeito de fabricação”.

O segurado que não tem reposto o patrimônio, quando teria cobertura, recebe um serviço defeituoso por inadequação ao padrão pré-fixado na apólice. Há, inegavelmente, um fato do serviço.

De igual forma, outras situações podem caracterizar fato do serviço. Acidentes de consumo podem ocorrer durante a prestação do serviço securitário, como por exemplo danos causados por prepostos ou empregados da seguradora, atos de difamação, tratamento inadequado ou desonroso, mau realização de serviços defeituosos por contratados ou credenciados etc.

Sendo fato do serviço, recebe o tratamento jurídico deste e, conseqüentemente, recebe a regulação de prazo prescricional posta no art. 27 do CDC.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Marques, Claudia Lima- Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Ed. RT, 1992.
- Fachin, Luiz Edson (Coord) - Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 1998 .
- Perlingieri, Pietro - Perfis do Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- Lorenzetti, Ricardo Luis -Fundamentos do Direito Privado, São Paulo: RT, 1998.
- Vasconcelos e Benjamim, Antonio Hermam- Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.
- Cavalcanti, Francisco de Queiroz -Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

- Cavalcanti, Flávio de Queiroz B.- Responsabilidade Civil por Fato do Produto, Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- Grau, Eros Roberto - Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. Algumas notas, RDC n.º 05, São Paulo, Ed. RT.
- Menezes Cordeiro, Antonio - Estudos de Direito Civil, Coimbra: Ed. Almedina, 1991.
- Marin, James - Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- Trabucchi, Alberto - Instituciones de Derecho Civil, Madri: Ed. Revista Derecho Privado, 1967.
- Calois-Auloy, Jean - Droit de la Consommation, Paris: Précis-Dalloz, 1992.
- Lisboa, Roberto Senise- Contratos Difusos e Coletivos- São Paulo: Ed. RT, 1997.
- Gomes, Orlando - Novos Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Rocha, Carmen Lucia Antunes- Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado, Revista de Informação Legislativa, nº 111, 1991.
- Tzirulnik, Ernesto- Estudos de Direito do Seguro. São Paulo: Ed. Max Limond, 1999.

LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO EN CONTRA DEL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN MÉXICO

Pablo Medina Magallanes

I - Antecedentes.

II - Diferentes posturas legislativas en el ámbito de Latinoamérica y España.

III - Situación en México

1.1 - Responsabilidad civil conforme a la legislación mexicana.

1.2 - El seguro contra la responsabilidad en México.

1.3 - Breve reseña de las diversas posturas doctrinales al respecto.

1.4 - Adecuación de las diferentes posturas doctrinales a la legislación mexicana.

1.5 - Limitantes de la acción del tercero en contra la aseguradora.

1.6 - Acción directa del tercero en contra la aseguradora.

1.7 - Caso práctico.

IV - Agradecimientos.

La acción directa del tercero en contra del asegurador en los seguros de Responsabilidad Civil en México.

I - Antecedentes.

La responsabilidad civil como riesgo susceptible de ser asegurado, ha motivado no pocas discusiones en la Doctrina, por cuanto a qué hecho debe ser considerado como siniestro.

Dicha discusión encuentra desde mi punto de vista una clara y evidente explicación, y es que dependerá de cuál sea ese momento para que nazcan las obligaciones de pago a cargo del asegurador.

En adición a lo anterior y para efectos de la legislación mexicana, esa discusión toma una importancia especial, puesto que es a partir de ese momento, cuando el tercero tiene un acción directa en contra del asegurador.

II - Diferentes posturas legislativas en el ámbito de Latinoamérica y España.

A) Esta posibilidad de la acción directa que se establece en la ley mexicana también fue la aceptada por, entre otros;

El legislador español, quién en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, la consigna;

El boliviano que prevé esa acción directa en el artículo 1090 de su Código Comercial, con la salvedad de que ésta será procedente cuando el asegurado se haya ausentado, fugado, tenga impedimento o haya fallecido, así como en el artículo 37 de la Ley de Seguros de la República de Bolivia bajo el número 1883, de 25 de junio de 1998, bajo el rubro de Establecimiento del seguro obligatorio de accidentes de tránsito;

El chileno quién también otorgó una acción directa en el caso del seguro obligatorio de accidentes personales, que deben tener todos los vehículos motorizados que circulan en Chile por las vías públicas,

regulado en la ley 18.490, publicada en el Diario Oficial el 04 de enero de 1986, y específicamente en su artículo 10º;

El colombiano que en su Código de Comercio Decreto 410 de 1971, estableció en su artículo 1133, modificado por la Ley 45 de 1990, en su numeral 87, estableció que en el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador, y que dicha acción podrá ejercitarse demandando en forma conjunta y en un solo proceso para demostrar la responsabilidad del asegurado y el pago de la indemnización del asegurador.

A contrario de la postura anterior contemplada en las legislaciones española, colombiana, chilena, boliviana y mexicana respecto a la acción directa, existen otros países, en los cuáles no se establece en ley esa opción, sino que se prevé la circunstancia de que el asegurador sea citado en garantía, tal es el caso de la Argentina que así lo establece en el segundo párrafo del artículo 118 de la Ley de Seguros 17.418, y en cuyo caso la sentencia que se dicte en el juicio en el cuál fue citado en garantía, tendrá efectos de cosa juzgada para la aseguradora.

Esta disposición legal explica el porqué de las posturas que en Doctrina han tomado diversos tratadistas de ese País, por cuanto a como se verá más adelante el siniestro en esta clase de seguros debe ser considerado el hecho dañoso.

En Brasil no existe en la legislación disposiciones respecto al tema que nos ocupa, sin embargo existe tal libertad contractual que en el artículo 1435 del Código Civil, se señala que la legislación se limitará a establecer las especies de seguros que pueden existir en este país, y serán las cláusulas las que los regulen; y toda vez que el decreto número 61.589 del 23 de octubre de 1967, en su artículo 7º dentro de los seguros de ramos elementales contempla el de responsabilidad, podría pensarse que al no existir ninguna disposición en la legislación brasileña respecto a la existencia o no de una acción directa, ésta puede ser pactada en las condiciones de los contratos de seguros.

Considero que para que fuera viable dicha alternativa y toda vez que el tercero no es parte en el contrato de seguro, y por tanto, en principio no tendría porque afectarle ningún acuerdo contenido en éste, sería necesario el que la legislación brasileña contemplara las disposiciones a favor de terceros, en cuyo caso podría pactarse tanto la acción directa como el procedimiento para hacerla efectiva.

B) Por otra parte mientras que en México el contrato de responsabilidad civil se erige en custodia y garantía del patrimonio del asegurado (hipótesis que también se contempla en la ley argentina 17.418 en su artículo 109, y en el Código de Comercio de Bolivia en su artículo 1087), en España, como lo explica el Maestro José Luis Navarro Pérez en su obra *Ley del Contrato de Seguro* (Comentarios y Jurisprudencia Editorial Comares, Granada, España 1991, en sus páginas 115 y 122), dicho contrato tiene como objeto el dejar indemne al tercero perjudicado, postura que también adopta el Código de Comercio colombiano en su artículo 1127.

C) Otra interesante diferencia en las diferentes legislaciones se encuentra en que en España, conforme al numeral 73 de su ley especial, debe entenderse como siniestro el hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho, lo que traduce en un clara determinación de a partir de cuando se tiene esa acción directa; por su parte la legislación de Colombia también es preclara por cuanto a determinar el momento en que debe ser considerado ocurre el siniestro ya que el artículo 1131 del Código de Comercio de dicho País, modificado por la Ley 45 de 1990, en su artículo 86, establece que en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado.

A diferencia de esas legislaciones, y tal y como se analizará a lo largo de la presente ponencia, en México el legislador no dejó certeza de dicho momento.

III - Situación en México

Por cuanto al punto medular de este análisis, en mi país el legislador contempló la posibilidad de que el tercero pudiera accionar en forma directa en contra de la institución de seguros, en los casos de las coberturas de responsabilidad civil, para efectos de lograr la restitución de los daños y perjuicios que el asegurado le hubiera causado.

Así, dentro del capítulo V del Título Segundo de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, en el cuál se contempla al Seguro contra la responsabilidad, se encuentra el numeral 147 que a la letra señala;

«ARTICULO 147.- El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.»

En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio.»

Sin embargo, dicha acción directa se encuentra limitada a una serie de factores jurídicos que si bien no imposibilitan su ejercicio lo limitan en forma importante.

Y es así, ya que existe en nuestra ley un vago concepto relativo a cuál es el siniestro que cubre el seguro de responsabilidad civil. Entendido siniestro como el detonante o disparador de las obligaciones del asegurador.

Para efectos de poder delimitar con precisión lo anterior, procederé al siguiente análisis;

1.1 - Responsabilidad civil conforme a la legislación mexicana.

Si bien la materia de responsabilidad civil en nuestro País se establece en los distintos Códigos Civiles de los Estados que componen la República Mexicana, para efectos del presente estudio se tomará en cuenta lo señalado en el Código Civil Federal, que dentro del Libro Cuarto bajo el rubro de «*Las Obligaciones*», en su Primera Parte denominada «*De las Obligaciones en General*», establece bajo el Título Primero «*Fuente de las Obligaciones*», el Capítulo V «*De las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos*», y en el se señala;

«Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.»

Es decir éste numeral es el que establece la obligación de reparar a consecuencia de un daño derivado de un actuar ilícito que una persona le provoca a otra; este precepto legal es el que contempla a la responsabilidad civil subjetiva.

Por su parte el artículo 1913 del mismo cuerpo legal es aquel que prevé conforme la jurisprudencia de este País a la responsabilidad civil objetiva o del riesgo creado, al señalar;

«Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.»

Y señalo que es en forma jurisprudencial dicha apreciación, puesto que si bien no es materia de esta investigación, nuestros tribunales han equiparado al término uso que claramente se refiere al riesgo creado con el aspecto de que el propietario del bien es responsable por los daños que éste cause.

