

**ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS
CON LA FIGURA DE UN DEFENSOR DE
LOS DERECHOS DE LOS ASEGURADOS
(EL OMBUDSMAN DE LOS ASEGURADOS)
A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN
VENEZOLANA VIGENTE.***

PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

* Conferencia presentada en Jornadas en Honor a la Memoria del DR. KONRAD FIRGAU Y.
- Jornadas de Actualización en Derecho de Seguro realizada por la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (AVEDESE-AIDA) con el co-patrocinio de la Cámara Venezolana de Aseguradores, 20 mayo 1999.

I. EL PORQUÉ DE LA INSTITUCIÓN DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN O DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO

En primer lugar, precisa aclarar cuando hablamos del tema de la conveniencia de que exista “defensor de derechos”, no necesariamente nos estamos refiriendo a la necesidad de cubrir un área en la cual determinados sujetos permanecen al desamparo de la ley, ni afrentados por el atropello de otro grupo de individuos.

Se trata en estos casos de reconocer la conveniencia de que exista una institución que se preocupe de velar, ante el congestionado mundo moderno, de que se cumplan determinados cometidos que garanticen a los individuos la efectiva protección de sus libertades públicas, la igualdad de los mismos ante la ley y la oportuna y efectiva prestación de los servicios por parte de los órganos de la Administración Pública, para verdadera eficacia y garantía del cumplimiento de aquellos.

Con el desarrollo de las instituciones, la cada vez mayor, aún cuando en veces indeseable o inadecuada intromisión del Estado en áreas que escapan de sus verdaderos cometidos, a su vez lo obligan, o mejor crean el deber moral de amparar al ciudadano en aquellas áreas en las cuales comprometida la intervención del ente estatal, suponen para el ciudadano que los efectos, productos o servicios que emanen de esa actividad cuando menos, se prestarán cumplirán o producirán dentro de ciertos límites que garanticen su goce, su objeto y propósito.

Cada vez más, en adición a los cometidos públicos se pone de presente la necesidad de que se garantice en añadido a aquellas libertades y derechos ciudadanos, la verdadera felicidad ciudadana, el bienestar en general de los administrados, y con ello se hace necesario crear y dotar al propio ente público de mecanismos, instituciones, órganos y

recursos necesarios para vigilar el buen cumplimiento de aquéllos, y van dejando obsoletos, por insuficientes o por ineficientes los que tradicionalmente se contemplaban con los mismos fines.

En el Estado y la sociedad moderna no sólo están ahora en juego los conceptos de orden, justicia, igualdad, se le han añadido los imperativos de progreso, bienestar, prosperidad, desarrollo y, en algunos casos, aun del establecimiento de las condiciones para la realización de la felicidad personal.

Es menester no ya solo que el ciudadano pueda ejercer libremente sus derechos y garantías ciudadanas, que se le proteja de las agresiones contra ellas, sino que por igual se le ampare contra los fuertes económicos, contra los grandes grupos, frente a los prestadores de servicios básicos en condiciones monopólicas, o al amparo del mismo Estado, que se les respeten sus derechos como Consumidores, en definitiva, de que esos individuos se encuentren potencialmente en la situación de recibir la efectiva tutela de los órganos *ad hoc* del Estado, en todas las áreas en que el Estado ofrece dicha protección o aquellas en que debe prestarla con miras a obtener y disfrutar de su bienestar.

Puede que existan, en efecto, normas y regulaciones que contemplen mecanismos para evitar atropellos y la supremacía de una de las partes, normalmente la poderosa sobre la otra, del Estado sobre el administrador, de la empresa sobre el consumidor, que en efecto existan mecanismos y procedimientos para procurar que aquellos atropellos no se lleven a cabo, o si ocurren cómo deben manejarse, denunciarse y corregirse tales entuertos y atropellos, pero de lo que se trata, cuando se piensa en la institución del Ombudsman o del Defensor de los ciudadanos o de los derechos del pueblo, es garantizar la existencia de un mecanismo eficaz que vigile y prevenga que ello no ocurra, que controle, denuncie y procure poner término a prácticas viciosas que menoscaban aquellos, que garanticen a los que carecen de medios para defenderse, que de alguna manera un ente o institución *ad hoc* velará para que ello no ocurra así, para evitar no sólo la violación individual de esos derechos en el caso concreto, sino prevenir, y evitar de modo general que ello aparezca, para crear conciencia para que no se continúen y

multipliquen, y para que los ciudadanos se sientan confiados en poder denunciar y pedir sean corregidos¹.

Como podrá percibirse rápidamente, el fenómeno estudiado abarcará un amplio espectro que atañe tanto a las relaciones del sujeto frente al Estado, como a sus relaciones con otros particulares. La razón de ser de que tales situaciones se hayan incrementado y proliferado es producto de la congestión de funciones, actividades, relaciones jurídicas de toda índole que surgen como consecuencia de este mundo actual en que vivimos.

A su vez, esa maraña de relaciones, de acuerdos, convenciones, vínculos de sujeción públicos o privados, hacen ineficaces mecanismos tradicionales contemplados en las leyes, y por igual facilitan o permiten con intensidad no deseada, que los preceptos legales sean burlados, sustraídos de su cabal aplicación o en definitiva menoscabados.

Los crecimientos poblacionales, la multiplicidad de tareas del Estado Moderno, a veces deseable, otras intolerables o injustificadas, hacen que aquél no pueda cumplir a cabalidad con esas funciones de control para mantener la igualdad, la defensa de los derechos de los ciudadanos y la protección inclusive de sus más ingentes derechos humanos.

Ese mismo fenómeno que ocurre en el área pública, en las relaciones Estado-ciudadanos, se transfiere por igual al de las relaciones privadas. El crecimiento económico, las figuras de las economías de mercado, los procesos de regionalización, ahora de Globalización, la necesidad de adecuar las necesidades de mercado, el crecimiento desbordante de oferta y demanda, los sistemas de ventas masivos, por igual han generado tendencias a la automatización de los contratos, a la estandarización de los convenios y modos de contratar, a la mecanización de las operaciones masivas del comercio, todo lo cual ha venido mermando la igualdad contractual, la calidad de los servicios y productos, el inalienable derecho a que cada quien contraiga o convenga la prestación de servicios en la forma que lo permita un justo ejercicio de la libertad contractual.

¹ Precisamente el significado etimológico de la palabra, que procede del inglés, es la de Protector de los derechos del hombre. Vid Carlos Ignacio Jaramillo, *Solución alternativa de conflictos en el Seguro y en el Reaseguro*. Publicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 1998, p 122.

Es cierto que tanto en lo público como en lo privado, la ley procura establecer normas, principios rectores y dispositivos que garanticen el orden público, que impidan y en su caso sancionen abusos, y para ello en el campo de lo público (relaciones Estado/Administrados) crea procedimientos, reglas y recursos que garanticen al ciudadano sus derechos, su bienestar y su seguridad y observaremos también que en el campo de lo empresarial, se procuran crear mecanismos similares para controlar el abuso, las prácticas indebidas, el trato incorrecto, a veces despótico para con el cliente, y observaremos como se crean de rutina en las organizaciones empresariales Departamentos de control de calidad, de información a los usuarios, de Quejas y Reclamos, todo con miras a procurar la excelencia, la satisfacción del usuario del producto o servicio, de respetar a ese pilar de la misma empresa que es la fuerza de consumo.

Por igual en ese mismo campo privado, el Estado se ve en la necesidad de establecer normas en procura de que la fortaleza económica no rompa la igualdad, se respeten los derechos de los consumidores, de los usuarios de servicios, y en especial en aquellas actividades donde entran en juego grandes números de usuarios, o donde la actividad de que se trate pueda generar descalabros generales perjudiciales al entorno económico y social (previsión social, Bancos, seguros, bolsas de valores, etc.) cada vez hace mas presente sus controles, la vigilancia de la actividad, crea regímenes sancionatorios, etc.

