

# **NUEVAS TENDENCIAS E INSTITUCIONES EN DERECHO DE SEGUROS\***

**PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO**

---

\* Conferencia dictada con ocasión del *40 Aniversario de la creación de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros*. Caracas, julio 1998. Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés bello, No. 53, Caracas 1998, pp. 123-152.

## **I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EVENTO**

Debo agradecer a la ciudadana Superintendente de Seguros, Dra. Morelia Corredor, en primer lugar en mi condición de Presidente de la Asociación Venezolana de Seguros (AVEDESE - AIDA), y en segundo término en el mío propio, la invitación que se nos formulara para participar en este ciclo de charlas preparado con ocasión de la celebración de los cuarenta años de haber sido instituido el ente Supervisor de la actividad.

Manifestaba a la ciudadana Superintendente en la carta donde acepté tan honrosa invitación, que en nuestro país, donde tan efímeras suelen ser las instituciones, resulta un verdadero acontecimiento celebrar un cuarentavo aniversario de la existencia de un ente, órgano o institución.

Por ese solo motivo la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese-Aida), Sección Nacional de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) ya considera este acontecimiento como una ocasión para congratularse y manifestar nuestra complacencia. Añádese a él que en el decurso de estos años, e independientemente de los logros y críticas que puedan hacerse al ente, en la trayectoria institucional del organismo se ha dado cumplimiento a una gestión que puede calificarse de cabal y apegada a los fines para los cuales se le ha confiado su competencia.

Han sido muchos los momentos difíciles por los cuales las aseguradoras y con ellas la Superintendencia hubo de transitar. Dos crisis económicas considerables acosaron al país y de ellas no escaparon las empresas y otros entes vinculados a la actividad.

Con todo, la industria aseguradora ha seguido adelante, ha continuado su crecimiento, ha solidificado sus bases técnicas y económicas y

ha cumplido su importante rol de previsibilidad y amparo patrimonial ante siniestros. Una ojeada en países similares al nuestro en magnitud y desarrollo, los cuales han padecido tan lamentables crisis económico financieras, pone de manifiesto la mayor entereza de nuestro sector y el papel que en tales ocasiones asumió el ente supervisor. Creo que nadie negará que el Balance de la gestión ha sido positivo.

Es más, dentro de nuestro propio país, instituciones parecidas en magnitud y responsabilidades ante la ciudadanía similares a las de la actividad aseguradora y que manejan por igual grandes volúmenes de masas dinerarias pero en otras áreas del entorno económico, con ocasión de las anómalas situaciones reseñadas, asumieron comportamientos que dejan mucho que desear y con sus crisis provocaron graves descalabros en sus respectivas áreas, debiendo el Estado asumir considerables cargas para afrontar ante los consumidores los coletazos de esos malestares financieros.

Cierto es que a la Superintendencia de Seguros en algunas oportunidades se le ha impuesto asumir roles ajenos y extraños a la función propia de órganos de control y vigilancia, producto ello de filosofías políticas erráticas, atrasadas lamentablemente para el momento histórico en que debieron adoptarse y con consecuencias que aún deben lamentarse, mas tan deplorables actitudes no han sido posicionamientos propios del ente ni de quienes en tales oportunidades se encontraban al frente del mismo, sino reflejo como se ha señalado, de tendencias económico políticas de nuestros gobiernos y legisladores de turno.

La realidad práctica de la vida, las tendencias internacionales, y las necesidades de desarrollo del país, se han encargado de poner en evidencia esos errores y se han tomado de nuevo los derroteros propios que debe seguir el ente.

Lamentablemente en la última reforma de la Ley que rige la actividad y al propio ente supervisor, no se adoptaron todas las medidas y cambios que eran razonables y adecuados y sólo se produjeron algunos pequeños cambios, que si bien actualizaron ciertas instituciones y funciones e hicieron que el Estado, cuando menos en ciertas áreas, retomara el rol que dentro de esta importante rama de la actividad económica está llamado a realizar, pero ello evidentemente no era suficiente, ni las

que se produjeron permiten considerar que fueron las necesarias para adecuar la normativa sobre seguros a la actualidad de su desarrollo.

La dicha reforma en todo caso fue incompleta, tímida, apresurada, y de ello no me cabe la menor duda estamos convencidos todos los involucrados en la actividad aseguradora, incluyendo a la propia autoridad de control, aseguradoras, reaseguradoras, mediadores y quienes somos curiosos del Derecho de Seguros.

Debemos reconocer se perdió una buena oportunidad para acometer esa reforma estructural y como lo llama la Doctrina Italiana, “el aggiornamento” de las instituciones relacionadas con la actividad, y entre ellas las del ente supervisor.

A las puertas del nuevo siglo, a los cuarenta años de este todavía joven órgano del Estado, debemos reconocer que son muchos los atavismos que existen en la ley que rige la actividad aseguradora y reaseguradora y mas desalentador aún resulta el panorama si examinamos la legislación sustantiva sobre el Seguro y el Reaseguro.

No me siento libre de culpas, pero al menos me queda la satisfacción de haber procurado destacar ese deplorable atraso de nuestras normas jurídicas sobre la materia, y el haber preparado quizá no el mejor de los “proyectos” de una ley para la actividad y el contrato de seguro, pero cuando menos si debe reconocérsele haber sido más valiente y atrevido que el finalmente aprobado y del cual ahora, muchos de los que lo adversaron me imagino estarán arrepentidos de no haber apoyado el que presentáramos a la Cámara de Aseguradores.

Me place destacar que cuando menos en las discusiones de algunos de sus capítulos álgidos, y en la empresa inicial que se me confiara tuve la honra de haber contado con atinadas observaciones de la Dra. Corredor, hoy actual Superintendente. Desconozco si a ella correspondió de alguna manera haber impulsado o no la discusión de ese proyecto y su defensa ante los órganos del Ejecutivo y del Legislativo, pues como siempre ocurre en nuestro país, luego que culminara mi trabajo jamás se me informó de las eventuales críticas o razones para haberlo desechado.

Sí me desalienta, en cambio, el que una de las razones para no haberlo apoyado muchos de los que debieron impulsarlo, entre ellos, algunos de mis maestros en Derecho de Seguros, la única razón que adujeron en su contra fue el de que muchos cambios en ese proyecto

podrían provocar un efecto adverso en nuestros órganos legislativos, el de que nuestro país no contaba aún con personal adecuado para entender y aplicar algunos de los cambios propuestos y no faltaron tampoco quienes en defensa de sus propios intereses temieron que tales cambios provocaran salida del mercado de algunos entes que virtualmente medraban en la actividad.

No me arrepiento del esfuerzo realizado ni del tiempo invertido en esos avatares y por supuesto ni que decir incompensados por la retribución que se me hiciera. Lo que sí puedo señalar es que me queda el orgullo de haber asumido valientemente la comentada posición de avanzada, de haber propuesto para mi país una legislación adecuada a la modernidad del Derecho de Seguros, que por igual abarcara tanto el aspecto de la actividad como el de la normativa sustantiva, y en ambas procurando adecuar las instituciones a la realidad nacional y a los cambios y modificaciones que ya estaban presentes en la mayoría de las legislaciones sobre la materia en el mundo occidental.

Aprovecho, por cierto, esta oportunidad para agradecer en lo personal a los Dres. Eduardo Wallis Olavarría, quien en su momento fuere también Superintendente de Seguros, y al Dr. Pedro Manuel Arcaya, Director de empresas de seguro de vieja data, por el apoyo que me brindaron entonces en la discusión, preparación y redacción de aquel Proyecto y en adición al primero de los nombrados por haber cumulado conmigo el mismo ideario que plasmé en el comentado Proyecto.