Así, de los dos supuestos anteriores se desprende que es el hecho dañoso provocado por acto ilícito y por riesgo creado lo que genera la responsabilidad.

En éste orden de ideas, es el artículo 1915 de ese cuerpo legal el que señala los alcances de la obligación derivada de la responsabilidad civil.

«Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a la persona y produzca la muerte, incapacidad total y permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos de indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.» (Responsabilidad de los porteadores por daños causados por defecto de los conductores y medios de transporte)

Como podrá observarse nuestro Código Civil Federal es preclaro al establecer las causas que originan la responsabilidad civil y las consecuencias económicas de dicho actuar.

Debiendo agregar que nuestro legislador ha previsto la figura jurídica de daño moral como consecuencia de la responsabilidad civil, la cuál es contemplada en el artículo 1916 del citado ordenamiento:

«Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los caso en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Así las cosas, podemos concluir que conforme a la legislación mexicana, la responsabilidad civil se refiere a todos

aquellos daños y perjuicios que un acto jurídico de una persona le provoca a otra.

Y que derivado de dicha responsabilidad civil el sujeto activo de ella, deberá reparar el daño provocado.

1.2 - El seguro contra la responsabilidad en México.

En forma completamente independiente a la gama de coberturas que puedan manejar las pólizas mexicanas, todas éstas deben regirse con base en lo establecido en la ley de la materia, que como ya hemos visto se encuentra en el capítulo V del Título Segundo de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Ahora bien conforme a nuestra legislación no queda definido en forma clara, cuál es el hecho que debe ser considerado como el siniestro protegido por el contrato de seguro, y por tanto dicha vaguedad trae como consecuencia el que la acción directa del tercero en contra del asegurador, este sujeta a interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales.

Lo que da pauta a la existencia de los diversos criterios es que de la legislación mexicana pueden entresacarse las siguientes posibilidades;

a) Reza el numeral 145.- *«En el seguro contra la responsabilidad, la empresa se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro.»*

Este numeral debe ser analizado bajo las siguientes vertientes;

a.1 La primera por cuanto a que de éste precepto se podría extraer que la obligación de la aseguradora se gesta en el momento en que el asegurado debe alguna cantidad a consecuencia de un hecho dañoso provocado a un tercero.

a.2 La segunda, en que pareciera ser que es el hecho (dañoso), el que funja como detonante de las obligaciones de la aseguradora, postura que se ve reforzada por el contenido del artículo 147 que como se analizó anteriormente establece;

“El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro”.

Siendo que en dicho precepto se habla de daño como momento del siniestro, aunque también es éste precepto el que al usar el término de siniestro y no de hecho dañoso, deja abierta las puertas a los problemas de interpretación a que ahora me refiero, y cuyo estudio posterior será decisivo para abordar el tema principal de esta exposición.

a.3 Y la tercera que con independencia de lo anterior, la redacción de éste artículo es poco afortunada, en virtud de que el legislador dirige su atención a que sea el daño es decir el efecto, el que esté previsto en el contrato de seguro, y no a la causa que lo origina.

A mayor abundamiento, conforme al texto de ésta norma, los contratos de seguro, dentro de su cobertura de responsabilidad civil deberían tener una catálogo de cuáles daños son lo que serán cubiertos, en caso de la ocurrencia de un siniestro; lo cuál resulta además de absurdo, contrario al sentido propio y natural de la responsabilidad civil que pretende cubrir.

Y es así, ya que si regresamos a que entiende la ley mexicana como responsabilidad civil, el punto medular estriba en que es, lo que ocasiona dicha responsabilidad, y no en cuáles son los daños que ésta provoca.

De hecho para la legislación civil, poco importa cuál sea el daño provocado siempre que exista un nexo causal entre un actuar y un daño provocado por éste, y evidentemente que no medie culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Llama la atención en contrario a la redacción de la norma mexicana, la limpidez con que la Ley del Contrato de Seguro española establece en su artículo 73; *«Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.»*

Es decir para la legislación española, lo importante es que sea el hecho que causa el daño el que este previsto en el contrato, y no como en la mexicana que sea el daño el que esté previsto en el acuerdo de voluntades.

b) Ahora bien y en forma disímbola a lo mencionado anteriormente, el artículo 150 del mismo cuerpo legal establece; *«El aviso sobre la realización del hecho que importe responsabilidad deberá darse tan pronto como se exija la indemnización al asegurado. En caso de juicio civil o penal, el asegurado proporcionará a la empresa aseguradora todos los datos y pruebas necesarios para la defensa.»*

De donde se colige que pudiera ser considerado el reclamo del tercero al asegurado y el consecuente aviso del asegurado a la institución aseguradora como el gestor de las obligaciones de ésta.

Así pues, resulta de prima importancia el discernir cuál de los siguientes momentos debe ser considerado como siniestro;

- 1).- La ocurrencia del hecho dañoso.
- 2).- El reclamo del tercero hacía el asegurado.
- 3).- La condena líquida al asegurado y la consiguiente obligación de pago de éste hacía el tercero.

1.3 - Breve reseña de las diversas posturas doctrinales al respecto.

El Maestro Rubén S. Stiglitz realiza un estupendo estudio de síntesis acerca de las diferentes posturas que doctrinalmente se han esbozado en su libro *El Siniestro*, de Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina 1980, páginas 192 a 235, y del cuál entresaco las siguientes ideas;

Para ese autor la función (causa) del contrato de seguro de responsabilidad civil, es la eventual indemnización del daño que surge de la aparición de una deuda de responsabilidad civil, y él señala la existencia de diversas teorías respecto al interrogante de Viterbo de ¿cuál es el suceso que provoca el siniestro? Y que Donati configura e la siguiente manera, ¿cuál es el momento del siniestro en el seguro de responsabilidad civil?

La primera de ellas se refiere al reclamo de la víctima:

Cita a Picard y Besson quiénes sostienen que lo que toma a su cargo el asegurador no es el daño sufrido por la víctima, sino el daño causado al asegurado por su deuda de responsabilidad, doctrina que es la sustentada por Hémard y que es texto vigente en el Code des Assurances de la República Francesa dictada el 16 de julio de 1976, al establecer que el asegurador de responsabilidad «solo es tenido como tal, si es que a consecuencia del hecho dañoso previsto en el contrato, un reclamo amigable o judicial es hecho al asegurado por el tercero lesionado.»

Y que esta postura toma en consideración, no la responsabilidad del asegurado, sino la demanda de responsabilidad, ya que el asegurador cubre el daño sufrido, no por la víctima, sino por el asegurado.

El autor en cita, sostiene que dicha teoría en Francia se debe a la claridad de la norma legal, lo cuál como se analizará a lo largo de este estudio es un concepto por demás importante a considerar al momento de tomar posición.

Y agrega que en la Argentina diversos autores tales como Halperin, Steinfeld y Zavala Rodríguez sostienen la misma tesis,

argumentando como punto toque de piedra para ello, el que la aseguradora responde por los gastos que el asegurado realiza para rechazar la pretensión del tercero que resulte infundada.

Hipótesis que también está contemplada en el artículo 146 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro mexicana que establece; «*Los gastos que resulten de los procedimientos seguidos contra el asegurador, estarán a cargo de la empresa, salvo convenio en contrario.*» Y que en la practica es por demás extraño el que se excluyan de los contratos de seguro, lo que no impide que algunas pólizas mexicanas manejen dichos gastos como una cobertura independiente, hipótesis no contemplada en la ley mexicana a diferencia de la española.

Para Stiglitz el error principal de esta teoría radica en que no advierte que el riesgo no es el daño realizado, sino la posibilidad, la eventualidad, la expectativa del daño, por ello el seguro como lo destaca Donati, tiene como función la eliminación de un daño eventual.

Y critica dicha teoría con un argumento que me parece por demás interesante:

La deuda de responsabilidad importa por sí sola un daño, porque reduce el patrimonio neto del deudor. La deuda es un daño en cuanto sobre el deudor pesa la amenaza de tener que pagarla.

La segunda teoría a que hace alusión Rubén Stiglitz, es la del pago del resarcimiento al damnificado, o también denominada de reembolso.

La cual requiere que el demandado haya satisfecho la deuda a la víctima, y por tanto se considera siniestro solo el pago realizado y no el surgir de la deuda, con lo cual opina el autor citado, quita al seguro de la responsabilidad civil gran parte de sus ventajas, colocando al asegurado en condiciones de tener que procurarse la suma necesaria para abonar su deuda, a fin de poder actuar después contra el asegurador, lo que lleva según Viterbo a exponer al asegurado a la quiebra en cuanto no pueda procurarse rápidamente esa

suma, y peor el que al no poder procurarse la suma necesaria para extinguir voluntariamente la deuda o sobre la cual no pudiera el acreedor satisfacerse coactivamente, perdería el beneficio del seguro, puesto que si no hay pago, no hay siniestro, y si no hay siniestro no nace la obligación del asegurador.

La tercer teoría que expone el citado es la de la liquidación de deuda que sostiene que el siniestro se da por la liquidación del daño, o sea por el reconocimiento de la deuda y de su entidad por parte del asegurado, o por la transacción entre las partes o por la sentencia que afirma el daño y establece la medida del resarcimiento.

La cuarta teoría expuesta es la del evento complejo, expuesta por Durante y que sostiene que el asegurado, para permitir al asegurador asumir su obligación, y para satisfacer el propio gravamen, debe denunciar el hecho desde que tenga conocimiento de él, sin esperar el reclamo del resarcimiento y menos aún la liquidación del daño, y basándose sobre la denuncia del hecho (que puede no ser culposo) el asegurador comienza a hacer cuanto le compete y aun en su caso, resolver el contrato. Asevera Durante que debe existir el hecho, la culpa, el perjuicio económico, que dichos requisitos coexisten y son inescindibles, al punto de que sin uno solo de ellos no se dará el fenómeno completo.