Pero aquí, como en el área pública, observaremos también que precisamente ese cúmulo de nuevas responsabilidades de los órganos públicos, la masificación de usuarios, esos grandes volúmenes de operaciones, las condiciones que imponen los mercados para realizar las transacciones, y esa indebida o no deseable participación del Estado en múltiples actividades, hacen que los simples mecanismos legales instituidos tradicionalmente, sean insuficientes, resulten incapaces e inadecuados para garantizar el que no se cometan los abusos, atropellos, y las amenazas de coerción contempladas en normas penales, a veces tímidas, y lo enmarañado de los procesos para que se impongan poco efecto producen y en definitiva lo que acontece es un indeseable incremento de los conflictos de intereses, de insatisfacción social, de tal modo que se pone en peligro la paz y seguridad social, o cuando menos se produce un indeseable deterioro de la calidad de vida del ciudadano.

Por igual debe constatar que en los Estados y sociedades mas perfectas, en los cuales es texto vivo de las Constituciones y de sus sistemas legales la protección de los Derechos Humanos, como primera prioridad, en lo que los mismos han suscrito Tratados y convenios internacionales que los comprometen y obligan a ello, la validez misma de tales derechos está puesta en duda o mediatizada bien en nombre de mal llamados intereses superiores, del Estado, de la Seguridad, de la Defensa Nacional, o del orden o de la Revolución, y en ellos es palpable cotidianamente la violación sistemática de aquellos derechos y libertades.

Igual ocurre en el campo de la economía privada, en las actividades del comercio, de la industria y de la intermediación, donde debería suponerse el especial interés de aquellas en que prevalezca el buen servicio, la adecuada prestación de los mismos, la impecable finalización de los productos terminados, el procurar mantener a los clientes satisfechos, ello muchas veces resulta una simple quimera y la realidad demuestra frecuentemente lo contrario.

En ambos campos, a pesar de los mecanismos legales, y los procedimientos y recursos que se contemplan en el ordenamiento para evitar esos abusos, en el área pública; y en la privada, el establecimiento de los controles de calidad, las declaraciones de principios y la filosofía empresarial, los departamentos de reclamos internos, todos ellos se toman insuficientes e inadecuados, y no se puede sostener que se hallan desarrollado adecuadamente mecanismos de control externo para proteger al ciudadano, en el primer caso, y al usuario, en el segundo, contra la arbitrariedad, la tardanza, la omisión, la discriminación, la desinformación, el maltrato, la arrogancia individual del funcionario o del vendedor, el error, la inercia, la laguna normativa (o la falta no contemplada en el Manual de Normas y Procedimientos) que impiden considerar el caso concreto.

En muchos otros casos, el exceso normativo, la multiplicidad de complejos procedimientos para atender reclamos justos, la discrecionalidad exagerada que se deja en manos de las líneas intermedias, finalmente el simple silencio de la administración o en su caso de los órganos superiores de la empresa, la simple ignorancia y en fin la inseguridad acerca de los límites de sus facultades, atribuciones o autoridad, hacen burla de esos derechos del administrado o del consumidor.

Por eso, concluye Carlos Gueron², "...la figura del Ombudsman se funda no en una presunción de "enfermedad inherente" para cuya cura la institución propuesta pretende ser una panacea, sino que es menester ante la consiguiente problemática de la corrupción, de la arbitrariedad, el interés pecuniario del burócrata para resolver el caso, la rapidez de la prestación, etc., no sólo su propia consideración conceptual, sino sus propias instituciones de control".

Es importante dejar claramente asentado que la figura del Ombudsman o Defensor del Ciudadano (consumidor) no crea derechos, no otorga derechos, no concede gracia en ausencia de aquéllos, no es una institución residual, para llenar lagunas en la legislación o en las funciones de vigilancia y control encomendadas a otras instituciones que se hacen ineficaces o ineficientes en el cumplimiento de sus propias tareas. El Ombudsman o el Defensor de los Derechos del Ciudadano, tiene sus propias tareas, porque el Estado o las instituciones empresariales, han asumido nuevas, crecientes y complejas funciones de modo permanente.

Así pues, como en todo Estado democrático moderno, debe existir la preocupación para que se controlen tales desaguisados a través de una figura o institución adecuada y eficaz, y por igual esa misma necesidad se traslada al campo de las empresas, a la actividad industrial, a la generación de servicios privados, donde debe existir el interés porque el usuario o consumidor puedan hacerse oír en sus reclamos contra deficiencias en la prestación de servicios, en el uso de productos comercializados y mercadeados por aquélla, que se los proteja de abusos, y que en definitiva eviten la mala imagen de las empresas, de las industrias, de los intermediarios, el deterioro de la calidad de los productos y servicios y en definitiva que produzcan realmente la plena satisfacción del usuario consumidor.

Esta preocupación para que las cosas marchen debidamente en el entorno público y en el privado, no resulta nueva, siempre se ha procurado y pretendido poner correctivos, crear órganos que velen para que se respete el estado de derecho, la buena y eficiente actividad de la empresa y la óptima calidad de los productos, en definitiva para mantener niveles apropiados de satisfacción ciudadana.

² El Ombudsman en Venezuela, Introducción, en *El Defensor del Pueblo en Venezuela*, Gustavo Briceño Vivas, Edit. Kinesis, Venezuela, 1993, p. 125 ss.

Son esos los tradicionales controles ejercidos por los Parlamentos o Congresos, lo que justifica la existencia de los Ministerios Públicos, Procuradores, Síndicos, Comisionados de Quejas, en las áreas públicas y en la actividad del Estado, lo que explica la creación y filosofía de los Departamentos de atención al cliente, los de Quejas y Reclamos, los de Controles de calidad.

Mas a medida que se incrementan las poblaciones, los administrados, la demanda, los usuarios de servicios, aquellos se hacen ineficaces, no se bastan con el cúmulo de otras funciones propias que les asignan las leyes o las políticas empresariales.

Todo ello ha generado esa aspiración de que se creen órganos más eficaces, que tengan menor cúmulo de funciones para que se les permita centrar su actividad en tomo a velar por el respeto de la ley, a los derechos y garantías ciudadanas, la debida atención al administrado, en el área Estado/administrados, desarrollándose así la idea de designar un Ombudsman, Defensor del Pueblo, o denominaciones similares, y encontraremos por igual que en el campo privado, anticipándose a la tutela estatal, y para procurar disminuir los reclamos y litigios, también se ido pensando en la necesidad de que un ente dentro o fuera de la empresa u organización, que vele por la regularidad formal y legal de la actividad empresarial y de producción, no sólo para que no se atente contra el interés público general, sino que tome en cuenta el caso concreto, el del usuario individual, y se haya ido implementando la creación de figuras similares a aquéllas, tales como la de Defensores del Cliente, Protectores de los Usuarios, para áreas específicas, o para la clientela concreta de una determinada entidad empresarial (Defensores de los clientes bancarios, de los asegurados, de los usuarios de los servicios eléctricos) y más concretamente, el Ombudsman de los clientes de la empresa tal o cual, o el Defensor de los clientes del Banco X o Z.

Refiriéndose al área pública, entre las ideas que justifican la conveniencia y razón de ser de los Defensores del Pueblo, Ombudsman, vale la pena hacer alusión a los conceptos que emite Freddy Muñoz³ cuando sobre dicho tema y para el caso de Venezuela, expone:

³ Fundamentación de la necesidad del Ombudsman en Venezuela, en *El Defensor del Pueblo en Venezuela*, *opus cit*, p. 133 ss.