## **II. PRINCIPALES AREAS E INSTITUCIONES EN MATERIA DE SEGUROS EN LAS CUALES SE OBSERVAN A NIVEL DE DERECHO COMPARADO IMPORTANTES CAMBIOS Y NOVEDADES ASI COMO TENDENCIAS PARA SOLUCIONAR PROBLEMÁTICAS PROPIAS DE LA ACTIVIDAD**

Hecha la anterior breve digresión histórica, que reputé necesaria porque en parte explica las causas por las cuales aún nuestra legislación sobre seguros deja mucho que desear y se mantiene definitivamente atrasada si la comparamos con el acontecer legislativo en el resto del mundo, procuraré hacer una sucinta reseña de las nuevas tendencias legislativas en materia de Derecho de Seguros, objeto primordial de mi

disertación, la cual por supuesto ni con mucho pretende ser un examen siquiera global de todo lo que ha acontecido en esto últimos años en la materia, ni premonitoria de los profundos cambios que continuarán experimentándose a la luz de los fenómenos de la globalización, de las economías de las comunidades, de países organizados como tales, ni de lo que debe esperarse del mundo en el nuevo siglo donde ya se avizora el acontecer de las grandes empresas multinacionales, de las grandes magnitudes de riesgos derivados de nuevas actividades día a día generadas por los cambios tecnológicos, prácticamente imposibles de precaver en sus magnitudes económicas, ni de las dimensiones de los grandes daños que puedan provocar ciertas actividades propias de las nuevas grandes economías de escala, masificación de la producción y avances de la ciencia que deberán afrontarse en esa nueva era.

Hacer citas puntuales sobre tales normativas, resultaría largo y tedioso, por ello optaré por esbozar los principios y postulados en los que se encuadran todas esas legislaciones que sin temor a equivocarnos podemos decir son reveladoras de las tendencias actuales en materia de legislación sobre la actividad aseguradora con vista a tales acontecimientos previsibles en el nuevo siglo, y las cuales procedo a analizar seguidamente:

1. La procura por la *uniformidad y armonización de los textos legislativos* en las materias relacionadas con la actividad, particularmente en países aglutinados en ciertas comunidades o regiones o por razón de altos intereses, o en proceso de constituir grupos regionales.

Franca demostración de dicha tendencia puede observarse en los países de la Comunidad Económica Europea, los cuales han venido ciñéndose a un proceso de adaptación bajo las modalidades de las Directivas de la CE. Por igual se observa la adopción de principios innovadores y modificatorios de los tradicionales en casos en donde por razón de Tratados para la regulación del Comercio entre dos o más países se ponen de manifiesto grandes desigualdades entre unos otros, haciendo recomendable como se lo hizo en el Tratado de Montreal acoger la llamada “Reciprocidad Relativa” y donde se afirma como postulado la necesidad de que los procesos de apertura y liberación en el sector Asegurador se cumplan progresivamente para que por vía de equidad se eviten graves daños en dicho sector en los países menos desarrollados.

Tal fue el caso de México, USA y Canadá, del cual tanto tenemos que aprender los demás países del área latinoamericana y de lo que muchos parecen haber leído muy poco<sup>1</sup>.

2. Marcada tendencia a la *desregulación y al extrañamiento de la participación del Estado dentro de la actividad* cada vez más acentuada.

En cuanto al primer aspecto, precisa reconocerse que como consecuencia de las situaciones económico financieras mundiales, se hizo materialmente un postulado la apertura de los mercados a las inversiones transnacionales y un campo apetecido, por razones estructurales y operativas, lo es el de la actividad aseguradora. Lo dicho comportó necesariamente, de por sí, un cambio también de posturas respecto al rol que debía confiarse a los órganos de control de la actividad, todo sin menoscabo del reconocimiento unánime, a nivel mundial, de la conveniencia de mantener aquél, pero dentro de justos y nuevos límites y separando aspectos que durante mucho tiempo estuvieron confusos.

En primer lugar, como lo sostiene Eduardo Steinfeld<sup>2</sup>, no puede ponerse hoy en duda que el seguro es una actividad de “interés público” que no “un servicio público”. De lo primero encuentra su justificación la necesidad de la regulación y control sobre la actividad, pero no fundamentada en los principios dogmáticos que provienen de la vieja tendencia a considerar que la autorización a los particulares para

<sup>1</sup> Al respecto referimos al trabajo titulado: El Seguro y los Tratados de Libre Comercio, Díaz Lobato, Guadalupe, Romero Salas, Jesús y otros, Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, Vols. IX y X, Colombia, 1996 y 1997, p.7 ss y 15 ss, respectivamente. Resulta interesante resaltar al respecto los serios, graves e importantes comentarios que sobre este tipo de situaciones se crean para los países menos desarrollados. Experiencias sobre la materia son narradas por los autores del trabajo comentado y ciertamente que nuestros negociadores internacionales y los de otros países del área deberían tomarlos muy en cuenta, pues las duras advertencias que se hacen respecto de la postura privilegiada de los países mas desarrollados deben alertar a nuestra América a fin de defender con gallardía su soberanía y proteger el interés nacional (en especial véanse p. 32 ss del comentado trabajo en la Revista citada Vol. IX). Puede asimismo consultarse a José M. Martínez, Revista citada, vol. 5/94 p. 7 ss, y Santiago Osorio F., Apertura económica e integración multinacional (revista citada, Vol. I, p. 201) y las ponencias presentadas por la Delegación Mexicana en el IV Congreso Ibero-latinoamericano celebrado en Chile, bajo la denominación “El Seguro y los Tratados de Libre Comercio (IV Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros, Socio libros, Chile, 1995, p. 199 ss).

<sup>2</sup> Régimen de Habilitación y Funcionamiento de las Empresas de Seguros y Reaseguros en la Argentina, Revista citada, Vol. IX, p.148 ss.

el ejercicio de la actividad era una “especie de concesión” del Estado para tolerarla y permitir esa asunción de responsabilidades por el sector privado y por lo tanto no puede pretender el ente de control jamás dictar, normas de fijación de políticas aseguradoras ni el reemplazo de la iniciativa empresarial de los aseguradores.

Lo recomendable, como se observa de los diversos ordenamientos que así lo contemplan, es que dicho control sea o procure ser “preventivo” en beneficio de los asegurables. De ello deriva por igual que el funcionamiento del ente de control debe procurar ser “oportuno y dinámico”, pero sin llegar a entorpecer la actividad aseguradora y debe recaer solo sobre aquellos aspectos “necesarios”, sin incurrir en excesos regulatorios, mas ante los retos que impone la necesidad de contemplar las políticas económicas de apertura, de allí el fundamento de la desregulación como regla general.

Debe tenerse presente que tal control, desde el punto de vista económico financiero y de responsabilidad ante los asegurados, no debe perseguir otros fines diferentes a la procura de una suerte de garantía “objetiva y general” de la buena marcha del sector y de las empresas, sin que por ello el Estado asuma una responsabilidad subjetiva y puntual en casos de insolvencia del asegurador.

Lo dicho impone fijar que los controles deben centrarse en procurar fundamentalmente la salud del asegurador y del mercado, todo otro exceso no solo desvía el fin fundamental de la supervisión y control recomendables, sino que dificulta y complica la agilidad y buen proceder de los órganos de control.

Si los mecanismos de control preventivo operan eficientemente no deben ocurrir riesgos de insolvencia. El ente de control debe mantenerse al margen de la fijación de políticas, ya que de lo contrario se perderá su verdadero objetivo y generará un exceso de discrecionalidad en dicho ente.

Por igual dentro de los lineamientos que fijan hoy los derroteros del control de la actividad, se nota un definida posición por excluir del ámbito de las potestades del ente de control todo lo relacionado con la actividad de la Seguridad social y otras áreas similares, las cuales si casi se sobreponen y son coincidentes en algunos aspectos con los fines propios de ciertas modalidades de seguros, resultan completamente

diferentes desde el punto de vista técnico y finalista de cada una de esas áreas. Tal ha sido la clara y definida postura de los legisladores de España, Colombia y Paraguay.

Vale la pena también destacar que en la vigente normativa española, se incluye un importantísimo aspecto de la actividad asegurativa, materialmente pretermitido en épocas anteriores, cual es el relacionado con las actividades de prevención de daños, inherente al objeto mismo de la actividad, y al cual por supuesto debe darse toda la importancia y empuje que merece, quedando a cargo de los entes de vigilancia su adecuado control.

Por igual, observarnos como otro rasgo característico en las nuevas normativas que: regulan la actividad, la inclusión de normas específicas llamadas a contemplar la protección de la libre competencia, control de los monopolios, etc., mediante los mecanismos *ad hoc* que permiten el control de los llamados “vínculos estrechos” o posicionamientos de control (económicos, financieros o de dirección). Es ésta una clara tendencia en las nuevas legislaciones europeas, como es el caso de la Ley Española (Ley de 1995 y de la que la precedió 33/84) que así expresamente lo contemplan<sup>3</sup>.