La quinta teoría a la que se adhiere el propio Stiglitz, es la del Débito de responsabilidad, y que puede sintetizarse de la siguiente manera:

El siniestro está constituido por el surgir de la responsabilidad en la persona del asegurado, la cuál es una consecuencia inmediata y directa del suceso ilícito, y que la aparición de la deuda importa una disminución del patrimonio neto, un daño, puesto que el responsable está obligado al resarcimiento desde el momento mismo de la infracción dañosa a un deber jurídico, y desde ese momento hay una amenaza al patrimonio del asegurado, pues justamente el suceso ilícito dañoso indica el momento en que nace el crédito resarcitorio a favor del damnificado.

Afirmando el autor que el riesgo asegurado es la eventualidad de una deuda de responsabilidad prevista en el contrato, puesto que al celebrarlo el asegurado tiene en vista la expectativa, la posibilidad de que su patrimonio se vea disminuido por un suceso ilícito dañoso que genere responsabilidad de su parte, y de ahí que la obligación asumida por el asegurador consista en mantenerlo indemne por cuanto deba a un tercero a causa de la aludida responsabilidad cuya delimitación la establece el contrato.

Así pues la obligación del asegurado de indemnizar al tercero engendra la del asegurador y aquella nace como consecuencia inmediata y necesaria del daño sufrido por el tercero por el hecho ilícito del asegurado o sencillamente porque la ley le impone indemnizarlo incluso sin culpa de su parte, lo anterior ya que el seguro cubre las consecuencias jurídicas del hecho lesivo con relación al asegurado, que no son otras que su obligación legal de indemnizar, al nacer esa obligación surge simultáneamente la del asegurador de liberarlo de ella, haciéndose cargo del pago de la indemnización correspondiente al tercero o reembolsando al asegurado lo que hubiera pagado por tal concepto.

Posteriormente el Maestro Stiglitz afirma que la discusión gira en torno al momento en que nace la deuda, por lo que todas las teorías anteriores deberían clasificarse en dos categorías;

1. La que determinan como momento la asunción del débito de responsabilidad por el asegurado y que por ende solo toman en cuenta el débito puro.

2. Las que fijan dicho momento en una instancia posterior al débito puro, como la reclamación del damnificado, el pago a éste por el asegurado (reembolso) o la liquidación de la deuda.

El autor en cita se adhiere a la primera postura con base en lo que él llama la ineludible distinción que se debe hacer entre débito por un lado y garantía o responsabilidad por otro, entre el Schuld y el Haftung según la terminología alemana.

Schuld o débito consiste en la obligación del deudor de realizar la prestación.

Haftung o responsabilidad o garantía que es el poder o facultad que corresponde al acreedor en el patrimonio del deudor para realizar su crédito.

De Ruggiero siendo citado por el autor en comentario, dice que de una parte hallaremos el deber del deudor de prestar, es decir de desenvolver una actividad a favor del acreedor, el cuál deriva de un mandato del ordenamiento jurídico con carácter coactivo.

Y de otra parte esta la responsabilidad es decir el poder conferido al acreedor de constreñir al deudor al cumplimiento y que en caso de no cumplirse por éste se traduce en un ataque a su patrimonio. Este poder coactivo de agresión contra el patrimonio del deudor es el Haftung.

Lo anterior permite entender el porqué el débito del asegurado es consecuencia inmediata y directa del evento dañoso que le es imputable, y que desde entonces está obligado a satisfacer una prestación, lo cuál es acorde a lo señalado líneas arriba respecto a que es el hecho dañoso el que genera la obligación del asegurado responsable.

Por su parte los Maestros José Alberto Garrone y Mario E. Castro Sammartino señalan al respecto en su obra la Ley de Seguros Comentarios y Jurisprudencia Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1998, en su página 134: *“En el seguro de la responsabilidad civil se discute sobre que debe considerarse siniestro, lo cuál es de mayor importancia para el cumplimiento de la de las cargas y la determinación de las defensas oponibles.*

Existen diversas posiciones siendo las más importantes. a) la que considera siniestro al hecho del cuál nace la responsabilidad del asegurado, a la cual nos adherimos; b) la que sostiene que el siniestro se produce con el reclamo del tercero; c) la que afirma que

el siniestro se configura cuando existe liquidez del daño causado al tercero y exigibilidad de la suma resultante."

A la postura a las que se adhieren tanto Stiglitz como Garrone y Castro Sammartino, debe considerarse que como se analizó anteriormente, en la Argentina país de origen de los tres tratadistas señalados, no existe la acción directa del tercero en contra del asegurador, por lo que es evidente que al determinar doctrinalmente el momento en que ocurre el siniestro en los seguros de responsabilidad civil, no se consideró ese aspecto jurídico y los requisitos procedimentales que se requieren para hacer valer dicha acción.

1.4 - Adecuación de las diferentes posturas doctrinales a la legislación mexicana.

Del estudio realizado por los mencionados autores se puede arribar a las siguientes adecuaciones;

1.4.1 - En México el artículo 145 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro usa el término DEBA, como el detonante de las obligaciones de la aseguradora. Bajo este criterio, el meollo consiste en determinar a que se refiere dicho término:

a) Al débito de responsabilidad.

b) O al débito pecuniario, es decir al derivado de la cuantificación.

Al analizar el contenido de la palabra débito la cuál deriva de deuda, se evidencia que deuda es una obligación a favor de terceros, ya jurídica ya moral, pero obligación al fin.

Si dicha obligación deriva de una disposición legal como lo es el caso de la consecuencia de la responsabilidad civil, es evidente que no requiere del ejercicio del derecho al través de la acción para que la misma exista.

En éste orden de ideas, me inclinaría de entrada a compartir la postura del Maestro Stiglitz por cuanto a que en el derecho

mexicano de seguros, el legislador se refirió al débito de responsabilidad, como el detonante de las obligaciones del asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

1.4.2 - Sin embargo existen dos peros a dicha postura.

1.- El primero es que conforme al artículo 66 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro el cuál se encuentra en el capítulo de IV (El Riesgo y la Realización del Siniestro) del Título Primero que trata de Disposiciones Generales, el cuál a la letra señala: *“Tan pronto como el asegurado o beneficiario, en su caso tengan conocimiento de la realización del siniestro y del derecho constituido a su favor por el contrato de seguro, deberán ponerlo en conocimiento de la empresa aseguradora.*

Salvo disposición en contrario en la presente ley, el asegurado o el beneficiario gozarán de un plazo máximo de cinco días para el aviso que deberá ser por escrito si en el contrato no se estipula otra cosa.”

Deberá darse el aviso del siniestro con independencia de la reclamación por cuanto a la exigibilidad de las obligaciones derivadas del contrato, en cuanto se tenga conocimiento del mismo.

Así las cosas si volvemos la mirada al contenido del artículo 150 del mismo cuerpo legal, en el cuál se establece la primera obligación a cargo del asegurado de dar el aviso sobre la realización del hecho que importe responsabilidad, que deberá darse tan pronto como se exija la indemnización al asegurado, podríamos al necesariamente equiparar ambos supuestos llegar a la conclusión que si el aviso debe darse tan pronto se tenga conocimiento de la realización del siniestro, y es el reclamo del tercero al asegurado el que debe notificársele a la aseguradora, luego entonces el siniestro en México lo sería éste momento, es decir el reclamo del tercero al asegurado.

Para mayor claridad haré el siguiente silogismo;

Premisa mayor; El asegurado o beneficiario tiene obligación legal de dar aviso inmediato de la realización del siniestro. (artículo 66)

Premisa menor; El asegurado tiene como primera obligación legal en el seguro de responsabilidad civil, el dar aviso de la realización del hecho que importe responsabilidad, tan pronto se le exija la indemnización por el tercero. (artículo 150)

Conclusión; Luego entonces el siniestro es la exigencia de indemnizar presentada por el tercero al asegurado y comunicado a la aseguradora.

Por el contrario si consideramos que el hecho dañoso es, conforme a la teoría del débito de responsabilidad el siniestro, sería aplicable en su caso el contenido del ya mencionado numeral 66, y por ende existiría la obligación legal de dar aviso a la aseguradora desde el momento mismo del hecho dañoso, hipótesis que no prevé el capítulo correspondiente a los seguros de responsabilidad.

Lo cual puede traducirse en lo siguiente;

a) La regla general contenida en el artículo 66 tiene una excepción en el 150 y por tanto la primera no es aplicable.

b) La regla general de aviso del siniestro si aplica con independencia a que se deba también notificar el reclamo del tercero al asegurado, hipótesis expresamente prevista en el artículo 115 en la Ley de Seguros Española y en el numeral 1090 del Código de Comercio de Bolivia, y por tanto al no dar dicho aviso el asegurado y por ende el tercero corren el riesgo de ver reducida la prestación debida hasta la suma que habría importado si el aviso se hubiere dado oportunamente (artículo 67 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro Mexicana) o incluso el que la aseguradora quede desligada de todas sus obligaciones derivadas del contrato si el asegurado omite el aviso inmediato con la intención de impedir que se comprueben

oportunamente las circunstancias del siniestro (artículo 68 de la misma ley).

1.5 - Limitantes de la acción del tercero en contra la aseguradora

Con total independencia a que si el siniestro pueda o incluso deba ser considerado el débito de responsabilidad, o incluso que sea considerado como el momento en que el asegurado recibe la reclamación del tercero, en México no es posible el condenar a la aseguradora sin que se haya decretado o declarado la responsabilidad del asegurado, quién para ello tendrá que ser oído y vencido en juicio, puesto que es una garantía individual consagrada en nuestra Constitución Política Federal en su artículo 14, el cual en su segundo párrafo establece;

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.»