“Aconsejan la consagración de dicha institución:

La influencia dominante que sobre los centros de decisión de la sociedad ejercen los intereses más poderosos que se manifiestan en ésta. Por obra de tal influencia se genera un desfase estructural entre principios formales y proceso real, en detrimento de quienes no son, o son solo débilmente sujetos de poder;

- El bajo nivel cultural de la mayoría que afecta su conocimiento de los derechos que tiene y de los instrumentos que puede utilizar para ejercerlos, así como su disposición para reclamar y su eficacia en la acción defensora, cuando esta es realizada;
- El rezago de las instituciones con respecto a la marcha del proceso social y a las exigencias que de él se derivan, incluso en ausencia de conflictos de interés;
- Los errores, las fallas, las imperfecciones en la actividad de los organismos de la Administración pública que tienen relación con el ejercicio de los derechos de las personas. En particular los rasgos autoritarios que suelen ser característicos, en alguna medida, de esos organismos, lo cual obstaculiza el que ellos actúen como servidores del ciudadano”.

Esos mismos conceptos, *mutatis mutandi*, son trasladables al campo específico y concreto de las empresas, industrias y prestadoras de servicios de toda índole y con ello queda todo dicho.

II. ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO AL TEMA

1. Los controles tradicionales y la figura del Ombudsman

De modo general podemos decir que cuando la doctrina y los autores se refieren al tema del Ombudsman y la necesidad de un Defensor de los Derechos del Pueblo, de manera inmediata y directa se hace referencia a la necesidad imperiosa de toda organización moderna y democrática, social y política, de que sus ciudadanos cuenten con medios, métodos e instituciones específicos, que real y efectivamente protejan y defiendan sus derechos individuales, sus libertades constitucionales, sus Derechos Humanos, inclusive en adición o en sustitución de figuras e instituciones que tradicionalmente tenían similares cometidos.

No basta para que podamos considerar la verdadera existencia de los derechos y garantías constitucionales su mera enunciación y consagración en las cartas constitucionales, provistos de una legislación sustantiva y adjetiva que los consagre y les preste amparo y cobijo, sino que cuenten con mecanismos eficaces para su protección y efectivo disfrute.

En tal sentido, como bien lo destaca la Dra. Cecilia Sosa⁴, nuestra carta constitucional, tan criticada por cierto en estos días, contempla una serie de mecanismos para garantizar en el campo de lo estrictamente legal e institucional, tradicional, su adecuado ejercicio y efectividad en la propia normativa constitucional, los cuales se clasifican según las autoridades ante quienes se pueden intentar y las que están obligadas a ejecutar dichos mecanismos por vía de los medios recursivos consagrados en la ley, tal es el caso de los dispositivos de los Arts. 49, 50, 220, 202, 217, 235, 236, 139, 121 y 46 de la Constitución Nacional que al igual encuentran desarrollo en Leyes especiales vigentes en la República (Ley Orgánica de la Corte Suprema, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del Ministerio Público, Ley de la Contraloría General de la República, Ley de Amparo Constitucional, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, etc.) que atribuyen al Congreso de la República, a la Corte Suprema de Justicia, al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, las potestades necesarias para implementar los mecanismos adecuados para garantizar el goce y cumplimiento de dichos derechos.

En otras palabras, el Estado cuenta con entes, instituciones y mecanismos controladores de la legalidad, pero pretender que la Administración Pública pueda llegar a controlarse eficazmente a través de la acción de vigilancia y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores o de la acción fiscalizadora de los órganos judiciales, resulta una quimera y es del todo insuficiente.

Por ello, resumiendo las ideas de la Dra. Sosa y citando resoluciones adoptadas por organismos mundiales, ya desde 1972 se consideró que los sistemas jurídicos de protección clásica, aunque sean más perfeccionados, resultan frecuentemente inoperantes, "... en consecuen-

⁴ El Ombudsman en Venezuela, Revisión de las instituciones y leyes existentes, *opus cit* p. 138 ss.

cia, conviene considerar con interés la institución de un órgano que acoja y tramite las peticiones y tenga acceso a los documentos internos de los servicios públicos”⁵.

El Ombudsman en tal sentido viene a constituir un órgano independiente de fiscalización en un sistema político y constitucional realmente democrático, al servicio de la Administración, del Legislativo y también, puede ser el caso, del Judicial.

Por igual precisa destacar, como lo hace Sosa⁶ que la creación de un ente o institución tal como la propuesta, supone:

“Plantearse el delicado problema de compaginar la justicia administrativa, en el sentido amplio del término, es decir las vías administrativas y contenciosa, con la actividad fiscalizadora del Ombudsman;

No pretender que con ello deban sustituirse los imprescindibles canales de las acciones y recursos en vía administrativa y jurisdiccional, puesto que la finalidad del mismo es colaborar con la debida eficacia de aquellos, y su perfectibilidad en la lucha contra la injusticia y el abuso de poder;

Enfrentar la necesidad de potenciar e instaurar el principio de garantía del particular frente a la Administración. Por ello la sola creación de Oficinas de Quejas y Reclamos, Oficinas de Información, sólo se convierten en un consuelo para el administrado, sin la efectividad de un verdadero control externo de la función. Las deficiencias de esas oficinas se basan en que no están previstas como organismo de control de la legalidad y por que el auto-control de la administración no asegura la independencia del mismo.

Reconocer en toda su auténtica gravedad el hecho indiscutible de que el administrado en Venezuela no se encuentra suficientemente amparado contra todo lo que supone y resume tan significativamente el término anglosajón ‘mala administración’.

Concluye la citada autora, destacando:

“En síntesis, el Ombudsman tiene como misión defender la legalidad y los derechos de los particulares frente a las transgresiones de

⁵ Conferencia Parlamentaria convocada por la Asamblea Consultiva del Consejo Europeo, Strasburg, 1972, citado en El Defensor del Pueblo en Venezuela, citado, nota a pp, p 149.

⁶ *Opus cit.*, p. 149 ss.

la administración pública, investigando y poniendo de relieve sus errores, negligencias o dolo para que sean superados”⁷.

Debemos destacar que se ha escrito cuantiosa literatura para poner de relieve la insuficiencia de los controles actuales de la legalidad y los derechos ciudadanos y por tanto sobre la conveniencia de añadir las especiales funciones del Defensor del Pueblo u Ombudsman⁸, pero que debemos omitir por ahora, en tanto nuestro tema nos obliga a centrar la exposición sobre otra materia.

2. El Ombudsman y el Ministerio Público

Por igual merece comentario especial en este estadio de nuestra disertación, la diferencia entre la figura del Ombudsman con la del Ministerio Público, pues frecuentemente se tiende a confundirlas y se critica la implantación del Defensor del Pueblo, sosteniendo que ello será una nueva duplicidad de órganos, con funciones similares para no decir idénticas.

En tal aspecto, resultan claras y precisas las consideraciones del Dr. Román Duque Corredor, quien destaca que las diferencias específicas de ambas instituciones radican en la función esencialmente DEFENSIVA de los derechos de los ciudadanos por parte del Ombudsman, y en la función ESENCIALMENTE VELATORIA del cumplimiento de la Constitución por parte del Ministerio Público.

Destaca Duque que esa importante diferencia ya viene claramente establecida en la Constitución Española (Art. 54) y concluye advirtiendo que en ella al Defensor del Pueblo se le concede la facultad de SUPERVISAR la actividad de la Administración, y no para “ANULAR LA ACTIVIDAD DE AQUELLA”⁹, no obstante lo cual tampoco se le niega legitimación para ejercer recursos de inconstitucionalidad, amparo y contencioso administrativos.