### 3. Marcada tendencia a la protección de los consumidores<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> Véanse al respecto para el análisis de la Ley 33/84 Española a Juan Bataller Grau (La Reforma del Derecho de Seguros en España, Revista y Vol. antes citados, p. 329 ss) y para la nueva Ley (30/1995) a Fernando Sánchez Calero (Consideraciones Generales en torno a la Ley Española de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Revista citada, Vol. VIII, p. 259). En igual sentido puede consultarse sobre el tema a Manuel Soares Povoas (El Nuevo Orden del Seguro en América Latina: Su Liberación. Revista citada, vol. 5, 1994 p. 35 ss), también Luis Almajanos, El Derecho Comunitario y su Aplicación en el Derecho Español en los grandes riesgos, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, Musini, España, 1994, p. 37 ss).

<sup>4</sup> Este concepto de “consumidores”, a pesar de lo usado que resulta hoy en día en el argot jurídico y en la normativa legislativa especial referida al tema, presenta sus bemoles, que obligan a pensar en la conveniencia de fijar claros límites para la determinación de quienes realmente resultan tales. Ello es así, especialmente en materia de seguros, donde aparecen como posibles sujetos de la denominación: el tomador, el beneficiario, terceros con derecho a la indemnización y dentro de los primeros, poderosos grupos económicos que mas que negociar las condiciones de la contratación, las suelen imponer. En tal sentido, Ernesto Caballero Sánchez (La Noción Legal del Consumidor de Seguros, Rev. citada, Vol. IX, p. 61 ss), plantea la conveniencia de que en materia de seguros, se tenga por consumidores “a las personas físicas, destinatarias finales de los servicios de coberturas del riesgo y situaciones socioeconómicas mas necesitadas de medidas tutelares de consumo”. Derivado del

tanto desde el punto de vista de control de la actividad, lo cual ahora se procura hacer a través de mecanismos ajenos al ente supervisor de la actividad aseguradora y por vía de instituciones ad hoc contemplados generalmente en otras leyes especiales (Ley de Protección al Consumidor, la figura del Ombudsman en Seguros, etc.)<sup>5</sup>

La fundamentación para la institucionalización de esta nueva modalidad para dar protección a los consumidores en el caso de la actividad aseguradora, esto es, a través del Defensor del Asegurado o a través del “OMBUDSMAN” para prevenir y terminar la litigiosidad que se presenta en la actividad, encuentra como basamento, en palabras de Renedo Omaecheverría<sup>6</sup>.

... en primer lugar en la falta de igualdad entre productor y consumidor, en segundo término por la duración de la prestación de los servicios, que per se justifica un sistema peculiar de protección, en tanto no se puede cambiar de asegurador con la misma facilidad que de vendedor de otros productos y servicios y, por (último por la alta tecnificación del seguro, que exige una formación específica para poder tratar los conflictos”.

---

problema de concebir a una de las partes del contrato como débil jurídico, surge también la problemática de si el contrato de seguros es o no un contrato de adhesión o si sus cláusulas y regulaciones pueden encuadrarse en lo que hoy denomina la doctrina “cláusulas de estilo”, cuya imposición pura y simple se rechaza por amenazar realmente a la libertad de contratación. Al respecto se han discutido numerosos criterios y sobre los mismos pueden revisarse los trabajos de David Arosemena Zamudio *¿Es el seguro un contrato de Adhesión?* Revista citada, Vol. XI, 1998, p. 55, y la citada obra de Carlos I. Jaramillo (*Mecanismos de solución alternativa de conflictos derivados de los contratos de seguro y reaseguro en el derecho comparado*, Colombia, Edit. Javegraf, 1ª edición, 1998, p. 57).

<sup>5</sup> Precisa destacarse con notoria importancia una nueva tesis que consideramos tendrá que imponerse en el acontecer internacional, en efecto, a pesar de que por costumbre se habla de protección al consumidor para referirse al asegurado (débil jurídico del contrato para quienes sostienen dicha posición), ya existen voces que se levantan para destacar que mas que de protección del asegurado debe pensarse por igual en el asegurador y en tal sentido la protección que se exige y reclama debe ser para “LAS PARTES DEL CONTRATO”, todo con fundamento a la conveniencia de obtener un verdadero equilibrio entre los intereses por igual legítimos de ambas partes del contrato. Una interesante digresión sobre el tema es planteada por el profesor Marcel Fontaine, Miembro del Consejo Mundial de Presidencia de AIDA, en su trabajo “La Protección de las Partes en el Contrato de Seguros (Revista citada, Vol. IX, p. 53).

<sup>6</sup> Un defensor para todo un sector, Seminario sobre El Defensor del Cliente, Madrid, 1994, p. E-9.

Desde hace ya varios años acogieron la figura del Defensor del Asegurado en especial los países escandinavos, Gran Bretaña, Suiza y los Países Bajos, bien lo fuera bajo la modalidad de una figura unipersonal o colegiada. La idea surgió en todo caso, según lo expone el Profesor Fernando Suárez González<sup>7</sup> para paliar el alto coste económico o moral de la interposición de una demanda ante los Tribunales para conciliar intereses entre asegurador y asegurado”.

En Suecia, en Ley 38/1980 de protección al asegurado, en adición a la función revisora de las pólizas y contratos que cumple una especie de Consejo Nacional de Protección al Consumidor y el denominado Consejo Público de Reclamaciones se normalizó la figura del Ombudsman ya existente desde 1968. Dicho Defensor del Asegurado constituye además, con un grupo de consejeros especializados, un Comité para resolver los casos relacionados con colisión de automóviles<sup>8</sup>.

En Suiza hoy ya se extiende la existencia del “defensor del asegurado” a todos los Cantones. Dicha figura nacida en 1972 como una iniciativa de la Asociación Suiza de Seguros, bajo la forma de una entidad fundacional creada por algunas Aseguradoras a la cual se adhieren voluntariamente cuantas otras lo deseen, que son hoy la casi totalidad de dichas empresas. En estos casos el Ombudsman actúa como simple mediador sin imponer decisiones. La indicada idea respalda sus resultados con amplias y satisfactorias estadísticas<sup>9</sup>.

En los Países Bajos y Gran Bretaña curiosamente la figura ha nacido por decisión propia en el primero de los países como una idea de las empresas del ramo de vida inicialmente y luego extendida a las que explotan ramos patrimoniales y cuenta ya con 30 años de existencia, bajo la modalidad de un denominado Comité Disciplinario, cuyas decisiones, que se hacen públicas, son acatadas a cabalidad por aseguradores y asegurados y en Gran Bretaña, se inició la idea en tres de las grandes aseguradoras inglesas, bajo la denominación de “Oficina del Ombudsman de Seguros” en el año 1981 a la cual hoy se han adherido la casi totalidad de las aseguradoras. El Ombudsman tiene poderes inquisito-

<sup>7</sup> El Defensor del Asegurado: Doce años defendiendo al asegurado en España, Revista citada Vol. 10, 1997 p. 183 ss.

<sup>8</sup> Suárez González, *opus cit.* p 186.

<sup>9</sup> Suárez G. *opus cit* p. 187 ss.

rios, y resuelve a falta de norma clara aplicable al caso por criterios de equidad. La labor rendida debe ser hecha pública anualmente<sup>10</sup>.

Con posterioridad, se han adherido a contemplar la existencia de esa figura, entre otras legislaciones las de España, Francia, Bélgica e Italia y finalmente según lo reseña en obra recién publicada el Dr. Carlos Jaramillo<sup>11</sup>, también en Colombia, con la modalidad similar a la que luego comentaremos como iniciativa privada de la empresa Mapire española y que ahora parece formar parte de un proyecto de ley en curso en el que se contempla la figura de la Defensoría del Cliente.

Pero la más curiosa de las modalidades que contemplan la existencia del Ombudsman es el caso de la Empresa de Seguros española Mapire que en 1984 ideó la creación de la Comisión de Defensa del Asegurado, como una dependencia más de dicha empresa, adelantándose así a lo que hoy contempla la Ley Española (30/1995) como medio de solventar los conflictos entre aseguradoras y asegurados a través de las decisiones del Defensor del Asegurado, institución creada o aceptado por una empresa aseguradora o grupos de empresas, cuyas decisiones son vinculantes para la aseguradora, pero que en todo caso deja incólume el derecho del asegurado de acudir ante la tutela judicial (Art. 63 de la ley citada).