Siendo lo anterior evidente puesto que la declaración de responsabilidad sería del asegurado quién tiene el derecho originario de cubrir los daños y perjuicios provocados por dicha responsabilidad; con independencia del contrato de seguro, ya que es derivado de éste acuerdo de voluntades el porqué la asegurada está obligada a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño.

Si consideramos que conforme al artículo 147 que se transcribió anteriormente, desde el momento del siniestro el tercero dañado tendrá a su favor el derecho a ser indemnizado directamente por la aseguradora, la acción directa intentada por el mencionado tercero en contra de la aseguradora, no podría prosperar sino hasta que fuera evidente la responsabilidad del asegurado, evidencia que implica su declaración por los órganos judiciales, por tanto

suponiendo que el tercero en ejercicio de la acción que le otorga el 147 demandara directa y exclusivamente a la aseguradora, ésta no podrá ser condenada por una supuesta responsabilidad que no ha sido declarada en juicio, máxime si en ese juicio no fue parte el asegurado, y por tanto éste aún no debe cosa alguna; y me refiero tanto al débito de responsabilidad como al débito pecuniario, y por ende no existe aún obligación alguna a cargo de la empresa aseguradora.

Así, para efectos prácticos y con autonomía de las cuestiones doctrinales, se dan las siguientes hipótesis;

1.- El hecho dañoso es el que genera la responsabilidad del asegurado causante del daño para con el tercero.

2.- El reclamo del tercero al asegurado es el que debe ser considerado como siniestro para efectos de que la aseguradora se encuentre constreñida a cumplir voluntariamente con las obligaciones derivadas de la cobertura de responsabilidad civil.

3.- Y será la declaratoria de responsabilidad del asegurado, la que permita accionar al tercero en contra de la aseguradora, a menos claro está que se demandara en forma conjunta al asegurado y a la aseguradora, lo cual implica una serie de problemas procesales, tales como;

a) En las legislaciones adjetivas se establece que el ejercicio de la acción requiere la existencia de un derecho o la necesidad de declararlo, preservarlo o constituirlo.

b) La acción intentada en contra del asegurado es la derivada de la ley por cuanto a la responsabilidad civil se refiere, mientras que la acción intentada en contra de la aseguradora sería derivada de la acción que si bien es legal puesto que la otorga el artículo 147 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, deriva de un vínculo contractual puesto que es el contrato de seguro el que la hace nacer.

c) La acción de responsabilidad civil se ejercita al través de un juicio civil, mientras que la acción de la cobertura de responsabilidad civil se ejercita al través de un juicio mercantil.

d) La aseguradora no es solidariamente responsable junto con el asegurado por cuanto a las obligaciones de éste derivadas de la responsabilidad civil. Así lo han determinado nuestros Tribunales Federales como se observa de la siguiente Tesis;

«RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, AUTONOMIA DE LA ACCION DE. Un recto análisis del artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal revela, que la acción que regula es autónoma y no comprendida ni derivada de un contrato, pues en la responsabilidad civil objetiva los partícipes o sujetos de la misma son: el que por el empleo o uso de mecanismos peligrosos u otras conductas análogas, causa el daño y aquel al que se le causa; consecuentemente el único responsable directo del pago de la indemnización lo es el sujeto activo de la conducta dañosa, sin que exista responsabilidad solidaria de las compañías aseguradoras frente al sujeto pasivo, máxime que no existe disposición legal que las solidarice con la acción personal de responsabilidad objetiva, pues el seguro se rige por ordenamientos legales diferentes, como son, la Ley General de Instituciones de Seguros y Fianzas y la Ley Sobre el Contrato del mismo, y la relación jurídica que establece este acto sólo vincula al asegurador con el asegurado, siendo tercero quien sufrió un daño con motivo de la responsabilidad objetiva.»
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAL CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 947/88.- Grupo Roussel, S.A. de C.V.- 30 de septiembre de 1988.-Unanimidad de votos.- Ponente: José Joaquín Herrera Zamora.- Secretaria: Herlinda Baltierra Espíndola).

1.6 - Acción directa del tercero en contra la aseguradora.

Con base en lo señalado en los incisos anteriores, es opinión del suscrito, que para que el tercero pueda accionar en forma directa en contra de la aseguradora se requiere, el que exista una declaración irrefutable de la responsabilidad del asegurado.

Para la cuál no es suficiente su propia confesión, ya que conforme al artículo 148 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, ningún reconocimiento de adeudo, transacción o cualquier otro acto jurídico de naturaleza semejante, hecho o concertado sin el consentimiento de la empresa aseguradora, le será oponible, además de que la confesión de un hecho no puede ser asimilado al reconocimiento de una responsabilidad.

Postura que como se verá a continuación no es compartida por algunos tribunales federales de mi país, por cuanto a que e el caso de responsabilidad civil objetiva.

1.7 Caso práctico.

Resulta por demás ilustrativo el siguiente caso iniciado en 1993;

1.- Los causahabientes de tres personas fallecidas a consecuencia de un accidente de tránsito, demandan;

- a) En la vía civil sumaria.
- b) La responsabilidad civil objetiva a una empresa transportista.
- c) Y en forma conjunta y solidaria a una empresa aseguradora.
- d) El pago de prestaciones en dinero
- e) Dicha demanda tiene origen en un accidente de tráfico y en la imprudencia, negligencia y falta de pericia para conducir del conductor del vehículo.
- f) Pretendiendo la parte actora acreditar la propiedad del vehículo que provocó supuestamente los daños.

2.- Se contesta la demanda y se oponen las siguientes excepciones y defensas;

a) La de errónea vía escogida, puesto que se demanda en la vía civil sumaria.

b) La de falta de acción de los demandados, en virtud de que no existe responsabilidad civil objetiva por parte de la empresa asegurada ni de su chofer.

c) La de cobro de lo indebido, ya que al no existir responsabilidad civil, no existe acción que hace valer en contra de la aseguradora y se le está pretendiendo cobrar cantidades que no tiene obligaciones de desembolsar.

d) La de obscuridad en la demanda, puesto que no se explica el como se llega a las cantidades que se demandan.

e) Las contenidas y que de ellas se deriven del contrato de seguro celebrado.

f) Las contenidas y las que de ellas se deriven del artículo 1o. de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, ya que no se ha verificado la eventualidad prevista en el contrato de seguro.

g) Las contenidas y las que de ellas se deriven de los artículos 79 y 145 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, puesto que no se había demostrado el que el asegurado debiera cosa alguna.

h) Las contenidas y que de ellas se deriven de las fracciones I y II del artículo 136 y fracción I del artículo 135 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, por cuanto a que no se había agotado la etapa conciliatoria ante el órgano administrativo correspondiente.

3.- La parte actora se desiste de la instancia en contra de la empresa transportista al no haber podido encontrarla para emplazarla a juicio. (El desistimiento de la instancia a contrario del desistimiento de la acción implica el que se desiste solo de la demanda la cuál podrá volver a presentarse posteriormente.)

4.- Durante la secuela procesal, se ofrecen pruebas con las cuáles se demuestra que el conductor del vehículo asegurado es declarado inocente del delito de homicidio, así como que el conductor del otro automóvil en el que iban las personas fallecidas se encontraba en estado de alcoholemia.

5.- La sentencia que dicta el juez de primera instancia señala;

a) Que la acción de responsabilidad civil objetiva se endereza establece que el obligado principal o responsable es el que debe cumplir en su caso con el pago de la responsabilidad objetiva.

b) Que al existir un desistimiento a favor de dicha empresa transportista genera un obstáculo legal insuperable, pues la aseguradora no es propietaria del vehículo, y que la responsabilidad civil objetiva solamente puede enderezarse en contra de quién es propietario del vehículo que causa el daño.

c) Que la existencia del contrato de seguro celebrado entre la institución aseguradora y la empresa transportista no genera en forma directa la obligación de responder para el asegurador de una responsabilidad civil.

d) Que no pasa desapercibido el que pudiese existir una obligación subsidiaria por parte de la aseguradora con motivo del contrato de seguro, y que solo nacería el derecho de la parte actora de reclamarle a la aseguradora si a la empresa transportista se le atribuye la responsabilidad civil objetiva no cumplierse con el pago.

e) Que luego entonces el tribunal esta impedido para resolver la cuestión de fondo planteada pues existe la imposibilidad jurídica de tener como titular del deber que se exige a la empresa aseguradora.

f) Dejando a salvo los derechos de la actora y absolviendo a la aseguradora de las prestaciones que le fueron demandadas.

6.- La parte actora inconforme con dicha resolución la combate mediante el recurso de apelación, en el cuál esgrime los siguientes agravios:

a) Que la muerte de los familiares de los actores fue responsabilidad del vehículo asegurado por la empresa de seguros.

b) Que es incorrecta la apreciación del juzgador por cuanto a que no exista relación procesal entre los actores y la empresa aseguradora en virtud del desistimiento a favor de la empresa transportista.

c) Que el juzgador considera en forma equivocada que no existe relación contractual entre los actores y la aseguradora, lo cuál es falso pues existe un contrato de seguro que cubre la responsabilidad civil del asegurado.

d) Que al haberse demostrado en juicio la existencia de ese contrato de seguro, se acreditó de donde emana la responsabilidad civil hecha valer en contra de la demandada.

e) Que no debe perderse de vista que la aseguradora fue demandada en forma conjunta y solidaria con la transportista, pero nunca de manera subsidiaria por lo que las obligaciones del asegurador no dependían de la suerte que pudiera seguir la demanda instaurada en contra del transportista.

f) Que conforme al artículo 147 de la ley sobre el contrato de seguro existe una obligatoriedad legal para la empresa aseguradora de pagar la indemnización del asegurado a favor de un tercero y que al ser responsable el vehículo del asegurado, los terceros dañados tienen una acción directa en contra del asegurador.