⁷ *Opus cit.* p. 150.

⁸ Al respecto remitimos a los interesados al trabajo “Insuficiencia de los controles tradicionales sobre la Administración” de los Dres. Pedro Miguel Reyes, Gustavo Briceño y Nelson Roth, Ponencia presentada en el Segundo Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para América Latina, Costa Rica, abril de 1989, citada y reproducida en *Ei Defensor del Pueblo*, *opus cit.*, p. 321 ss.

⁹ Román Duque C., Ombudsman y Constitución, en *El Defensor del Pueblo en Venezuela*, p. 77 ss.

Es de advertir que en la literatura especializada sobre el tema, encontraremos una variada gama de formas de establecer esta figura o alguna similar con cometidos idénticos, y que resumidamente y en beneficio de entrar en la materia que es propia de nuestra disertación, diremos que van desde, el englobamiento de sus funciones dentro de la actividad de otros órganos con cometidos similares (vbg. El Ministerio Público), hasta la consagración de una figura definida, concreta y separada de cualquiera otra de las que hasta ahora con fines similares se la contempla en algunos sistemas legislativos del mundo, o de las examinadas por la Doctrina especializada.

Precisaremos también que en la literatura especializada, cuando esas funciones se otorgan y confieren a un ente u organismo en protección de los intereses colectivos, para garantizar libertades y derechos ciudadanos, o asuntos atinentes a materias *supra* - individuales, encontraremos que los terminología común utilizada será OMBUDSMAN, DEFENSOR DEL PUEBLO o similares, mientras que cuando con ella se persigan fines más concretos, se procure velar por intereses más individuales y determinados, encontraremos que la denominación usada será la de Defensor del Usuario, Consejo Protector de los clientes, el Defensor de los asegurados, de los clientes financieros, etc.

En adición, cabe destacar la tendencia actual de que cada vez con mayor ahínco puede observarse la práctica en el campo de lo privado, de la institucionalización de entes y organismos especiales de esa índole, bien sea con amparo legislativo concreto, o bien sean de índole absolutamente voluntario, que procuran esa defensa al Consumidor, usuario o ciudadano, y que, además se los establezca, cada vez con mayor frecuencia para áreas específicas tales como las bancarias, de seguros, de inversiones, de previsión social, salud, etc.¹⁰

¹⁰ Remitimos a los interesados en revisar antecedentes, caracteres y sistemas a la ya citada obra El Defensor del Pueblo en Venezuela, y a los trabajos de José Ma. Sotomayor G., Aproximación a la figura del Defensor del Asegurado, en Revista Española de Seguros, N° 73 y 74, 1993, Editorial Española de Seguros S.A., España, ISSN- 0034-9488, p. 17; de Jesús Llano Ramírez, El Defensor del Asegurado "Ombudsman" experiencia Colombiana y su reciente regulación legal, en Memorias del XXI Encuentro Nacional de Acoldece, Editora Guadalupe Ltda., Colombia, 1998, p. 99 ss, José L. Banrón de Benito, Revista Ibero Latinoamericana de Seguros N. 7, Edic. Javegraf, Colombia, 1995 y Carlos Ignacio Jaramillo, la ya citada obra "Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y el Reaseguro".

3. El Defensor del Asegurado

Finalmente advertimos que cuando en concreto, como en este evento nos referimos a la figura del Defensor del Asegurado, lo hacemos adhiriéndonos a esa nueva tendencia de presentar al Ombudsman, en un campo específico, ajeno o no para algunos de la conveniente, necesaria e imprescindible necesidad de dar una efectiva protección a los Derechos Humanos, y más concretamente la que procura la creación de dichos Defensores para proteger a los ciudadanos de las prácticas comerciales abusivas, procurar la más rápida y eficaz solución de conflictos entre prestadores de servicios, productores de bienes y usuarios, consumidores y beneficiarios de servicios, y en definitiva para crear una mejor imagen del ramo o actividad empresarial privada de que se trate, al buscar precisamente que tales soluciones y protecciones se obtengan por vía de mecanismos *ad hoc*, extraños a los medios tradicionales consagrados en las leyes, esto es, concurrir a los órganos administrativos o judiciales, a mecanismos de mediación o de arbitraje o cualquier otro similar, que de por sí consumen mayor tiempo para provocar la satisfacción de reclamos, errores de servicios, negligencia de empleados, síntomas de arbitrariedad y mal servicio, entre otras cosas.

En ese mismo orden de ideas, precisa advertir también que en nuestra Constitución del 61, si bien no es tan imperfecta como hoy se nos pretende hacer ver dentro del espíritu que propicia un radical cambio de nuestra Carta Magna, es cierto que en materia de Derechos del Consumidor, no resulta tan clara y explícita como otras Constituciones de reciente data, vbg. El caso de Colombia, al extremo de que apenas encontramos una referencia tímida a la protección de intereses difusos o de clase en el artículo 109¹¹ y con la controvertida y confusa redacción de la actual Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹² en materia de los Consumidores Asegurados, todo ello a diferencia de lo que

¹¹ Constitución de la República de Venezuela, GO 3357 Extraordinaria 02-03-34. Art. 109: “La Ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los Colegios de profesionales y las Universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica.

¹² *Gaceta Oficial* N° 4898 Ext del 17-5-95, *Gaceta Legal* 874 p. 526 ss, que en lo adelante identificaremos como LPCU.

ocurre en la Constitución Colombiana de 1991, donde expresamente se regula y consagra la figura del Defensor del Pueblo, y en añadido, por igual de manera concreta, tiene reconocimiento expreso como Derecho Colectivo a favor de los Consumidores, a fin de que les sea garantizada la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, tal como lo consagra el artículo 78 de dicha Constitución¹³ creando la protección específica para esos derechos de Clase (interés y legitimación supraindividual) y donde además ya se discuten Proyectos de legislación concreta en los que se contempla la consagración de las Defensorías Privadas de los usuarios¹⁴ lo que definitivamente da un respaldo a la institucionalización de estas figuras al encontrar regulación específica y concreta de dichas figuras en normativas especiales tal como ocurre expresamente en algunos países de Europa¹⁵.

Es, pues, a esta especial figura y a la institución que la misma desarrolla, a la que queremos dedicar el motivo de nuestra exposición y las consideraciones que ello nos merece en Venezuela.

III LA FIGURA DE LA DEFENSORÍA DEL USUARIO (CONSUMIDOR) ASEGURADO

1. Alcance de la figura y diferencia con la del Ombudsman y Defensor del Pueblo

Como podrá haberse observado de las precisiones anteriores, esta figura, nace al lado de la expresamente contemplada de manera general, para la protección de los derechos y libertades ciudadanas, que diremos están atribuidas al clásico concepto del OMBUDSMAN y otras figuras afines, pero de la que se diferencia claramente, y que se la conoce en la doctrina y dichas normativas como DEFENSOR DEL USUARIO, y específicamente la del usuario Asegurado, que es la materia importante de examinar y que nos interesa conocer más adecuadamente, por la actividad que desarrollan nuestras patrocinadas y representadas.

¹³ Jesús Llano Ramírez, *opus cit.* p. 103 ss.

¹⁴ Proyecto de Ley 446 del 07-07-98 colombiano a que alude Llano Ramírez, *opus cit.*

¹⁵ Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados Española. Vid. Fernando Suárez González, Doce años defendiendo al Asegurado, en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, N° 10, p. 196, Edit. Javegraf, Colombia, 1997.