La Comisión de Defensa del Asegurado como institución de la empresa Mapire, es un ente complejo sufragado por la empresa pero con absoluta independencia y autonomía de sus miembros frente aquella y al asegurado, que revisa, tramita, averigua y resuelve las reclamaciones de asegurados contra dicha empresa en su condición de tercero dirimente de conflictos (nótese que no es arbitraje pero que la figura está contemplada expresamente en la Ley de Arbitraje Española /1988) y la cual en todo caso deja a salvo el derecho de las partes bien de acudir al arbitraje propiamente dicho o a los órganos judiciales, derechos a los cuales en la práctica ha renunciado la Mapfre.

Lo interesante resultan ser los resultados obtenidos a través de esa peculiar pero definitivamente útil figura. En efecto las cifras estadísticas de dicho ente a 1995, durante 11 años de actividad reflejan los siguientes resultados: De 2323 casos despachados por la Comisión de

<sup>10</sup> Suárez G., *opus cit* p. 190 ss.

<sup>11</sup> Solución alternativa de conflictos en el seguro y el reaseguro. Publicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998.p. 120 ss.

Defensa del Asegurado, 106 fueron resueltos favorablemente a los asegurados ante la simple gestión de información cursada por dicha dependencia, 21 fueron desistidos voluntariamente por los reclamantes y de las 798 en que efectivamente recayó decisión de dicha Comisión, 376 fueron favorables a los reclamantes, y 442 declaradas en contra, 1.398 no fueron admitidas a trámite por no llenar los requisitos necesarios para dar curso a las mismas (entre otras razones porque inclusive 69 no eran siquiera de asegurados).

Se observa, pues, que tan especial iniciativa ha producido excelentes resultados en cuanto no litigiosidad innecesaria y satisfacción de los Clientes asegurados. Ha sido, en resumen, una vía eficaz para la solución de los conflictos, que tanto daño hacen en el aspecto imagen a la Industria, y ha puesto de manifiesto por igual, que muchos de tales conflictos provienen de una inadecuada tramitación interna de los reclamos o un extremado celo por proteger lo que no tiene razón de ser (al respecto recomendamos la consulta del citado trabajo del Dr. Suárez G.).

Desde el punto de vista sustantivo, iguales fenómenos vienen contemplándose en las nuevas regulaciones en materia de conceptos e instituciones sustantivas contempladas en el tradicional Derecho de Seguros, o de otras leyes, que, si bien no directamente relacionadas con dicha área o actividad, también se refieren a problemas que afectan la actividad aseguradora. Reflejo de esta tendencia resulta ser la alteración de conceptos e instituciones tradicionales, para adecuarlas a un régimen expedito que garantice la protección de los terceros.

Respecto a dicha temática, nos referiremos entre otros a los siguientes aspectos:

A) En materia de responsabilidad civil derivada de la circulación automotor, nos encontramos en las legislaciones de avanzada con el reconocimiento 'de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador, lo que se ha logrado en palabras del Profesor Fernando Sánchez Calero a través de un criterio de interpretación progresista, posición esta que ya se extiende en algunas legislaciones. tanto a los seguros de responsabilidad civil obligatorios como a los voluntarios<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> La Acción Directa del Tercero Damnificado contra el Asegurador, Revista y volumen citados, p.57 y ss, y en igual sentido Garrigues, Contrato de Seguro terrestre, 2a Edic. Madrid, 1983 p. 389.

Precisa observar que tales cambios han venido produciéndose en algunos países dentro de la normativa misma del Seguro y de la actividad aseguradora (pe. Caso de España) mientras que en otros, ante la insostenible demora por adecuar aquéllas, sobre todo en los países donde el Seguro se encuentra formando parte de normativas generales codificadas, estableciendo dichas innovaciones en las leyes especiales que de alguna manera tienen relación con dicha problemática (Leyes de Tránsito, Leyes de Protección Ambiental, etc.).

Por igual es necesario reconocer que en los países donde se han forjado tales iniciativas ha tenido preponderante papel la innovación interpretativa jurisprudencial, tal como ha sido el caso de España y a tenor de la cita que al respecto hace el Maestro Sánchez Calero (*opus cit* p. 58). De tal importancia son estos fenómenos de adecuación de la realidad impuesta por la actividad aseguradora, que la denominación de tales leyes especiales inclusive toman más al aspecto seguro que al propio de la materia en ellas reguladas, por ejemplo en el comentado caso de España la ley respectiva dirigida a regular la responsabilidad por la circulación automotor (Ley 122/1962) ha pasado a denominarse “Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”<sup>13</sup>.

Por supuesto que debe señalarse ha sido éste el caso de Venezuela, donde la Ley de Tránsito Terrestre, ya desde su versión anterior a la actual dio el citado paso de avance y cuya última reforma por cierto, en forma también novedosa dentro de nuestro sistema asegurativo o haciéndose eco de la denominada tesis de la “socialización de los riesgos” ha introducido la figura del riesgo objetivo directo social, conforme a la cual prescindiendo de los principios ordinarios que rigen la responsabilidad civil, impone la obligación de pagar la indemnización a la víctima, aún en casos donde el responsable directo o el amparado por el seguro (tomador) resultan eximidos de tal responsabilidad.

---

<sup>13</sup> Para ampliar sobre la problemática generada por la acción directa concedida a la víctima, véanse en la Revista citada, entre otros, los siguientes trabajos: Carlos Ignacio Jaramillo: La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil en América Latina, p. 101; Enrique J. Quintana: La Citación en Garantía del Asegurador, p. 173; María J. Fernández Martín: Acción Directa y su Proyección en el Seguro Español, p. 191, todos en Volumen VII de la citada Revista, 1996; y Manuel Olivencia Ruiz: El Seguro de Responsabilidad Civil y la Protección de la Víctima, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, *opus cit.*, p. 187 ss.

Sobre esta última anormal situación AVEDESE consideró conveniente hacer un detenido estudio y a tal efecto promovió en 1997 unas Jornadas especiales para el análisis de tan delicado tema, con la participación de jueces y especialistas en Derecho de Tránsito, en la cual varios de sus miembros expusieron su criterio sobre dicho asunto, llamando la atención sobre lo que comportaba la indicada nueva postura del legislador. A pesar de lo dicho, tales cuestionamientos pasaron inadvertidos, producto de esa singular apatía de nuestro pueblo, y a la fecha ni aún las propias Aseguradoras han asumido posición al respecto. Vale la pena señalar que en países donde definitivamente se ha admitido como fundamento de esa posición legislativa, el aludido criterio de socialización de ciertos riesgos, coetáneamente se han tomado las previsiones necesarias para modificar por igual las normas técnicas que deben regir entonces las reservas y han coincidido en la conveniencia de crear fondos especiales de contingencia, así como una limitación o tope en el importe de las indemnizaciones (Francia, España, etc.) en tanto que entonces no resultan aplicables ni confiables los principios técnicos generales aplicables en la Industria aseguradora.

B) Relacionado con la Responsabilidad Civil derivada de daños medio ambientales, encontramos situación similar que nos permite hacer comentarios iguales que a los anteriores en cuanto a novedades que han derivado de la especial naturaleza de este tipo de riesgos, las magnitudes de los daños que por lo general derivan de siniestros de tal tipo y de los sujetos que soportan el daño y derechos de accionar frente a los aseguradores directamente.

Al respecto puede decirse que priva también esa misma nueva concepción sobre “responsabilidad civil”, ajena a las normas tradicionales que contempla la regulación de la materia en el Código Civil, con marcada tendencia a la admisión de un régimen especial de responsabilidades objetivas (responsabilidad sin culpa) fundamentadas en la ya tradicional “teoría del riesgo empresarial”, responsabilidad esta que puede ser solidaria.

Para complementar esos nuevos sistemas de protección se han producido así mismo modificaciones en lo relativo a normas sobre inversión de la carga de la prueba e inclusive se establece responsabilidad para las empresas fabricantes, aún cuando los daños se generen bajo la explotación normal de la empresa.