7.- La empresa aseguradora contestó esos agravios de la siguiente manera;

a) Que no existe responsabilidad civil objetiva solidaria por parte de la aseguradora, en virtud de que fue totalmente ajena a los hechos, puesto que ella en su obrar lícito jamás causó daño a alguien.

b) Que quién pudo haber incurrido en la responsabilidad civil objetiva que se demanda, era la transportista, pero jamás el asegurador, quién es absolutamente ajeno a los supuestos hechos dañosos.

c) Que el asegurador no es responsable solidario del transportista, y que el hecho de que la demanda fuera instaurada en forma conjunta y solidaria, provoca que la obligación derivada de una supuesta responsabilidad civil de un asegurado, pueda ni deba ser considerada como una obligación solidaria.

d) Que las acciones intentadas en contra del transportista y en contra del asegurador son diferentes, ya que la acción intentada en contra del primero, es la derivada de una supuesta responsabilidad civil, mientras que la acción intentada en contra de mi poderdante es la derivada de un contrato de seguro; y que al ser acciones diferentes se evidencia que no existe solidaridad entre ambas personas jurídicas.

e) Que en todo caso la supuesta obligación del asegurador es subsidiaria a la de la codemandada por cuanto al pago de las prestaciones reclamadas, ya que sería indispensable para la procedencia de la acción intentada el que primero fuera demostrada dicha responsabilidad civil al través de un juicio en el cuál fuera oído y vencido el supuesto responsable.

f) Que si existe un desistimiento de la instancia o de la demanda a favor de la codemandada, a quién se le demanda en forma directa la responsabilidad civil objetiva, nos encontramos con que dicho desistimiento, produce la imposibilidad jurídica de que se entre al fondo del estudio del asunto, y en consecuencia sea juzgada en forma separada a la codemandada mi representada, puesto que si el supuesto responsable civil y por lo tanto deudor principal de los daños y perjuicios que dicha supuesta responsabilidad pudiera generar era la empresa transportista, el hecho de que la parte recurrente se haya desistido de la instancia en contra de la deudora principal, necesariamente implica que se desiste en contra de la subsidiaria, ya que no sería posible que se condenara a la obligada subsidiaria si no fue primero oída y vencida en juicio la deudora principal.

g) Lo anterior puesto que conforme al artículo 145 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que establece que en el seguro contra la responsabilidad, la empresa se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato, es por esto que, es imprescindible que el asegurado deba cosa alguna a un tercero, en el caso de marras el que sea oído y vencido en juicio, para que nazca la obligación de la aseguradora de pagar esa indemnización.

h) Que era indispensable para que fuera condenada mi representada;

h.1 Que existiera responsabilidad civil objetiva del asegurado.

h.2 Que se demostrara dicha responsabilidad civil.

i) Que no esta ante la presencia de un litisconsorcio pasivo necesario, puesto que los demandados no se hallan en comunidad jurídica con respecto al objeto litigioso, ni tienen un mismo derecho ni están obligados por igual causa de hecho o jurídica.

j) Que si se estuviera ante un litisconsorcio pasivo necesario, en el supuesto de que se hubiera intentado ejercitar un único derecho que a su vez produce un efecto único también respecto a varias personas, esto es la declaración de la responsabilidad civil y la consecuente condena a la indemnización de los daños y perjuicios generados, la sentencia que se dictara debiera producir efectos en todas ellas, es decir declarar la responsabilidad y además condenar al pago a la aseguradora, y además en dicha figura jurídica existe la obligación de llamar a juicio a todos los que pudieran ser afectados.

k) Que es falso el que exista una relación contractual entre los actores y el asegurador, puesto que para ello se requiere de un acuerdo de voluntades, y la aseguradora no acordó cosa alguna con los actores ni sus causahabientes. Y que el hecho de que existiera un contrato de seguro entre la aseguradora y la empresa de transportes codemandada, no implica en manera alguna el que en el caso supuesto

y no admitido de que se viera afectada la cobertura de responsabilidad civil de ese acuerdo, se provocara el que naciera una relación jurídica contractual entre la aseguradora y las recurrentes.

l) Que si la eventualidad prevista en el contrato de seguro era conforme al artículo 145 el que la empresa se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño, es absolutamente necesario el que una vez oído y vencido en juicio se determine el que el asegurado debe cantidad alguna a terceros a consecuencia de un hecho que cause un daño.

m) Que respecto al artículo 147 del cuerpo legal antes citado, debe señalarse que el mismo se refiere a que el derecho a la indemnización es desde luego una vez que se haya corroborado la existencia de un siniestro, y para ello se requiere necesariamente de que el supuesto responsable haya sido oído y vencido en juicio.

n) Que en todo caso la responsabilidad fue del conductor del vehículo en el que iban los fallecidos.

8.- La Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado dicta resolución en la que señala;

a) Son infundados los agravios.

b) Ya que si bien es cierto que le puede resultar responsabilidad al asegurador, es necesario para ello que quede demostrado primeramente la responsabilidad del asegurado.

c) No basta para acreditar la responsabilidad del asegurador la existencia del contrato de seguro.

d) La aseguradora no es responsable solidario del daño.

e) La responsabilidad del asegurador no deviene por haberse realizado un daño.

f) La responsabilidad del asegurador deriva de aquella que originariamente le pudiera resultar al asegurado, la cual una vez comprobada, sería exigible al asegurador.

g) La responsabilidad del asegurador una vez determinada la del transportista sería solidaria en el pago de la cobertura a favor del sujeto pasivo, quién a partir de ese momento podría demandar dicho pago al asegurador en forma directa o citándolo como tercero a juicio dentro del de responsabilidad civil incoado en contra del asegurado, tomando así sentido lo establecido en el artículo 147 de la ley sobre el contrato de seguro.

h) Que el artículo 147 establece un derecho al tercero desde el momento del siniestro, es decir que la ley le otorga un derecho de cobro en razón de una responsabilidad por parte del asegurado, por tanto el desistimiento en contra del transportista provoca que no exista una petición de declaración de responsabilidad en contra de éste.

i) Si no hay demanda en contra del causante del daño, no puede subsistir en forma autónoma una acción de responsabilidad civil objetiva en contra del asegurador.

j) La solidaridad de la aseguradora es por cuanto al pago, no por cuanto la causación del daño.

k) La sentencia que se hubiera dictado en contra del causante del daño, imponiéndole la obligación de resarcir el daño causado, sería el título mismo para exigir el pago, tanto al sujeto activo como a la aseguradora.

9.- De nueva cuenta inconformes con dicha resolución los actores presentan demanda de amparo directo en contra de ella, en la cuál señalan los siguientes conceptos de violación;

a) Que de manera oficiosa y sin que fuera parte de la litis, el tribunal de alzada, consideró que para que se demuestre la responsabilidad de la aseguradora es necesario que quede demostrada

la del asegurado, ya que el Juzgador de primera instancia no entró al fondo del asunto.

b) Que si se demostró la responsabilidad del asegurado, al demostrarse la responsabilidad del conductor de dicho vehículo.

c) Que del texto del artículo 147 se desprende la facultad para demandar en calidad de beneficiarios en forma única a la aseguradora.

10.- La aseguradora señaló respecto a esos conceptos de violación;

a) Que se deberá analizar el que la demanda de origen fue presentada en la vía civil sumaria, ejercitándose en ella la acción que establecía el artículo 1836 del código civil del estado vigente en 1992 derivado de la responsabilidad civil objetiva del transportista y en forma conjunta y solidaria a mi poderdante.

b) Que dicha demanda se enderezó en contra del dueño de un vehículo que participo en un lamentable accidente automovilístico en el que en el otro vehículo perdieron la vida tres jóvenes, y que el que iba conduciendo en este mismo vehículo iba con exceso de velocidad y en estado de ebriedad, habiendo sido absuelto el conductor del vehículo propiedad de la empresa demandada en el juicio penal.

c) Que medio desistimiento de la instancia a favor del transportista.

d) Que no existe una variación de la litis, puesto que ésta se concreta a las cuestiones plasmadas en los escritos de demanda y contestación a ella, y sin embargo el juez no solo esta posibilitado sino obligado a tomar en consideración todos los avatares de la secuela procesal, como en el caso de marras el desistimiento de la instancia a favor del supuesto responsable, lo cuál sucedió más de un año después de haberse iniciado el juicio, y que trae aparejada la consecuencia lógica y evidente de que se imposibilite el dictar sentencia alguna en contra de mi representada.

e) Que no se demostró que el transportista fuera el responsable del lamentable accidente sino que por el contrario lo fue el conductor del vehículo en que fallecieron las personas.

d) Que no fue oída y vencida en juicio la empresa transportista, y por tanto no puede dictarse una sentencia en la que se le condene a una responsabilidad en un juicio en que no participó.

e) Que es falso que la responsable resuelve en forma ajena a los agravios esgrimidos en la apelación, es también una aseveración falsa.

f) Que con base precisamente en los artículos 145 y 147 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, es el porqué no es posible condenar a la aseguradora sin haber primero sido juzgada la empresa transportista.

g) Que no se demostró la legitimación activa de los actores para demandar.

11.- El Tribunal Colegiado de Circuito al dictar sentencia de amparo expone;

a) Que es falso el que la Sala haya variado la litis.

b) Que la aseguradora si esta legitimada pasivamente en el proceso.

c) Que dicha legitimación se deduce del artículo 147 de la ley sobre el contrato de seguro, y que para exigir en juicio el pago de esa responsabilidad se requiere;

c.1 La existencia del contrato de seguro.

c.2 Que se justifique el percance que da lugar a exigir el pago de dicho seguro, sin que pueda alegarse al respecto que la aseguradora quedó en estado de indefensión al no contar con los medios necesarios para su defensa, puesto que también se debe de

tener en consideración que el artículo 150 de la ley sobre el contrato de seguro la faculta para recabar del asegurado los datos y pruebas necesarias para su defensa.

d) Que los actores si pueden reclamar directamente el pago de la responsabilidad a la aseguradora, y ésta si esta legitimada pasivamente en el juicio natural, aún cuando los actores se hubiesen desistido de la instancia en relación al transportista.

e) Que la ley sobre el contrato de seguro no exige que se obtenga sentencia condenatoria en contra del responsable del percance.

f) La Sala que dictó la sentencia de segunda instancia obró contra derecho al considerar que no era posible exigir la responsabilidad a la aseguradora.

g) Razón por la cuál deberá dejar sin efecto la sentencia reclamada y dictar una nueva en la cuál considere que sí existe legitimación pasiva de la demandada.