Es cierto que las generales, las que atienden a llenar las necesidades de garantizar los derechos y garantías ciudadanas, son las que le sirven de origen y modelo, pero con éstas, tiene claras y precisas diferencias de forma y fondo y pretendemos demostrar, en adición que su regulación y consagración pueden aceptarse, aún en los sistemas en que como el Venezolano, no exista propiamente la del Defensor del Pueblo, pues la institucionalización de dichos entes, órganos, figuras o instituciones, nace no de su expresa consagración, sino como lo hemos pretendido dejar aclarado, lo es por la conveniencia y necesidad de otorgar esa protección a los usuarios y consumidores, como un derecho propio, que protege en general la calidad de vida de los ciudadanos, en especial la de los usuarios de tales servicios, mejora las relaciones entre entes productores de bienes y servicios y los usuarios y procura en definitiva la paz y seguridad social, de una parte, pero por la otra, está también como motivo de su creación, la filosofía de las empresas privadas, por mejorar su atención y servicios al público, por preservar el buen nombre de sus productos y servicios en el mercado, por mejorar la competitividad y resguardar el buen nombre de la marca, empresa, lema o institución; claro está todo dentro de los justos límites y siempre que con ello no se lesionen otros derechos e intereses de mayor entidad, como lo son el derecho a recibir del Estado la Justicia tradicional para la satisfacción de sus conflictos, no vulneración del orden público, etc.

Pero entre la figura del Ombudsman clásico y la del Defensor concreto de usuarios, como lo dijimos, existen claras diferencias. Entre ellas, coincidimos con Llano Ramírez¹⁶ la de mayor relevancia resulta ser la de que dado su origen estrictamente privado y enteramente facultativo, el Defensor del usuario {sea en seguros, Banca u otras actividades) viene instituida y regulada por las normas reglamentarias que le trace la empresa misma de que se trate y es ello a su vez índice marcado y tajante del respeto constitucional a la libertad de voluntad de los particulares en la contratación, cuando no esté en juego el orden público ni el bien común.

De otra parte encontraremos por igual que su institucionalización y funcionamiento, por lo general contarán cuando menos con la anuencia

¹⁶ *Opus cit*, p. 108.

y conocimiento de las autoridades públicas que de alguna manera tengan a su cargo el control y vigilancia de esa actividad, y por igual de la que tienen en concreto la tutela de los intereses del Consumidor.

Así, por ejemplo en el caso específico de Colombia, la Superintendencia de Bancos¹⁷ ha señalado, que cuando menos la misma debe estar en cuenta y si no aprobar, cuando menos no rechazar que las empresas regulen y establezcan dicha modalidad e institución, y condicionado a que aquellas deben someter a su aprobación la organización y su funcionamiento; que previamente conozca el caso en referencia; que en el mismo no se traten asuntos no susceptibles de transacción o esté interesado en general el orden público; que la empresa, convenga y acepte que la decisión que se pronuncie sea para ella vinculante de aceptarla el asegurado, y de que éste, en efecto, si la acepta, d lugar a la decisión definitiva del asunto por esa vía.

2. Justificación de la necesidad y conveniencia del Defensor del Usuario

En general, puede sostenerse, que entre las razones que con mayor fuerza militan para su creación y operatividad lo serán en forma genérica, como las califica el profesor Jaramillo¹⁸, su alcance tuitivo o protector del Consumidor, en este caso del Asegurado, y en concreto velar porque la actuación del asegurador, tildado de parte fuerte en la relación asegurativa (mayor poder de negociación), invariablemente se inscriba dentro de parámetros objetivos, como tal alejada de cualquier arbitrariedad o fundamento meramente subjetivo, tal como debe resultar de la verdadera naturaleza del contrato de seguro, esto es, un contrato de eminente buena fe; en segundo término, porque en definitiva todo lo que ella implica, se traduce igualmente en un mejor servicio al cliente, y finalmente porque con ella se incorpora, como vía de solución de eventuales conflictos, *motu proprio*, una técnica de solución de controversias, que se añade a toda otra hoy vigente, deseable desde todo punto de vista, meta que contemporáneamente se persigue tanto en Derecho

¹⁷ Así lo tiene decidido reiteradamente la Superintendencia Bancaria de Colombia (la que también ejerce el control de Seguros) según cita Dictamen 97030775 del 03-08-97, mencionado por Llano R., *opus cit.* p. 108, nota N° 5.

¹⁸ *Opus cit.*, p. 112 ss. |

Privado como en Derecho Público, todo con miras a procurar una rápida y eficaz solución de conflictos por vías diferentes a la que dimana de la organización judicial ordinaria del Estado, la cual siempre supondrá procedimientos dispendiosos, lentos, onerosos y que no satisfacen a plenitud a las partes, pues la decisión judicial no es siempre la que mejor responde a la verdad real de los conflictos, si bien debe admitirse que es la vía expedita y ordinaria consagrada por la ley para dirimirlos como tales y obtener el respeto y acatamiento social de lo decidido.

La actuación del Defensor del Usuario, en tal sentido debe entenderse como una fórmula más de las de amigable composición de los conflictos, que no encuentra obstáculo alguno que la impida, restrinja o mediatice, entre las cuales estarán en adición a esa forma de mediación especial del Defensor del usuario, las de la conciliación, mediación (en cualquiera de sus formas) y la del arbitraje, tradicional o comercial¹⁹.

Para el mismo autor, deben igualmente citarse como justificantes específicos de la institución del Defensor del asegurado, entre otras las siguientes:

- a) Centrar el interés del asegurador en el servicio o atención al cliente, tendencia internacional de toda la moderna organización empresarial;
- b) Moderar o disminuir los equívocos o malos entendidos entre asegurados y aseguradores, pues una apreciable cantidad de dificultades y diferencias entre unos y otros, estriba precisamente, en la falta de entendimiento, de información o comunicación, que no solo dan lugar a los conflictos, sino que crean y producen una mala imagen del asegurador²⁰.

¹⁹ Recordemos que en Venezuela, la Ley de empresas de Seguros y Reaseguros (*G.O.* 4.822 Ext. del 23-12-94) contempla una fórmula especial de arbitraje administrativo a cargo de la Superintendencia, y que hoy, en adición a la vía arbitral ordinaria (la del Arbitramento regulado en el Código de Procedimiento Civil. *G.O.* 4.196 Ext del 2-8-90) también se establece la del Arbitraje Comercial (Ley de Arbitraje Comercial, *G.O.* 36.430 del 07-04-98), así como los mecanismos de conciliación y arbitraje regulados en la LPCU.

²⁰ A este respecto vale la pena destacar la opinión del profesor Bernard Viret, citado por Jaramillo, quien afirma: "La historia de las relaciones entre los aseguradores y sus asegurados es, en muchos países, caracterizada por la incomprensión y los malentendidos". *Modes de Reglement non Contentieux des Indemnités D' Assurance*, Comité Europeen Des Assurances, Revue Generale des Assurances Terrestres, LGDJ, Francia, 1992, en Solución Alternativa de Conflictos en el seguro y en el Reaseguro, citado, p. 118, nota 87.

En adición, vale la pena citar también los argumentos de Ernesto Caballero Sánchez, que por igual hace suyos Llano Ramírez²¹, quienes advierten:

“Prima actualmente el que se fundamenta en la mejora de la calidad de los servicios que los empresarios de seguros, como cualesquiera otros, deben prestar a sus clientes, objetivo que indudablemente está de moda por razones de competitividad, pero que al mismo tiempo sirve también de protección a los consumidores. En esta línea, como vengo sosteniendo desde 1993, en varios de los trabajos sobre los consumidores de seguros, política de calidad y política de consumo, son ramas de un mismo tronco”.

Según Llano R., entendida bajo el aspecto “política de calidad”, debe considerarse que el establecimiento por parte de un empresario de la Defensoría del Usuario, constituye herramienta eficaz para lograr la referida calidad, atributo que, en aplicación del moderno concepto de la Gerencia de Servicios se le reconoce el alto valor estratégico a estos, a los cuales consideran como una parte integrante del producto que distribuyen “... En esas organizaciones, el servicio no es un cargo o un Departamento. Para ellas el servicio es producto”.