La causa inmediata de todas dichas innovaciones no es otra que la necesidad de armonizar el Derecho de Seguros, en el conjunto de países que integran, la Comunidad Económica Europea y ante la imperiosa necesidad de reconocer esos nuevos riesgos, sus magnitudes y los efectos que pueden atribuirse a los mismos.

Adelantándose a los necesarios cambios que supondrá la globalización y la comunidad de intereses entre los que la integran, ya se encuentran consagraciones legislativas expresas que contemplan la materia en Alemania (Ley sobre Responsabilidad Medio Ambiental, Ley de Agua, en las que se imponen la obligación de un seguro para prevenir los daños medio ambientales a las empresas que pueden provocar dichos daños) y en las leyes españolas sobre Desecho de Residuos Tóxicos y Peligrosos (Ley 20/86), la de Residuos Industriales de Cataluña (Ley 6/83) y la Ley de Energía Nuclear (Ley 25/64).<sup>14</sup>

Como también resulta objeto de comentario separado, todo ello ha originado la necesidad de contemplar mecanismos que en pro de dar adecuada cobertura a los daños y de los cuales cabe deducir expresa y destacadamente la necesidad de contemplar otros medios de transferencia de tales riesgos (Fondos asociativos) de <sup>1</sup> los cuales entonces puede decirse que los seguros de responsabilidad civil, sólo son complementos de otras previsiones que deben ser asumidas por las partes, en tanto que los seguros no son suficientes para un respaldo total.<sup>15</sup>

Por igual, ha sido menester innovar sobre conceptos tradicionales en materia de seguros, y crear otros nuevos, más adecuados a las modalidades de esas especiales situaciones (vbg. el concepto de los daños en serie, en virtud del cual se establece la contracción y unificación de

---

<sup>14</sup> Una interesante visión del problema del aseguramiento del riesgo medio ambiental puede obtenerse de la obra Estudios sobre Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento, Autores varios, Mapfre, España, 1997.

<sup>15</sup> Para un estudio más detenido sobre los interesantes aspectos que presentan los daños ambientales y el importante papel que juega el seguro para en cierto modo paliar las consecuencias de los daños, véanse los trabajos de Héctor Miguel Soto y Claudio Horst Speyer, "El Seguro como Instrumento Eficaz para la Prevención y Reparación del Daño Ambiental (Revista citada, Vol. IX, p. 131 ss), Eduardo Paveleck Z., La Cobertura del Riesgo Medioambiental en las Pólizas de Responsabilidad Civil, revista citada, V. XI, p. 205, y en cuanto a los provisionamientos especiales para riesgos catastróficos, Ana García Barona, El Consorcio de Compensación de Seguros y los Riesgos Catastróficos (Ponencias al V Congreso CILA, Tomo II, Winterthur, España, 1997, p. 401).

varios siniestros a uno solo y se fija una sola fecha para el siniestro) que encuentran especial consagración en las aludidas legislaciones especiales de España y Alemania.

Sobre este tema hace un interesante análisis el Profesor Caster Bohmer en su trabajo “Responsabilidad Civil por Contaminación en Alemania y España” (Revista citada Vol.10, ps 269 y ss).

C) María Paz García Rubio<sup>16</sup> hace un interesante estudio sobre las consecuencias de la magnitud de los riesgos que supone todo lo relacionado con la comercialización masiva de productos, y como consecuencia de lo cual ya la aludida Directiva de la Comunidad recomienda establecer un nuevo régimen para la responsabilidad civil derivada de daños causados por productos defectuosos, que generará y así deben avizorarse similares cambios fundamentales en las instituciones de derecho ordinario y de derecho de seguros en particular.

En efecto, por razón de la aludida Directiva encontramos idénticos derroteros en cuanto a consagración de regímenes especiales de responsabilidad objetiva que regulará las que deba asumir el fabricante por ese tipo de daños, caracterizada dicha nueva regulación por no exigir la existencia, ni, consecuentemente, prueba alguna de la culpa del fabricante.

Por igual será menester modificar el concepto de “víctima” ( ampliación del concepto “consumidor” al de perjudicado), de “sujetos responsables” (entendiendo por tales no solo a quien directamente tiene a su cargo la fabricación del producto acabado o una parte integrante del mismo, sino alcanzando a toda aquella persona que induzca a pensar lo sea, al presentarse como productor permitiendo que aparezca su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, y dando igual tratamiento a quien lo importe para la Comunidad con vista a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad, y extendiendo también dicha responsabilidad a cualquier “suministrador del mismo”, si no se conciere al fabricante o no se facilitara la información sobre el verdadero

<sup>16</sup> La Directiva de la CE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su aplicación en Derecho Comparado con especial referencia al Derecho Español, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXI, 1995, ISSN 0303-9773, Coimbra Editora Lda. Coimbra, Portugal, 1997).

nombre del que realmente lo fuere, dentro de un plazo razonable, y extensible esa figura del responsable presunto a los casos de productos importados de otros países.

Curiosamente se define de manera genérica el concepto “defecto” sobre la base de que es tal “el producto que no ofrece la seguridad a la que una persona normalmente tiene legítimamente derecho”.

La normativa deja a cada ordenamiento nacional la potestad de fijar el límite pecuniario de las indemnizaciones, concepto excepcional dentro de los principios clásicos de “reparación integral”, apareciendo aquél como nuevo derrotero que se seguirá en materia de responsabilidad civil derivada de dichos daños.

Sobre la importancia de tales cambios radicales se hizo especial consideración en la reunión del Grupo de Trabajo de AIDA sobre responsabilidad medio ambiental y la derivada de los riesgos de fabricación y distribución de productos defectuosos en el comentado último Congreso Mundial de AIDA en Marrakesh<sup>17</sup>.

Finalmente, debe advertirse así mismo que para ajustar el derecho de seguros a todas estas nuevas realidades de daños, grandes riesgos, problemática de aseguramiento, etc., en Derecho Comparado puede observarse la tendencia general de ajustar conceptos tradicionales sobre las instituciones del seguro, tal cual ocurre por ejemplo en materia de fijación de criterios para establecimiento de los límites de las obligaciones de indemnización (Cláusulas Claims Made - Delimitación temporal de los riesgos en las pólizas de responsabilidad civil) en las cuales se ha pasado del sistema de reconocimiento de las responsabilidades por siniestros acaecidos durante la vigencia del contrato al de aquellos que han sido “notificados durante la vigencia del mismo o un cierto período adicional a aquélla”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Al respecto puede consultarse el Informe de Alberto Baumeister T., presentado a la Junta Directiva de AVEDESE, con ocasión de su asistencia a la celebración del comentado Congreso Mundial (Archivos de AVEDESE, mayo 1998).

<sup>18</sup> Sobre el tema véanse en las Revistas citadas, Evelio Verdera Tuells, Las Cláusulas Claims Made en la jurisprudencia del TS Español, Vol. 8, p. 57; Osvaldo Contreras S., De la Cláusula Claims Made en los seguros de responsabilidad civil, Vol. 8, p. 101 y Félix Mansilla, Ámbito Temporal de la Cobertura Aseguradora en el Seguro de Responsabilidad Civil, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, opus cit., p. 211 ss.

4. Marcada tendencia a la *liberalización de las normas sustantivas sobre Reaseguros*, dejándolo como un contrato sometido a la voluntad de las partes. En efecto como señalaba el maestro Félix Morandi<sup>19</sup>

“...la naturaleza internacional de este contrato, la variación continua de sus modalidades y la potencialidad económica de quienes lo celebran reducen a un mínimo la necesidad de la intervención legal en su regulación, en tanto debe reputarse ausente la presencia de un débil jurídico cuyos intereses deban ser tutelados” (Tales principios tienen particular acogida en las Leyes Alemana, Suiza, Austríaca y Argentina sobre el contrato de seguros).

Comentarios similares son los que formula el Profesor Robert Merkin, como coordinador del grupo de trabajo de Reaseguro de AIDA, al reconocer la escasa legislación que regula ese contrato y sus modalidades en reciente estudio dado a la luz este mismo año en el Congreso Mundial de Derecho de Seguros<sup>20</sup>.