12.- La Sala del Supremo Tribunal de Justicia en ejecución de la sentencia de amparo, dictó segunda sentencia de segunda instancia en la que señala;

a) Se modifica la sentencia dictada por el juez natural por cuanto a que si existe legitimación pasiva de la aseguradora, independientemente del desistimiento a favor del transportista.

b) Entrando al fondo del asunto, de actuaciones se desprende que el contrato de seguro cubrirá la responsabilidad civil en que incurra el asegurado.

c) Asimismo de autos se desprende que no existe responsabilidad por parte del conductor del vehículo asegurado, según se desprende del auto dictado en el juicio penal en el que se otorga la libertad a dicho conductor por falta de elementos para procesarlo por

los delitos de homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena por imprudencia.

d) Además de los otros medios de prueba allegados a juicio no se desprende dicha responsabilidad del conductor del vehículo asegurado, sino por culpa o negligencia inexcusable de la víctima por lo que al ser ésta una excluyente de responsabilidad, se determina absolver al asegurador.

13.- En contra de ésta sentencia promueven de nueva cuenta los actores demanda de amparo directo en la que establecen;

a) Que si se justificó el percance que da lugar al derecho de exigir el pago del seguro, como lo señaló la sentencia del amparo.

b) Que de nueva cuenta la Sala valora de manera inexacta las pruebas ofrecidas en el juicio.

c) Que sí existió culpa del chofer del vehículo en que viajaban los que fallecieron, eso no exime de responsabilidad al conductor del vehículo asegurado.

d) Que la culpa o negligencia inexcusable fue en todo caso del conductor del vehículo ocupado por los fallecidos, no de éstos.

14.- Si bien aún no se ha dado contestación por parte de la aseguradora a éstos conceptos de violación, es evidente que ahora el punto medular estriba en si demostró o no la responsabilidad civil en el juicio para que pueda ser condenada la aseguradora.

Dentro de la contestación a dichos conceptos de violación, se hará valer el que en todo caso existe una corresponsabilidad entre los dos choferes y en su caso el propietario del vehículo que esta asegurado, y que al ser así se deben dar una de las siguientes hipótesis;

a) Que las cantidades demandadas a la aseguradora deben ser divididas entre los dos responsables.

b) Que pese a que existe responsabilidad civil objetiva del asegurado, al existir culpa del conductor en que viajaban los fallecidos, es éste quién debe responder, lo cual encuentra su sustento en el contenido de la siguiente tesis;

“RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA, RESPECTO DE DAÑOS CAUSADOS EN COMUN, A TERCERAS PERSONAS.- Para determinar la aplicabilidad del artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal, tratándose de una colisión de vehículos, debe previamente investigarse quién o quienes son los causantes del daño, porque esta hipótesis presenta una situación especial que no ocurre cuando sólo una de las partes hizo uso de mecanismos peligrosos, pues entonces es evidente que el causante del daño, tanto en sentido físico como jurídico lo es el que hizo uso de tales mecanismo desde el punto de vista de la casualidad, es evidente que en una colisión de vehículo los conductores de ambos, son causantes del hecho, en tanto que intervienen con las características específicas de causas determinantes del suceso; pero si esto es claro, es un análisis de orden físico, no lo es desde el punto de vista jurídico. El artículo 1913 citado, previene que el que causa los daños por el uso de cosas o mecanismos peligrosos, está obligado a responder de los mismos, motivo por el cual, para determinar quién es el causante en sentido jurídico de un determinado daño, por la colisión de dos vehículos, debe investigarse si una de las partes procedió con culpa o negligencia, caso en el cual, sobre ella recaerá esa culpabilidad, o bien, si ambas precedieron igualmente, hipótesis en la cual deberán responder solidariamente, conforme al artículo 1917 del mencionado ordenamiento, de los daños que hubiesen causado en común a terceras personas, siendo notorio que en cuanto a las partes causantes del hecho, no habría posibilidad jurídica, de que entre sí se hagan reclamaciones; al adoptar el artículo 1913 de la Ley substantiva, la teoría objetiva de la responsabilidad, también llamada del riesgo creado, abandona toda idea de culpa o negligencia y en esto se distingue radicalmente de la teoría clásica, conocida con el nombre de teoría subjetiva o de la culpa; pero sí es cierto que, conforme a tal precepto, debe prescindirse del elemento culpa para determinar la responsabilidad en los daños causados por el uso de mecanismos peligrosos, también los que cuando ambas

partes, en un determinado suceso, se sirven de esa clase de objetos, debe investigarse si una de ellas o ambas procedieron con culpa o negligencia, pues sólo así es posible determinar quién es el causante de los daños en sentido jurídico”.

(Tesis relacionada con la jurisprudencia número 330, que aparece publicada a fojas 999 a 1000, cuarta parte, Tercera Sala, Ultimo Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1975. Tesis relacionadas;

Séptima Epoca Volumen 151-156 Pagina 277.

Amparo directo 6824/80.- José Jiménez Taracena.- 25 de septiembre de 1981.- Mayoría de 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes.- Disidente: Raúl Lozano Ramírez.

Precedente: Quinta Epoca: Tomo LXXXVII, Cuarta Parte, Pág. 275. La ejecutoria aparece publicada en la Pág. 11 y siguientes.

Octava Epoca Volumen XI MAYO Pagina 392.

Amparo directo 500/92.- Isabel Rodríguez Lucio.- 20 de enero de 1993.- Unanimidad de votos.- Ponente: Lucio Antonio Castillo González.- Secretaria: Silvia Marinella Covián Ramírez. Véase: Séptima tesis relacionada con la Jurisprudencia 1639, página 2655 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte.

El Juicio Aún no Termina).

IV - Agradecimientos.

Antes de dar por concluido este trabajo quiero dejar patente mi agradecimiento a las siguientes personas que me proporcionaron la información correspondiente a la legislación de sus respectivos países, y me hicieron valiosos comentarios para aclararme la situación en ellos, y por tanto hicieron posible que incluyera comentarios comparativos.

A Paulo Luis de Toledo Piza de Brasil

A Erick Schulze de Bolivia

A Isabel Margarita Cabello de Chile

A Paulina Llerena de la Hoz y Julieta Villamizar de Colombia.

Y por último gracias al Instituto Brasileño de Derecho de Seguros y en especial a Ernesto Tzirulnik por haberme permitido el compartir con ustedes estas ideas.

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE SEGURO

Fábio Ulhoa Coelho

1. Introdução: a relação de consumo

No direito privado brasileiro anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, as obrigações contratuais entre os particulares, salvo as decorrentes de relação de emprego, dividiam-se em civis e comerciais. Dois grandes regimes jurídicos disciplinavam os contratos privados, sendo um geral, estabelecido pelo direito civil, e outro específico, pelo direito comercial. Para circunscrever o âmbito desse último e, assim, delimitar as fronteiras entre os sistemas respectivos, valiam-se os doutrinadores de conceitos como o de atividade comercial, atos de comércio ou empresa.¹ Um contrato de compra e venda, por exemplo, era civil ou comercial, segundo se inserisse ou não no contexto de cada regime jurídico, de acordo com tais conceitos. Com a entrada em vigor do CDC, em 1991, o direito privado brasileiro passou a contemplar não só dois, mas três diferentes regimes jurídicos. Boa parte dos negócios entre particulares permanecem sob a égide do direito civil ou do comercial, embora esses ramos tenham deixado de disciplinar alguns dos contratos até então submetidos à sua incidência.

1. A atividade securitária foi definida como "ato de comércio" pelo art. 19 do Regulamento 737, editado em 1850 para disciplinar o processo nos Tribunais do Comércio. O Código Comercial daquele mesmo ano, contudo, cuidou apenas do Seguro Marítimo. Em 1917, o Código Civil dispôs sobre as regras gerais do contrato de seguro. Para o aprofundamento da matéria, reporto o leitor ao meu *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, 2000, vol. 1, 4ª edição, Cap. 1.

A relação de consumo, tal como se pode concluir das definições contidas nos arts. 2º e 3º do CDC, configura o objeto da legislação protecionista do consumidor. Se o contrato envolve, de um lado, pessoa que se pode chamar de consumidora e, de outro, alguém que se pode ter por fornecedor, o regime de disciplina do referido ato se encontra no Código de Defesa do Consumidor. Caso não seja possível a identificação de *ambos* os conceitos (consumidor e fornecedor) nos pólos da relação jurídica, o assunto será estranho à incidência do regime consumerista. Isto em razão do caráter relacional dos conceitos de consumidor e de fornecedor: um não existe sem o outro.

Consumidor é definido pelo art. 2º do CDC como sendo aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*, e fornecedor, pelo art. 3º, como aquele que desenvolve *atividade* de oferecimento de bens ou serviços ao mercado. Contudo, nem todo destinatário final de uma aquisição será consumidor, assim como nem todo exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado será fornecedor. Exemplifico uma vez mais com o contrato de compra e venda. Se o comprador está realizando o negócio com o intuito de ter o bem adquirido para seu próprio uso, mas o vendedor não é exercente de atividade econômica relacionada com o oferecimento do bem, o contrato será civil. Imagine-se o profissional liberal vendendo seu automóvel usado a amigo ou mesmo a desconhecida pessoa. Nessa hipótese, embora o comprador pudesse se enquadrar no conceito de consumidor, já que realiza o negócio como destinatário final do produto, o vendedor não se pode determinar como fornecedor, pois não exerce atividade econômica voltada a suprir o mercado de bens daquele gênero (veículos usados).