Complementa el mismo comentado autor su justificación, destacando que

“Teniendo en cuenta las amplias facultades que al Defensor del Usuario confieren las empresas, la sola atribución de poder solicitar y obtener cualquier tipo de información de la entidad, y la obligación para esta de suministrar aquella, a fin de que el Defensor pueda proferir la decisión del caso, está indicando que la empresa o grupo de empresas que determinen establecer el servicio de Defensoría para sus clientes, poseen una organización interna absolutamente confiable y que ofrece las mejores seguridades. Tal significación constituye indudablemente un verdadero aporte a la política de calidad de la empresa”.

²¹ Ernesto Caballero Sánchez, *El Consumidor de Seguros, Protección y Defensa*, Edit. Mapfre, 1997, España, citado por Llano R., *opus cit.*, p. 109, y este último autor en su mencionado trabajo ya citado.

Por último, destaca Llanos:

“ las gestiones propias del Defensor del Usuario, suponen un flujo de información, que requiere una función INFORMADORA, indispensable en toda organización moderna de las empresas. La comunicación necesaria para el buen funcionamiento de las empresas no se logra solo con las llamadas comunicaciones ascendentes (órdenes) extrañas en las organizaciones empresariales con ambientes organizativos participativos y democráticos, sino con la práctica de políticas de puertas abiertas y del Defensor del interés público...”²²

Pero debemos destacar finalmente, que no son esas las únicas bondades y beneficios de la figura, pues con ella, como lo hemos dejado esbozado precedentemente, se produce una mejor y más fluida información entre el asegurado y la empresa, se detectan problemas de incomprensión o indebida interpretación de pólizas, reclamos y hechos constitutivos de aquellos, y en definitiva, produce una sensación, definitivamente, de mejor atención para el cliente usuario, que beneficia, como lo dejamos dicho la buena imagen de la empresa de que se trate y así lo demuestran los datos estadísticos de España y Colombia, sobre el funcionamiento de las Defensorías de los Asegurados²³.

3. Antecedentes de la institución y panorama del Defensor del Asegurado en Europa

Podemos decir con Sotomayor quien hace un interesante resumen de los antecedentes de la institución en Europa, y al que remitimos a los interesados, que la figura no es novedosa en ese continente.

Es en Suecia donde surge la figura en 1908 producto de la iniciativa de un grupo asegurador privado. Luego en Dinamarca se crea el Consejo de Reclamaciones de Seguros en 1975, entidad de carácter mixto, entre asociaciones de consumidores y Asociación de Aseguradores.

En Gran Bretaña se estima existe el sistema mas perfeccionado de protección a los consumidores (1981) donde se reúnen 341 entidades

²² Destaca Llano Ramírez, que ello encuentra apoyo en voceros calificados como Eric Clemens y F. Warren McFarían (Administración, una perspectiva global), *opus cit.* p. 111.

²³ Véanse al respecto sendos trabajos de Llano R. y de Sotomayor, obras citadas.

aseguradoras y donde solo se excluyen los riesgos industriales o comerciales y los grandes riesgos.

Puede concluirse este breve panorama, con Sotomayor destacando que todavía en Europa, la figura es una institución en vías de experimentación y advirtiendo que en España, Francia e Italia, la situación es similar y que en Alemania es donde más rezagada se encuentra la situación, dado que es donde mejor funciona la actividad jurisdiccional²⁴.

En España, la figura tuvo origen primero, al igual que en el resto de la generalidad de los países en que existe, dentro de la iniciativa privada, atribuyéndose a la MAPFRE su primera consagración²⁵.

El modelo español ha encontrado buena acogida ahora en América, siendo luego Colombia la que lo pone en práctica, también dentro de la iniciativa privada primero.

Como rasgo común típico de la institución puede destacarse que primero tuvo consagración en la actividad privada, de allí ha pasado luego a tener consagración legislativa, o en vías de su reconocimiento en leyes, tal como ocurre precisamente en España y Colombia, bajo la denominación de Defensorías Privadas²⁶.

Puede sintetizarse que como características comunes de la figura en el entorno europeo, destacan las que siguen:

- Se trata de Juntas o personas independientes, aunque nombrados por grupos aseguradores o Federaciones de empresas;
- Su ámbito de competencia no comprende en general los grandes riesgos industriales y comerciales, pues de lo que se trata es de proteger al consumidor de los abusos de las empresas y las grandes empresas no necesitan de esa protección;
- Las materias más frecuentemente sometidas a decisión, son las relacionadas con el seguro de automóvil, responsabilidad civil general, etc.;

²⁴ Sotomayor, *opus cit* p. 28 ss. Para complementar el panorama histórico, recomendamos examinar la completa obra de Carlos Ignacio Jaramillo, *opus cit*. p. 120 ss.

²⁵ Suárez González, *opus cit*, p. 190 señala que en 1981 fue implantada la figura del DEFENSOR DEL ASEGURADO en la mencionada empresa y de allí se extendió por Igual a otras instituciones privadas, sin reconocimiento expreso en la ley.

²⁶ En España la Ley 30/1985 de ordenación y supervisión de seguros privados y en Colombia, hasta donde conocemos forma parte de un proyecto oficial que reposa en el Congreso su expresa consagración. Llano R. *opus cit*, p. 112 ss.

- Las competencias atribuidas tienen por lo general límites económicos.
- También es interesante destacar que la propagación de la institución por otros sistemas ha sido la regla y debe añadirse que la tendencia se ha observado en un doble sentido, bien sea que la consagración de la misma se la establezca en empresas concretas, o en otros supuestos, el que Federaciones o Asociaciones de determinados ramos de las mismas establezcan en común su funcionamiento.

4. Concepto de las Defensorías privadas del usuario y elementos tipificantes de la institución

Concepto de la institución:

En el entorno legal y doctrinario examinado, puede decirse que una aproximación conceptual adecuada de la institución de la DEFENSORÍA DEL USUARIO, será “la de que es una institución mediadora, de carácter privado, independiente, voluntaria, y considerada imparcial por las partes, que procura la conciliación entre aseguradores y asegurados en los conflictos en que sea competente, mediante la adopción de resoluciones que no impiden la vía judicial ni la proyección administrativa”²⁷.

Del concepto aludido, el cual entendemos extensible a Venezuela, si fuere el caso, encontramos elementos típicos que delinean la institución y que facilitan la comprensión de ciertos aspectos a los que nos referiremos más adelante.

Elementos tipificantes de la figura:

En primer lugar, destacamos que su creación y operatividad, no depende exclusivamente de que de alguna forma se la contemple en el ordenamiento jurídico, sea el general de la protección de los derechos del ciudadano, sea concreto de la protección de los Consumidores, o específico dentro del caso de la normativa sobre Control de la actividad aseguradora, en el campo específico que nos reúne para el examen de esta materia.

²⁷ En tal concepto coinciden Llano R., Segundo Ruíz y Ernesto Caballero S., según lo afirma el primero mencionado.

Se afirma en el concepto, que se trata de una institución mediadora de carácter privado, lo que pone de manifiesto, que siempre y cuando los problemas sometidos a su resolución o consideración, no atenten al interés público, es perfectamente posible que las partes afectadas con vengan en esa modalidad de resolución de los mismos, como vía expedita y legalmente consagrada²⁸.

Lo dicho implica por supuesto, que de manera expresa e indeclinable, supone que ambas partes acepten esa vía de solución, para que se produzcan los efectos deseables de concluir el conflicto existente.