La moderna doctrina internacional en materia de reaseguros, lo concibe hoy como una figura contractual específica, con elementos y características propias que lo distinguen de otros negocios jurídicos, en especial del contrato de seguros. Como acertadamente lo señala el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo.<sup>21</sup> “No pueden amalgamarse o fundirse (el contrato de seguros con el de reaseguro) con miras a formar una sola unidad negocial (*tertius juris*), en consideración a que preservan su integridad contractual y de suyo su autonomía, junto con todo lo que ello implica”.

En igual sentido se pronunció en 1989 Jesús Romero Salas con ocasión del I Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros<sup>22</sup>.

No obstante lo destacado, y como quedó demostrado en el comentado estudio del Profesor Merkin (*vid supra*, ps. 12 ss) aún son muchas las legislaciones que todavía confunden y regulan como un mismo con-

<sup>19</sup> *Legislación sobre el contrato de seguros en la Argentina, Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, Volumen 1, 1992, p. 5.

<sup>20</sup> What is Reinsurance? A comparative Study, Edit LLP, Londres 1998, p. 1, 2, 19 ss).

<sup>21</sup> El contrato de Reaseguro, Revista citada Vol. 10, 1997, p. 93 ss.

<sup>22</sup> Aspectos Jurídicos del contrato de Reaseguros, Memorias, Bogotá, p. 102.

trato el de seguro y el de reaseguro (casos de Argentina; Australia respecto al reaseguro facultativo; y en Dinamarca y El Salvador, donde expresamente así lo reconoce la Legislación vigente de dichos países)<sup>23</sup>.

5. En cuanto a tratamiento de la *Intermediación*, en diversos aspectos se observan interesantes cambios y tendencias dentro de las nuevas normativas de reciente publicación.

En el aspecto “cualitativo” la tendencia legislativa común lo es en orden a la regulación de la profesionalización de la actividad, así como a la consideración mercantil o civil de la actividad (pero no laboral) como desde 1995 lo anotara el lamentablemente fallecido Dr. Juan Carlos Félix Morandi<sup>24</sup> y al reconocimiento de sus funciones de “asesoramiento del asegurado” y de creación de la conciencia aseguradora en la conciencia del pueblo<sup>25</sup>.

El tema en adición fue reciente y exhaustivamente tratado en las ponencias y la Relatoría que sobre dicha materia se presentaron a consideración en el Congreso Mundial de AIDA en Marrakesh, 1998, recogidos dichos planteamientos en el volumen contentivo de las mismas y bajo la dirección del Profesor Robert Merkin<sup>26</sup>, siendo preciso destacar que dicho informe se preparó con base a las respuestas de 26 de las Asociaciones integrantes, así como con vista a trabajo especial que se ordenara preparar en 1996 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico respecto al papel de los mediadores en el Seguro.

De la Relatoría de Merkin, valen la pena señalarse las siguientes consideraciones:

- a. Falta de uniformidad legislativa en el tratamiento de la regulación de la actividad de los mediadores en las diversas normativas que fueron revisadas.
- b. Inadecuado o ningún tratamiento estatutario en muchos de los países que remitieron la información de una serie de importan-

<sup>23</sup> Un completísimo y actualizado estudio sobre el contrato de reaseguro en la obra Estudios sobre el Contrato de Reaseguro, por autores varios, Edit. Española de Seguros, Madrid, 1997.

<sup>24</sup> (Marco normativo del productor de Seguros en el Siglo XXI, Revista citada, Vol.6 p. 19)

<sup>25</sup> En sentido similar sobre el mismo tema, véase José M. Elguero y Merino, La Mediación de Seguros España ¿Alternativa o Futuro?, misma revista y volumen citado, p. 41.

<sup>26</sup> Intermediaries, General Report, 1998

tes y trascendentales aspectos relacionados con dicha actividad, aún en aquellos países en que la actividad de alguna manera es objeto de tratamiento normativo.

- c. En cuanto a los aspectos generales de la actividad de la intermediación, existe una absoluta diversidad de tratamiento y una heterogénea y variada gama de clasificaciones de los sujetos o entes que realizan la actividad, forma de prestación de los servicios, de los roles que asumen los mediadores en cada caso y de acuerdo a cada país, que en general van desde aquellos en que se restringe la actividad a un seleccionado grupo de especialistas, hasta la más absoluta apertura para que cualquier sujeto pueda desempeñarse como tal.

Pueden extraerse sin embargo las siguientes consideraciones generales:

- Prácticamente ningún país impide que las propias Aseguradoras ejerzan las funciones de colocación de sus productos directamente.
  - La tendencia general, no obstante, es la de dejar a un lado la gestión de los mediadores (se inició dicha práctica con la colocación de seguros de automóviles, extendiéndose luego al seguro de vida (Australia, Alemania, Italia, España, Holanda y Reino Unido). En algunos países se permite la colocación directa del Reaseguro (USA) y denotan especial falta de evolución al respecto algunas legislaciones (casos de Hungría y Sud-África).
  - Contrasta en dichas tendencias el abaratamiento del costo de las primas, en el primer caso y las considerables erogaciones en publicidad y tecnología para las Aseguradoras que propugnan por la adopción de la segunda de dichas modalidades.
- d. El problema crucial detectado a través de todas las respuestas de las Secciones Nacionales de AIDA resulta del eventual conflicto de intereses derivado de la forma como normalmente se ejecuta la prestación de servicios de los mediadores, esto es, a favor de ambas partes.

Curiosa y excepcionalmente algunas normativas de los países examinados establecen como regla general el que deba reputarse que los intermediarios prestan sus servicios para ambas partes. En ellas sólo los Mediadores verdaderamente independientes trabajen por y para el Asegurado, pero sin que ello obste para que puedan desarrollar ciertas funciones para las Aseguradoras. Lo álgido resulta precisar hasta que punto la ley puede solucionar estos conflictos y la efectividad de dichas soluciones.

- e. En el aspecto atinente a responsabilidades derivadas de la actuación de los Mediadores: No obstante que pudiere aparecer como la solución más sensata en esta materia el hacer depender dichas responsabilidades de las efectivas funciones confiadas o asignadas a los Mediadores por las empresas Aseguradoras, las legislaciones más avanzadas, como es el caso de la de Nueva Zelanda (1997), reputan que aún en caso de dudas el Asegurado debe responder por los actos y omisiones de los Mediadores.
- f. En lo atinente a niveles de formación y aptitud para la prestación de los servicios, en el entorno mundial puede llegarse a las siguientes conclusiones:
  - A pesar de la variedad de regulaciones en las diversas legislaciones, para establecer los requisitos habilitantes para el ejercicio de la intermediación (van desde un simple Registro ante la autoridad competente hasta una efectiva y exigente formación profesional), la tendencia es a imponer requisitos mínimos de idoneidad y capacitación que garanticen una adecuada protección a los consumidores.

La reciente regulación de la CEE (Directiva CE 77/92) hace avizorar la uniformidad de las legislaciones de los países que la integran en torno a que para mantener una absoluta igualdad de trato, los requisitos cualitativos para los intermediarios estarán fundados en la capacidad e idoneidad de los prestadores del servicio, acreditado lo cual, podrán ejercer su actividad libremente en cualquiera de los países de la comunidad.

- g. En cuanto a modalidades bajo las cuales se realiza la actividad, hay una marcada tendencia a considerarlos verdaderos empleados de las aseguradoras y a modificar el régimen de remuneración de sus servicios, pasando del mayoritario actual, a través de comisiones, al de verdaderos salarios, como es el caso de Gran Bretaña.

La apertura de mercados entre los países miembros de la Comunidad Europea, ha impuesto la existencia de una nueva categoría de intermediarios con la condición de agentes generales para toda la Comunidad (así lo reconoce ya la Legislación de Dinamarca).

A los Agentes independientes (en la generalidad de las legislaciones de la CE a los intermediarios verdaderamente independientes, denominados Broker), se les reconoce que prestan sus servicios por y para el Asegurado (caso reino Unido) pero en otros países es la ley quien debe fijar por cuenta de quien obran (Australia e Indonesia).

En otros casos, el nombre con el cual pretenda identificárselos no es lo relevante, sino que será un Tribunal competente quien precise si en el caso concreto el Mediador representa al Asegurado o a la Aseguradora (Reino Unido y USA).