Por outro lado, não se configura relação de consumo se o vendedor exerce atividade econômica de oferecimento de certo produto ao mercado, mas o comprador não o adquire para o seu uso, e sim com vistas a reinseri-lo na cadeia de circulação de riquezas. Cogite-se do fabricante de móveis que adquire de uma madeireira, a madeira necessária à confecção de seus produtos. Nessa situação, no polo do vendedor encontra-se alguém que se pode tomar por fornecedor, uma vez que desenvolve atividade de oferecimento de bens ao mercado (atacadista), porém no polo do comprador não se apresenta o

seu destinatário final, mas outro empresário interessado em transformar tais bens. Trata-se, nesse caso, de contrato entre empresários disciplinado pelo direito comercial. A definição da matéria tipicamente comercial como circunscrita a certas transações interempresariais não se verifica nas codificações oitocentistas dos direitos de tradição romanista. Exceção feita apenas ao Código Comercial português – que, em disposição altamente progressista para a época de sua edição (1888), expressamente consigna a exclusão da compra e venda ao consumidor do âmbito de incidência –, todos os demais códigos comerciais de inspiração napoleônica, inclusive o brasileiro, submetem os consumidores aos usos e costumes dos comerciantes. Só a partir da legislação consumerista, o direito comercial teve reduzido o seu objeto às relações entre os exercentes privados de atividade econômica.

Os conceitos de consumidor e de fornecedor, assim, têm caráter relacional.² Ou seja, a identificação de um deles em dada relação jurídica somente se verifica a partir da presença do outro na mesma relação. Em direitos alienígenas, o caráter relacional é expresso no próprio conceito de consumidor. Em Portugal, por exemplo, define-se consumidor como a pessoa a quem sejam fornecidos bens ou serviços, destinados ao seu uso privado, por quem explora profissionalmente uma atividade econômica, associando, num único dispositivo legal, os elementos característicos dos agentes econômicos da relação de consumo. Mas no direito brasileiro, a natureza relacional dos conceitos de consumidor e de fornecedor não se encontra explicitada na norma jurídica (o legislador entendeu de reservar um dispositivo próprio para conceituar cada agente). O caráter relacional decorre, portanto, entre nós, da interpretação sistemática, com a consideração dos diferentes regimes jurídicos de disciplina das obrigações privadas.

A facilidade com que se define o regime jurídico aplicável ao contrato de compra e venda não se encontra na transposição da mesma matéria a outros contratos. Como no caso, dentre outros, do seguro. Para examinar o assunto, portanto, é indispensável uma rápida

2. Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores*. Coimbra, 1982, Almedina, págs. 206/217.

análise dos lineamentos da atividade securitária e do próprio contrato de seguro.

2. O seguro

A função do seguro é a de socializar, entre as pessoas expostas a determinado risco, as repercussões econômicas de sua verificação. A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, através de cálculos atuariais, a probabilidade de ocorrência de certo fato, normalmente um evento de conseqüências danosas para os envolvidos. De posse desses cálculos, a seguradora procura receber dos sujeitos ao risco em questão o pagamento de uma quantia (*prêmio*) em troca da promessa de pagamento de prestação pecuniária, em geral de caráter indenizatório, na hipótese de verificação do evento.

A exploração da atividade securitária é, no mundo todo, controlada pelo estado, em vista de sua importância econômica. No Brasil, o Decreto-lei nº 73/66 instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelos seguintes organismos ou sociedades: *a*) o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), órgão da administração direta do Ministério da Fazenda, ao qual compete normatizar a política e a atividade de seguros privados; *b*) a Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, investida de funções executivas do sistema;³ *c*) o Instituto de Resseguros do Brasil S.A. (IRB-Brasil Re), sociedade de economia mista que atua no ramo dos resseguros; *d*) sociedades autorizadas a operarem no ramo de seguro privado, resseguro, capitalização, entidades de previdência aberta e corretores de seguro habilitados.

Recuperando, a socialização dos riscos, também chamada *mutualismo*, é a função econômica da atividade securitária. Com o produto dos prêmios que recebe de seus segurados, se corretos os cálculos atuariais que realizou, a seguradora não só disporá dos recursos necessários ao pagamento das prestações devidas, em razão dos eventos segurados que se verificarem, bem como das despesas admi-

3. Chamaremos, nesse artigo, de Regulamento Administrativo do Seguro o conjunto de normas editadas pelo CNSP e divulgadas e aplicadas pela SUSEP.

nistrativas e operacionais relacionadas ao seu funcionamento, como também obterá lucro. Em outros termos, o prêmio, denominação do pagamento por que se obriga o segurado perante a seguradora, decompõe-se em duas partes: a) *prêmio puro*, correspondente ao valor do risco assegurado, que é a contribuição para o fundo, gerido pela seguradora, que garante o pagamento das prestações na hipótese de verificação do evento coberto pelo seguro;⁴ b) o *carregamento*, que remunera especificamente os serviços securitários, cobrindo as despesas operacionais e proporcionando lucro.⁵ Essa decomposição das partes do prêmio não tem significado jurídico para as relações entre segurado e seguradora. Se a soma dos valores recebidos a título de prêmio puro não for suficiente para o pagamento de todas as prestações devidas aos segurados, a seguradora não se exime de responsabilidade. Se não fez resseguro, deve honrar os compromissos com os demais recursos patrimoniais de que dispõe. O produto do pagamento do prêmio puro não representa, em suma, *patrimônio separado por carteira*, sob administração da seguradora, natureza que a lei poderia eventualmente lhe atribuir, como forma de resguardar melhor os interesses dos segurados.

No direito vigente no Brasil, o instrumento destinado a conferir a garantia aos segurados de solvabilidade das seguradoras é a denominada *reserva técnica*. Atendendo a limites e critérios fixados pelo CNSP, cada companhia seguradora é obrigada a manter parcela de seu patrimônio imobilizado. Para onerar ou alienar bens da reserva técnica, a seguradora precisa de específica e prévia autorização da SUSEP, autarquia responsável pela fiscalização da atividade securitária. É, aliás, crime contra a economia popular a ação ou omissão de que decorra insuficiência das reservas técnicas, fundos ou provisões legais ou regulamentares (LS, arts. 84, 85 e 110). As *reservas técnicas*, note-se bem, não têm a natureza das *reservas de lucro*, apropriadas pelas demonstrações financeiras das sociedades anônimas em

4. Pedro Alvim, *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro, 1983, Forense, 3ª edição, pág. 271.

5. Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances*. Paris, 1985, Dalloz, 5ª edição, págs. 193/203.

geral, e também pelas das seguradoras, com base na Lei nº 6.404/76.⁶ Enquanto as reservas técnicas são retenções de *prêmios puros*, as de lucro correspondem a retenções de *resultado*, que a lei ou o estatuto determinam ou os acionistas acham prudente realizar.⁷

3. O contrato de seguro

Caracteriza-se o seguro como contrato de adesão, solene e aleatório.

Quanto à primeira característica, ressalto que é necessariamente um contrato de adesão o seguro, na medida em que o mutualismo – isto é, a socialização de riscos – pressupõe a contratação de uma quantidade mínima de pessoas expostas a riscos homogêneos, em condições que atendam às estimativas resultantes de cálculos atuariais. Se cada segurado negociasse condições específicas, poderia resultar frustrada a socialização dos riscos. Por outro lado, sem a adesão de significativo número de segurados, ou seja, sem o mutualismo, o contrato se apresentaria como sendo jogo ou aposta, desnaturando-se. Também se caracteriza o seguro como contrato de adesão em razão da disciplina legal e regulamentar referente às suas cláusulas, que praticamente elimina qualquer margem de negociação entre as partes. Apenas em seguros de valores expressivos, normalmente contratados entre segurado empresário, de um lado, e um conjunto de seguradoras, de outro (co-seguro), verificam-se tratativas preliminares. No mais das vezes, forma-se o vínculo contratual pela simples manifestação de concordância aos termos estabelecidos pela seguradora, balizados pelas normas legais e regulamentares. Assim, não pode o contrato de seguro conter cláusula de dispensa ou redução do prêmio (LS, art. 30), ou que faculte a rescisão unilateral (LS, art. 13). O CNSP, por outro lado, tem poderes para padronizar as cláusulas e impressos necessários à contratação por bilhete de seguro (LS, art. 10, § 1º), e a

6. Cfr. meu *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, 2000, Saraiva, vol. 3, Cap. 26, item 7.

7. Cfr. Antígono Donati e Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*. Milão, 1995, Giuffrè, 4ª edição, págs. 38/39.

SUSEP pode fixar condições de apólices e tarifas de observância obrigatória (LS, art. 36, c).

A segunda característica do seguro diz respeito às condições de formação do vínculo contratual. É solene o seguro porque somente se constitui o contrato após a sua documentação, isto é, o registro em instrumento escrito. Há direitos estrangeiros, como o norte-americano e o inglês, em que o seguro pode ser oral;⁸ e há outros direitos, como o italiano e o argentino, em que a forma escrita tem caráter probatório unicamente, e não função constitutiva do vínculo.⁹ Entre nós, como diz a lei que o seguro “não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação” (CC, art. 1.433), a solenidade do seguro resulta clara, embora haja doutrina defendendo a natureza consensual desse contrato (por exemplo, Orlando Gomes¹⁰). Assim, somente se constitui o seguro no Brasil após o registro do contrato em pelo menos um de três possíveis instrumentos escritos: a apólice, a contabilidade regular da sociedade seguradora ou o bilhete de seguro (este último previsto no art. 10 da LS).