Como característica particular de la figura, desde el punto de vista de la empresa que la instituya, diremos que al consagrarla aquella, anticipadamente presta su asentimiento irrevocable a la aceptación de la que el Defensor pronuncie en el caso concreto, mientras que la del usuario, será menester que éste de manera expresa, así la acepte.

En el caso de Venezuela, agregaríamos nosotros, que por razón de existir una previsión especial al respecto en la Ley de Arbitraje Comercial en cuanto a los contratos de adhesión o reglados²⁹ y adicionalmente lo que estipula la LPCU en cuanto a esas modalidades contractuales, será menester que esa aceptación se preste separadamente del contrato (póliza) y en ella de manera concreta se convenga en esa modalidad de solución, pues equivale la misma a la renuncia de los medios ordinarios de solución conflictual, salvo que como en España y Colombia, expresamente se contemple que, la solución aportada por el Defensor privado, no sea para él vinculante, y deje abierta la posibilidad de iniciar las demás vías de resolución del conflicto, lo que en todo caso sería perfectamente aplicable en Venezuela, más si ambas partes están de acuerdo en ello.

²⁸ En Venezuela, a diferencia de otras legislaciones sobre Arbitraje, la novísima Ley de Arbitraje Comercial no se extiende a la figura genérica de la Conciliación, como si resulta serio en el caso de la Ley Boliviana vigente, modelo de la cual resultó ser la Española, en donde expresamente se consagra la vía de Conciliación y de la Mediación, como modos alternos para la solución de los conflictos, no obstante, en nuestra legislación encontramos la recepción de esas figuras como tales medios alternos de solución, cuales son los casos de la Legislación Laboral, el mismo Código de Procedimiento Civil, la LPCU (art. 86, numeral 12), la Ley Orgánica de la Justicia de Paz (G.O.4.817 del 21-12-94).

²⁹ Art. 6 *in fine* Ley de Arbitraje Comercial.

En segundo lugar, en tomo a la modalidad bajo la cual se adopte la solución, puede especularse mucho respecto a la naturaleza del citado acto del Defensor, así, puede decirse de modo general, que realmente no será un árbitro, pues no se llenan ninguno de los requisitos formales para la existencia de la figura, tal como se la contempla en el ordenamiento (Arbitramento o arbitraje comercial), ni es propiamente una conciliación, en tanto que de alguna manera el Defensor es quien inclusive da la solución a su solo criterio y opinión, sin que por ello se excluya la posibilidad de que ciertamente actúe como verdadero conciliador de los intereses en diferencia.

En tal sentido de modo general puede afirmarse que más bien se trata de una modalidad especial de **mediación**.³⁰

En resumen, de ese concepto puede decirse que las funciones del Defensor del Asegurado están encuadradas dentro de los siguientes parámetros: Imparcialidad, Independencia funcional y Actuación carente de poder vinculante.

5. Funciones propias del Defensor en el ejercicio de sus cometidos

Creemos que en nuestro sistema, y derivado ello de la regulación de la figura en el concierto internacional, las funciones propias del Defensor del Asegurado, deberán ceñirse a las siguientes:

- a. A pesar de que su actividad fundamentalmente estará ceñida al requerimiento que en un determinado caso concreto el asegurado formule algún planteamiento sobre posible lesión de sus derechos, o desviaciones en la aplicación del contrato o del servicio que supone la celebración, mantenimiento y ejecución de aquel, tendrá a su cargo la vigilancia permanente de que el asegurado no resulte lesionado en los derechos que le son propios, ni por parte de la empresa, y agregaríamos, ni por parte de los entes del estado relacionados con la actividad, pues también este supuesto puede ocurrir.

³⁰ Para Llano R., se trata más bien de la figura de “intervención dirimente de un tercero, figura que destaca el mentado autor, tiene arraigo en el medio español bajo el nombre de Perito Dirimente, a la cual se refiere José L. Barrón de Benito en su citada obra (V. Rvta Ibero latinoamericana de Seguro N° 7, p. 97). *Opus cit.* p. 121.

Dicha vigilancia podrá adelantarse bien de oficio, o bien a petición del asegurado.

- b. La de atender, oportuna, eficaz y regularmente las peticiones que le formulen los asegurados o clientes de la empresa o entidades vinculadas, orientadas a satisfacer los intereses –virtual o realmente– conculcados.
- c. Realizar las investigaciones pertinentes que permitan establecer, según el caso, la verdad y mejor solución de los casos, la responsabilidad en que eventualmente hayan incurrido funcionarios o empleados de la aseguradora en la indebida tramitación del caso, y
- d. Informarse de la empresa e informar a ésta de los hechos que puedan dar lugar a los conflictos, que deban reputarse irregulares, lesivos, o no, con miras no solo a solucionar casos concretos, sino a prevenir reclamos, insatisfacciones y problemas en las relaciones entre la empresa y los usuarios de sus servicios.

6. Naturaleza del poder de que se encuentra investido el Defensor para ejercer su oficio

Es esta materia quizá la más controversial en la doctrina especializada pero por igual, para claramente debatir sobre el problema, estimo que debe analizarse cuales son en el fondo las funciones que se le atribuye, y en particular de que modo, en concreto, debe estar llamado a resolver los conflictos sobre los cuales deba conocer, bajo las modalidades en que se encuentren estatutariamente reguladas esas atribuciones.

Encontraremos, respecto a la figura en general y sus atribuciones genéricas, que al igual que la de la institución de quien deriva su existencia (Ombudsman), debe precisarse claramente que el mismo no posee “*AUCTORITAS*” como quiera que fundamentalmente tiene a su cargo una labor de vigilancia, esto es, carece por completo de “*IMPERIUM*”, su poder se limita sólo a investigar, a cuestionar, a recomendar, pero no a RESOLVER CON CARÁCTER OBLIGATORIO³¹.

³¹ En tal sentido señala Sonia Venegas Alvarez (Origen y devenir del Ombudsman, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 46, citada por Jaramillo, en su comentada obra), las resoluciones del Defensor <como las del Ombudsman> adoptan la forma de “sugerencias, advertencias, recordatorios, amonestaciones, críticas u opiniones”, pero la

Como lo sostiene el Profesor Jaramillo³², en una cualquiera de los resultantes de su actividad, él emitirá una resolución, que no tiende a SANCIONAR, ni a REPARAR el daño irrogado, sino a vigilar, repetimos y consiguientemente denunciar y velar para que otros administren cumplida justicia.

Su fuerza, destaca el citado Profesor, “es de índole estrictamente moral, y no jurídica y menos jurisdiccional, en la medida que su autoridad no descansa propiamente en poder de ordenar, que como observamos le es esquivo por definición. Parafraseando a un insigne tratadista de derecho público ibérico, vale la pena destacar que los Ombudsman no vencen, sino que convencen”.³³

En tal sentido, concluyendo con el lenguaje doctrinal especializado³⁴, en términos ciertamente descriptivos, los Defensores al igual que los Ombudsman, ejercen, por lo demás una influyente magistratura de “opinión” o de “persuasión”, dada su respetabilidad en general.

Pero en lo atinente a la forma concreta como proceden a resolver los conflictos específicos y determinados que las partes convienen en someter a su revisión y consideración, dependerá, como se lo destacó precedentemente, a la forma como se regulen o establezcan los efectos de esa actividad específica:

Así, en Francia la figura tiene los rasgos propios de un “mediador o conciliador”, en cambio en Suecia, los asistentes del Ombudsman, son en sus resoluciones, “expertos que dictaminan”, en Holanda, las decisiones equivalen a “recomendaciones o dictámenes” que las aseguradoras están comprometidas a observar y a adoptar las recomendaciones correctivas que el mismo formule y en Noruega, aún cuando la entidad reviste prácticamente la forma de un Tribunal, las decisiones son acatadas por “su fuerza moral”.

característica común de todas ellas es la carencia de potestad coercitiva directa, sus decisiones no son vinculatorias para los destinatarios...