Se admite una clase de agentes especiales de las Aseguradoras con potestad de suscripción, por vía de delegación de poderes para tales efectos por parte de las empresas que los habilita para contratar determinados riesgos y para especiales territorios que no deben confundirse tampoco con los llamados Agentes Generales.

Se observa también la existencia de Agentes especiales ad hoc, como es el caso de quienes tramitan los seguros para suscripción de créditos, ventas de planes vacacionales, arrendamientos de vehículos. En estos casos especiales, las remuneraciones de estos se admiten puedan ser comisiones, o pago de un estipendio por parte del mismo Asegurado.

- h. En cuanto remuneraciones y a cargo de quien deba soportarlas, se observan las siguientes peculiaridades:
- La mayoría de los países hacen especial énfasis en el hecho del deber del Mediador de participar al asegurado si recibe

o no pago de la Aseguradora, y del derecho del Asegurado a conocer esa circunstancia con el efecto destacadísimo de que si así lo es y ocurre un hecho dañoso para el Asegurado con ocasión del Seguro, si el Mediador recibía remuneración de la Aseguradora tiene derecho a ser indemnizado por ellas de cualquier daño imputable al mediador.

- A pesar de lo dicho, algunas legislaciones admiten que el Asegurador pueda pagar las remuneraciones del Mediador, aun cuando preste sus servicios para el Asegurado.
  - Otras legislaciones (al igual que lo hace la nuestra) exigen que las remuneraciones pagadas por las Aseguradoras, deban estar tasadas en la ley o por la autoridad, aún cuando esa modalidad es la aplicable en la minoría de los países.
  - Cada vez más resulta común la existencia de acuerdos escritos entre Brokers y Asegurados en los cuales se fija la remuneración de aquellos con cargo a estos.
  - En general el alcance de la responsabilidad de los mediadores independientes, viene precisado por la modalidad de la prestación de servicios correspondiente no por el hecho de quien asuma el pago de los servicios.
- i. En cuanto a quien es el beneficiario de los servicios, la mayoría de las legislaciones admite que el Mediador preste sus servicios para una u otras de las partes.  
 Resulta particularmente interesante el caso de Nueva Zelanda, donde en todo caso prevalece la función que se cumple en beneficio de la Aseguradora.
- j. Respecto a la responsabilidad por omisión de información en poder del Mediador, la regla prevaleciente es que la omisión afecta gravemente el contrato, con la advertencia de las dificultades de prueba para el Asegurado de demostrar si realmente el Mediador tenía o no dicha información y con la sola salvedad de la novedosa Legislación de Nueva Zelanda (1997) en la que por prevalecer la condición de representantes del Asegurador, reputa que toda información en poder del Mediador debe entenderse conocida por el Asegurador.

La tendencia en la mayoría de las legislaciones es considerar además punible la retención indebida de información, con sanciones establecidas en la legislación penal.

- k. Respecto a la conveniencia de establecer mecanismos para garantizar el resarcimiento de los daños por indebida práctica de la actividad, la tendencia en las legislaciones es la de exigir para el desempeño de la actividad la existencia de un seguro de responsabilidad civil.

El problema continúa siendo hasta donde ello resulta suficiente con miras a los considerables daños que puede provocar una mala práctica profesional, sobre todo ante los “grandes riesgos que requieren hoy coberturas”.

- l. En cuanto lo atinente a funciones de los intermediarios para realizar cobro de primas, pago de siniestros, elaboración de condicionados, etc., cada vez más prolifera la consideración de que los Mediadores son grandes negociadores de seguros, y las compañías aceptan y autorizan esas actividades.

Respecto a las responsabilidades derivadas de tales actos, la gama de regulaciones es surtida, unas niegan toda responsabilidad si el pago de las primas o de los siniestros se hizo a través de los Mediadores, otras en cambio reputan vinculante el pago por entender que el Mediador actúa para los Aseguradores y en su beneficio.

- m. Referente a la figura de los “sub-agentes”, las modalidades van desde los países que no admiten la figura sin el consentimiento del beneficiario de la prestación de servicios (asegurador o asegurado), hasta aquellos que lo preceptúan como una actividad ordinaria en la modalidad empresarial.

Atinente a la responsabilidad por daños causados por dicho sub agente, algunos países no admiten que el delegante tenga responsabilidad por negligencias que no le son propias, mientras que otros expresamente la imputan al Mediador delegante (Australia, Italia, España).

- n. Respecto a la responsabilidad derivada por recomendaciones que se hubieren formulado para contratar con determinada Aseguradora, el régimen es diferente en cada nación, pero llama

la atención el caso de España en el que por reputarse una responsabilidad propia del Estado el control de solvencia de las Aseguradoras, al intermediario que así actuó debe reputársele relevado de toda culpa.

6. Reconocimiento cada vez más importante a la *existencia de los intereses de grupos y colectividades (intereses difusos)* a quienes se reconocen como potenciales beneficiarios de las indemnizaciones derivadas de contratos de seguros, lo cual a su vez ha provocado innovadores cambios en normas e instituciones de carácter procesal con los que se da cabida a novedosas nociones sobre legitimación procesal contempladas por lo general en leyes especiales atinentes a materias consideradas como generadoras de “grandes riesgos” (automóvil, contaminación ambiental, responsabilidad de fabricantes y distribuidores de productos peligrosos -productos nucleares- y responsabilidad civil derivada del ejercicio de algunas profesiones) como ocurre en las legislaciones de Alemania, Países Bajos, y España.

7. La evidente tendencia a que la regla de derecho y sus interpretaciones, cada vez más se vean influenciadas por las nociones técnicas del Seguro, provocando con ello la modificación de conceptos tradicionales en el Derecho de Seguros, tal como lo reconoce la Profesora Zoulikha Nasri<sup>27</sup>.

En particular se aprecian dichos cambios en el campo de los Seguros de responsabilidad civil, con la especial connotación de que en la práctica, donde no se ha producido la debida adecuación legislativa, los usos y costumbre mercantil en materia de seguro han dejado a un lado regulaciones legales que han quedado al margen de dichas evoluciones (Caso del Japón) y que cada vez más viene produciendo inclusive importantes cambios jurisprudenciales que acogen las normas de la práctica asegurativa.

Claros ejemplos en la materia los constituyen las extensiones de los beneficios del contrato a personas ajenas al mismo, ya no tomadores ni beneficiarios, concepto este último que comienza a sustituirse por el de “víctima” y a quienes se le conceden y establecen mecanismos

<sup>27</sup> Zoulika Nasri, *The Beneficiary of the Insurance Policys*, Imprimerie Najah el Jadida, Casablanca, Marruecos, 1998.

directos para accionar frente a las Aseguradoras; se les hace indemnes a excepciones personales para con el contratante, de la compensación por primas no pagadas de otros seguros contratados con el mismo Asegurador, etc.

Iguales cambios se han producido dentro del área de los Seguros de Vida respecto a los conceptos de “Beneficiarios”, de “seguro a favor de terceros” abandonándose la tendencia a recurrir a las figuras tradicionales propias del Derecho Civil como lo es la “estipulación a favor de tercero” para admitir la extensión de los beneficios del contrato a personas ajenas al mismo. Por igual en materia de seguro de daños una interesante versión de esa adaptación fue sometida a consideración del pasado Congreso Mundial de AIDA por el Profesor Vargas, miembro de SEAIDA (AIDA-España) bajo el título “Designación de tercero beneficiario en el seguro de daños y la estipulación a favor de tercero”.

Por igual se da cuenta de modificaciones similares con ocasión de la interpretación del concepto “interés asegurable” con el propósito de explicar la extensión de la protección del seguro, a sujetos que no aparecen como tomadores o beneficiarios de la póliza.

8. Destaca igualmente la Dra. Nasri (*opus cit*, p.88) como otra tendencia común en las legislaciones de los 24 países que dieron contestación al cuestionario de AIDA, el establecimiento cada vez más notorio de “limitaciones a la voluntad de los contratantes” en el establecimiento de condiciones para el contrato, en especial en materia de seguros sobre riesgos reputados “sociales” o “peligrosos” (responsabilidad civil, contaminación medio ambiental, seguros sobre la vida con predominante objetivo de protección social).

Tales restricciones son de especial connotación en los seguros que declara la ley como obligatorios, en los cuales se impide que la voluntad de las partes pueda modificar conceptos o elementos determinados por la ley en ciertos aspectos de esos contratos.