Finalmente, classifica-se o seguro entre os contratos aleatórios, aqueles em que as partes não têm como antecipar como serão executados. De fato, nem seguradora, nem segurado sabem, ao contratarem, se o risco objeto de seguro irá, ou não, manifestar-se em evento danoso. O sinistro, que tornará exigível a obrigação da sociedade seguradora, é sempre um risco futuro, isto é, evento incerto posterior à data da contratação (CC, art. 1.432). O segurado não sabe, portanto, ao celebrar o contrato, se terá sido compensadora a despesa com o pagamento do prêmio, ou se a poderia ter economizado; a seguradora, a seu turno, também não tem como antecipar se deverá arcar com o pagamento da prestação em favor daquele segurado em

8. John F. Dobbyn, *Insurance law*. St. Paul, Mn., 1991, 2ª edição, 2ª tiragem, págs. 33/34; John Birds, *Modern insurance law*. Londres, 1997, Ssweet & Maxwell, pág. 79.

9. Donati-Putzolu, *ob. cit.*, págs. 128/129; Rubén S. Stiglitz, *El contrato de seguro*. Buenos Aires, 1994, Abeledo-Perrot, pág. 27/32; *Derecho de seguros*. Buenos Aires, 1996, Abeledo-Perrot, vol. I, págs. 114/117.

10. *Contratos*. Rio de Janeiro, 1984, Forense, 10ª edição, pág. 475.

particular. A álea, assim, é inerente ao seguro: o contrato só existe na medida em que é impossível às partes anteverem sua execução. Note-se que tanto segurado como seguradora mensuram a conveniência econômica de contratar ou não a cobertura do risco, e o quanto a verificação do evento danoso pode interferir com os respectivos interesses, mas isto não altera em nada a natureza aleatória da avença.

Questiona-se, na doutrina, o caráter aleatório do seguro a partir de duas perspectivas. A primeira nega a álea em relação à sociedade seguradora que, em razão dos cálculos atuariais que realiza, tem condições de antecipar, com relativo grau de certeza, os resultados positivos do conjunto de operações de cada carteira. É, aparentemente, a posição de Waldemar Ferreira.¹¹ A resposta a esse primeiro questionamento deve recuperar o foco da matéria: a incerteza característica da álea diz respeito a cada contrato em particular, e não à atividade econômica explorada pela companhia de seguros, cujos resultados, inclusive, dependem de uma série de outros fatores administrativos, financeiros e econômicos, estranhos à quantidade e valor das liquidações.¹² A segunda perspectiva de questionamento do caráter aleatório do contrato afirma que a seguradora assume, na verdade, não a obrigação de pagar a prestação contratada na hipótese de verificação do sinistro, mas, sim, a de conferir uma *garantia patrimonial* ao segurado durante o prazo do contrato. É a posição de Ernesto Tzirulnik.¹³ O seguro, sob essa visão, assume caráter comutativo porque a seguradora deve uma prestação continuada, e pode ser, inclusive, responsabilizada na hipótese de administrar mal os fundos constituídos pelos prêmios puros, reduzindo ou comprometendo a garantia devida aos segurados. Penso que também essa forma de discutir a álea própria ao seguro não se sustenta: a garantia patrimonial através da socialização dos riscos é, sem dúvida, a finalidade do seguro sob o ponto de vista do segurado, mas não corresponde à obrigação da seguradora, nos termos em que o direito positivo brasileiro trata a matéria.

11. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo, 1963, Saraiva, vol. 11, págs. 492/493.

12. Cfr. Stiglitz, *Derecho...* cit. pág. 126/128; Orlando Gomes, *ob. cit.*, pág. 474.

13. *Estudos de Direito do Seguro*. São Paulo, 1999, Max Limonad, págs. 35/47.

4. O CDC e os contratos de seguro

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação de consumo. Em outros termos, ao contrato de consumo. Por contrato de consumo se entende aquele em que uma das partes se enquadra no conceito legal de consumidor (CDC, art. 2º) e a outra, no de fornecedor (CDC, art. 3º). Em razão da natureza relacional desses conceitos, já anteriormente analisada, a caracterização de apenas uma das partes como consumidor ou fornecedor, sem a correspondente e inversa caracterização da outra, importa a configuração de contrato estranho à relação de consumo; isto é, contrato de direito civil, comercial, do trabalho ou administrativo; e, portanto, não submetido em princípio às regras do Código de Defesa do Consumidor.

A subsunção à tutela contratual da legislação consumerista independe da forma específica do contrato. A compra e venda, a locação, o depósito, o mandato, o seguro, o transporte, a alienação fiduciária em garantia etc. podem revestir-se de natureza civil, comercial ou de consumo. Não existem, em outros termos, tipos específicos de negócios que sempre se caracterizem como contrato de consumo. Dependerá tal caracterização, como se notou, da qualidade dos sujeitos contratantes.

Há, no entanto, contratos que, já pela forma, não podem ser considerados de consumo, pois se encontram necessariamente inseridos em relações de direito comercial. São desse grupo os contratos de franquia, *factoring*, licença de uso de marca, transferência de tecnologia, *hedge*, locação empresarial, desconto bancário, financiamento de atividade econômica, representação comercial, subscrição ou venda de ações ou de valores mobiliários, *underwriting*, acordo de acionistas, *trespasse* etc.¹⁴ Há, também, contratos que, pela forma, são necessariamente civis, como a cessão de direitos autorais, constituição de sociedade civil, associação ou cooperativa etc. Esses contratos comerciais e civis por natureza, não se referem a relações de consumo e, assim, não se submetem, em princípio, à legislação consumerista.

14. O contrato de resseguro é do tipo que, por definição, não está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, posto que envolve, nos dois pólos da relação jurídico-contratual, seguradoras.

Nestes casos, a aplicação do CDC somente pode ser analógica, isto é, destinada à proteção do contratante débil, numa relação negocial entre desiguais.

Seguro é o contrato em que uma das partes (a sociedade seguradora) assume, mediante o recebimento do prêmio, a obrigação de pagar à outra (o segurado), ou a terceiro (beneficiário), uma prestação na hipótese de se verificar determinado evento futuro e incerto (risco). Quando o risco objeto de cobertura é insumo do segurado, e este, evidentemente, empresário, não se aplica ao contrato o Código de Defesa do Consumidor. É o caso, por exemplo, do seguro de crédito, do seguro contra danos patrimoniais relativo a estabelecimento empresarial, do de responsabilidade civil por acidente de trabalho em favor de empregado e outros. O seguro está sujeito à legislação tutelar dos consumidores, a exemplo de todos os demais contratos, se caracterizada a relação de consumo, isto é, se o segurado puder ser considerado o destinatário final do serviço securitário. Nessa última situação, encontram-se os seguros de vida, de saúde, contra danos patrimoniais em residência, etc.¹⁵

Em outros termos, o contrato de seguro está sujeito à legislação consumerista codificada apenas se o segurado puder se caracterizar, legalmente, como consumidor. Quer dizer, se o risco objeto de cobertura não for elemento ou atividade empresarial. Se for empresário o segurado, quer dizer, se o risco coberto for elemento ou atividade empresarial, caracteriza-se a cobertura como verdadeiro *insumo*. Nesse caso, não se aplica o CDC.

15. Em relação aos contratos bancários, o critério para discernir sobre a aplicação do CDC é o mesmo, voltado à caracterização do cliente como consumidor. A literatura jurídica tem se dedicado mais ao exame da situação das instituições financeiras do que das seguradoras. Consulte-se, a respeito: Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *As relações de consumo e o crédito ao consumidor*, em RDM 82 (1991); Newton de Lucca, *a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária*, em RDM 112 (1998); Geraldo de Camargo Vidigal, *a lei de defesa do consumidor – sua abrangência*, Em *Lei de Defesa do Consumidor*, publicado pelo IBCB em 1991; Luiz Rodrigues Wambier, *os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor – uma nova abordagem*, em RT 742 (1997).

Mas, encerrando, indaga-se qual a implicação da definição de submeter-se certo contrato de seguro ao Código de Defesa do Consumidor?

Para discutir essa matéria, vale a pena relembrar as características já assinaladas do contrato de seguro: por adesão, solene e aleatório.

Em relação à primeira (contrato por adesão): normalmente, a definição de aplicação do regime comercial a determinado contrato implica a ampliação da margem de livre negociação entre as partes. Essa margem, que é bastante estreita nos contratos de consumo, é consideravelmente ampla nas contratações entre empresários. No seguro, entretanto, tanto em razão do Regramento Administrativo, como de sua função econômica (promover o mutualismo), mesmo não sendo um consumidor o segurado, não há como escapar de restrições à livre negociação entre as partes. De qualquer modo, o segurado-empresário pode negociar mais com a seguradora, do que o segurado-consumidor.

No tocante a segunda característica (contrato solene): quando sujeita a relação contratual à lei consumerista, além dos instrumentos específicos de formalização do vínculo contratual, mencionados no Código Civil e na legislação securitária (apólice, escrituração e bilhete de seguro), qualquer outro instrumento escrito tem o mesmo efeito constitutivo, tendo em vista o disposto no art. 48 do CDC: “as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor”. O recibo do corretor, desse modo, ainda que não comunicada a operação à seguradora, pode vir a ser considerado, numa interpretação menos conservadora da legislação de tutela do consumidor, como prova da existência do contrato.

Finalmente, quanto à terceira característica (contrato aleatório): a seguradora deve, nas relações com os segurados-consumidores, atentar às normas do CDC relativas ao direito à informação. Considerando-se o nível de compreensão do consumidor médio, e a sofisticação de certas operações securitárias, a seguradora se protege, na medida em que transmite aos segurados-consumidores informações cor-

retas, claras, precisas e inteligíveis sobre as hipóteses de liquidação e de exclusão constantes da apólice. Igual cautela não se exige se o segurado é empresário e o contrato não se encontra sujeito à legislação consumerista.