La importancia de lo expuesto torna mayor consideración si se toma en cuenta de que por ejemplo en Francia ya llegan a ochenta -80- los seguros declarados como obligatorios<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Z. Nasri, OPUS CIT, p. 89.

9. Asunción por parte del Estado de un porcentaje de las consecuencias dañosas de determinados riesgos, o para resolver situaciones de crisis que puedan presentarse en empresas del sector, mediante mecanismos y aportes especiales cuando aquellos o estos eventos son consecuencia de eventos extraordinarios que se presentan en la actividad (Pe. grandes riesgos catastróficos, daños a colectividades, liquidación y falencia de empresas, etc.). Siendo de advertir que entre los mecanismos generalmente contemplados, sé; exigen aportes especiales al sector privado de la industria, creación de fondos especiales, etc.<sup>29</sup>

10. La tendencia cada vez más acusada de reconocer el *carácter consensual del contrato de seguros*, y en el que la forma escrita sólo se exige como medio de prueba adecuado mas no como requisito esencial a su existencia, abandonándose prácticamente hoy la consagración del contrato de seguro como contrato solemne y la escrituralidad requisito de su esencia.

11. Definida apertura a *nuevos medios de mercadeo* de los productos de la actividad, tal cual es el caso de la Banca Seguro, modalidad que ha venido introduciéndose en varias de las nuevas legislaciones suramericanas, sobre cuya institución y sus particularidades hace un detenido examen Walter Villa Z.<sup>30</sup> y fue uno de los temas tratados en el IV Congreso de Derecho de Seguros del CILA, 1995 cuya ponencia correspondió a la seccional de AIDA - BRASIL (IV Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros, Socio libros, Chile, 1995, p 159 ss) complementada por la comunicación de la Seccional AIDA Colombia sobre el rol actual del Intermediario en Colombia (*opus cit*, p. 197).

12. *Regulación* de los seguros atinentes a ciertos riesgos especiales (Marítimo, Transporte) *a través de documentos que por vía de "usos mercantiles"* imponen los modelos de contratos, o de acuerdo a lo establecido en tratados bi o multilaterales (Aviación, Transporte por

<sup>29</sup> Al respecto, Therezinha Correa y Regina de Castro, Aseguramiento de los Riesgos Extraordinarios y Catastróficos (Ponencias al V Congreso CILA, España, 1997, p. 387 ss) y Ana Gracia Barona, El Consorcio de Compensación de Seguros y los Riesgos Catastróficos (*opus cit*, p.401).

<sup>30</sup> La Banca Seguro, un nuevo canal de distribución del Seguro, Ponencias al V. Congreso del CILA, España 1997, vol. II, p. 581.

carreteras, etc.) buscando mayor flexibilidad y uniformidad, al margen de las viejas regulaciones existentes en la mayoría de los países o ante la ausencia de regulación de los mismos en instrumentos vigentes en aquéllos.

Tal es el caso por ejemplo de la póliza de seguro marítimo, regida hoy por el nuevo modelo MAR, aprobada en 1982 y que sustituyó a la anterior, POLIZA S.G., enredado y vetusto instrumento autorizada por el Lloyd en 1779, que inexplicablemente y a pesar de los muchos problemas que generó su aplicación e interpretación regía materialmente para el mundo entero.<sup>31</sup>

En el segundo de los indicados planos, lo relacionado con transporte terrestre por carreteras, regulado por tratados internacionales y de las cuales por lo general la *autoridad* de control impone como modelo uniforme, aprobando sus condiciones generales y texto uniforme<sup>32</sup>.

13. Como se lo destacó también en el tantas veces aludido último Congreso de AIDA, esos cambios y nuevas concepciones en las regulaciones e interpretaciones sobre el Derecho de Seguros, han impuesto también modificaciones en otras ramas del Derecho para facilitar, promover o establecer determinadas modalidades de contratos de seguros que procuran dar cobertura a ciertas contingencias sociales. Así, destaca la Profesora Nasri (*opus cit* p. 90), como “tendencia uniforme en algunas de las legislaciones europeas la de dar tratamientos fiscales especiales a los beneficios obtenidos a través del seguro con miras a incentivar la elección de fórmulas asegurativas estándares”, con la advertencia de que ello no es sólo para procurar ciertos efectos financieros (pe. para propiciar y fomentar el ahorro) sino en beneficio de lograr una mayor protección social a través del Seguro<sup>33</sup>.

14. La tendencia legislativa de concebir el Seguro como fórmula adecuada para complementar los regímenes de previsión social, como

<sup>31</sup> Rafael Reyero Alvarez, Seguro Marítimo, Carga -Casco-Maquinaria y Protección e Indemnización (Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, Vol. 52, Caracas, 1998, p. 197).

<sup>32</sup> El modelo uniforme de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad de transporte por carretera, objeto de tratado multilateral entre los países del área suramericana fue aprobado el 20-12- 97, G.O. Ext. 5.202, Resolución N° 1351. Al respecto puede consultarse el trabajo de Javier Tamayo Jaramillo, El Interés Asegurable del Transportador en el Seguro de Transporte (Revista citada, vol. I, p. 165).

<sup>33</sup> Z. Nasri, *OPUS CIT*.

un auxiliar secundario y de apoyo a las instituciones especiales de carácter social propiamente dichas: cubrir los eventos de accidentes, vejez, retiro, etc.<sup>34</sup>

### III. CONCLUSION

Creo así haber hecho un breve resumen de los principales cambios y tendencias, que se aprecian en los diversos sistemas legislativos de un considerable número de países, que nos permiten caracterizar el Derecho de Seguros como una rama del Derecho en franco proceso de “*Universalización, permanente remozamiento y de adaptación a las necesidades sociales*” en palabras de la Profesora Nasri.

He hecho quizá una prolija cita de autores y trabajos, pero no con ánimo de demostrar una petulante sabiduría o un extraordinario manejo de los temas tratados, actitudes a las cuales soy ajeno y así lo saben quienes me conocen, sino con el definido propósito de hacer un acopio de las fuentes bibliográficas respecto a toda esta serie de novedades que hemos dejado examinadas, y con el único deseo de que mi esfuerzo se lo tome como el pequeño aporte y ofrenda útil de AVEDESE para conmemorar este lucido cumpleaños del órgano contralor y supervisor de la actividad, y cuyo Superintendente, con la forma en que ha dispuesto su conmemoración, demuestra una vez más su interés y preocupación por los aspectos científicos y jurídicos del Seguro.

Por lo demás espero haber sembrado la inquietud para que cuantos estemos vinculados al acontecer del seguro y en especial al Derecho de Seguro tomemos interés por la actualización de nuestras legislaciones

---

<sup>34</sup> Al respecto pueden consultarse los trabajos de: Juan E. Infante Barrios, Los Sistemas de Pensiones en Iberoamérica (Revista citada, Vol. XI, p. 167); Santiago Osorio Falla, Reformas a la Seguridad Social en Materia de Pensiones en América Latina y su Impacto en el Sector Asegurador (Revista citada, vol. V, p. 185); Francisco Serqueira Abarca, Los Programas de Pensiones y sus Desafíos, Visión Latinoamericana (Revista citada, Vol. IV, p. 79); Juan José Vives, Los Bancos Comerciales y la Actividad Aseguradora y Previsional (Revista citada, Vol. IV, p. 95); Flavio Jharmann, Seguridad Social complementaria en el Brasil (Revista citada, Vol. IX, p. 237); Cañizares R., Francisco, y Paveleck Z., Eduardo, La Responsabilidad Civil Patronal y su Aseguramiento, en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa, opus cit., p. 239; y la Ponencia de la Delegación Chilena al IV Congreso del CILA, 1995, El Seguro Privado y la Previsión Social (opus cit., p. 457).

en la materia y la adecuación de sus instituciones y principios a las tendencias dogmáticas y científicas modernas, y a los nuevos productos en mercado, preparándonos así para afrontar ese retador nuevo Siglo ya tan próximo a nosotros y para que se traduzca todo en beneficio de nuestro preterido país nacional.

Sólo aspiro haber dejado satisfechas las expectativas de quienes me asignaron el tema objeto de exposición y haber logrado cautivar la atención de quienes lean estas páginas.