³² *Opus cit* p. 126.

³³ El autor citado resulta ser Víctor Fairén Guilién, *El Defensor del Pueblo*, Centro de Estudios Constitucionales, T. I, Madrid, 1982, citado por Jaramillo en su mentada obra.

³⁴ Héctor Fix Zamudio, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, citado por Jaramillo, *opus cit.* p. 126.

En España, en cambio, según la opinión de José Luis Barrón de Benito³⁵ la funcionalidad encuentra sustento en la figura de la “intervención dirimente de un tercero”, el cual, según el sistema español, tiene la condición de “perito dirimente”.

El profesor Jaramillo, en cambio, al examinar el problema de las Defensorías llega a la conclusión de que internacionalmente existen dos tendencias, una, la de dotar al Defensor de simple “auctoritas” y por tanto sus resoluciones al respecto no pasan de ser recomendaciones o sugerencias, sin ser vinculantes para las partes, mas, que, por el gran respeto de la institución, por la reciedumbre moral de la decisión, por su magistratura de influencia, ellas actúan con la misma reciedumbre como si emanaran de un órgano dotado de Imperium, cual es el caso, de Suiza, Holanda, Finlandia, etc.³⁶

El segundo grupo o tendencia, está enderezado a dotar al Defensor no sólo de auctoritas sino de “Imperium”, por tanto sus decisiones siempre devendrán obligatorias, por lo menos para el Asegurador, quien por propia voluntad o *ex lege* -de existir regulación *ad hoo* deberá respetar lo decidido por el Defensor (como verdadera excepción de lo que ocurre con el caso de los Ombudsman), que no así para el asegurado, quien conserva el derecho a no acogerse a la susodicha resolución, cual es el caso, señala el mismo Profesor, de Inglaterra, España, Italia y Colombia³⁷.

Nosotros en cambio consideramos más adecuado para explicar la situación en el caso Colombiano la solución propuesta por Llano R.,³⁸ para quien la decisión final en estos casos se ajusta claramente a “un intento prejudicial para conciliar intereses opuestos, integrado por tres estadios consecutivos: a) Oferta indeterminada de las empresas dirigida a sus usuarios en la que se señalan las bases para utilizar las intervenciones del Defensor, y el alcance de lo que éste decida; b) Adhesión del usuario concretada mediante la solicitud de intervención del Defensor; y c) Facultatividad para el usuario de ACEPTAR o rechazar la solución

³⁵ *Opus cit*, p. 97 ss.

³⁶ *Opus cit*, p. 166 ss.

³⁷ Misma obra citada de Jaramillo, p. 167.

³⁸ *Opus cit*. p. 120.

propuesta. Al aceptar el concepto y notificarlo al Defensor, surge el negocio jurídico denominado TRANSACCIÓN”.

En suma, la fase final y el carácter vinculante y culminante de extinción del conflicto de intereses deriva del negocio de transacción, si bien es de aceptar que la misma está sometida a esa serie de modalidades, que por lo demás no le quitan su valor jurídico.

Modestamente somos del criterio de que es esta un cabal y adecuada solución al problema, y que perfectamente podría ser el fundamento de su regulación y funcionamiento en Venezuela, la cual en tal sentido opinamos deberá regularsela o establecérsele voluntariamente por las Aseguradoras en la misma forma que lo está en Colombia y que genera los citados comentarios de Llano.

7. Principios orientadores del “trámite de los casos” sometidos a la decisión del Defensor del Asegurado

Jaramillo³⁹ resume brillantemente los principios orientadores del trámite en los países donde se acepta la institución en una cualquiera de sus modalidades, con lo cual fundamentalmente está de acuerdo Llano, respecto a la modalidad de la institución en Colombia⁴⁰, quien los sintetiza sosteniendo que esos trámites están regidos por los siguientes principios:

- a) El de Rogación, o sea la iniciación del proceso a solicitud de parte;
- b) El de la Procedibilidad, que exige que el usuario deba acudir en primer término ante la entidad y si esta no accede a la pretensión, o no acepta el usuario los términos de la respuesta, le queda abierta la etapa ante la Defensoría;
- c) El de la Caducidad dado que sólo pueden ser atendidas las reclamaciones con respecto a hechos ocurridos dentro de un período prefijado por cada institución (en el caso colombiano, dentro de los seis meses anteriores);
- d) El de la Gratuidad, al usuario no se le exige la asunción de gasto alguno;

³⁹ *Opus cit.* p. 177.

⁴⁰ *Opus cit.* p. 115.

- e) El de la Independencia absoluta por parte del Defensor.
- f) El de Celeridad del procedimiento interno respectivo: La justicia para que se torne tuitiva y reparadora, debe ser oportuna, dada la naturaleza y forma como operan las Defensorías del Asegurado, su titular debe y tiene que atender con toda prontitud las reclamaciones y resolverlas en igual forma. Según lo señala Jaramillo, en promedio cuenta con dos meses para pronunciarse en el fondo, en Francia el mediador francés cuenta con seis meses, mientras que en España y Colombia tiene quince días para resolver. Es esa la gran diferencia de éste medio de solución con los interminables casos de la justicia ordinaria (5,10 y hasta mas años)⁴¹.
- g) El de Informalidad de los trámites que se cumplen ante las Defensorías. Lo que se pretende es que las partes y el Defensor actúen con total informalidad para ventilar sus diferencias y con sujeción a reglas absolutamente libres y simples, que se ventilen las controversias de la manera más pura, aun siendo innecesario que se actúe a través de abogados. Bastará en efecto que claramente se exponga la pretensión, todo lo demás correrá a cuenta del Defensor, quien está facultado para obtener toda clase de información del asegurador y del asegurado.
- h) Claridad y sencillez de la decisión que se pronuncie, el dictamen, laudo, peritaje o como se lo pretenda denominar deben ser claros, precisos, inclusive no sometidos a las ritualidades formales de los fallos judiciales, aún cuando debe ser razonado y razonable para que produzca convicción entre las partes.

Más, entendemos indispensable agregar otros, traídos a colación por Jaramillo, que permiten delinear mejor esos trámites, como lo son:

1. El de la Confidencialidad de las decisiones o de las opiniones emanadas del Defensor, en atención a que el procedimiento que se cumple es absolutamente privado, por oposición a lo que ocurre en las instancias públicas, gubernamentales o de otra índole, por manera, señala el mentado autor, que no existe obligación de publicarlas o divulgarlas, ni tampoco de suministrarlas, en caso de que terceros soliciten dicha información. Internacional-

⁴¹ *Opus cit* p. 194 ss.

mente se habla de que las actuaciones son RESERVADAS, y que por tanto los interesados no pueden emplearlas en una causa judicial, llegado el caso, restricción a juicio de Jaramillo, mas nominal que real, que favorece especialmente al asegurado, en caso de que sea demandado, quien no deberá exhibir ni aludir al escrito del Defensor, así le resulte favorable, en orden a no alterar, influir o vulnerar, el criterio del Juez, quien consciente o inconscientemente, podría inclinarse a reiterar los planteamientos formulados por el Defensor⁴²⁻⁴³.

Para nosotros, en Venezuela este planteamiento no podría formularse con indiscutible fuerza, en tanto que en nuestro sistema procesal, los entes, instituciones, empresas, etc., que tenga en su posesión documentos o información relacionados con lo discutido en un proceso, si así se lo demuestra, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley adjetiva, está obligado a exhibirlos o en el mejor de los casos a “Informar” a la autoridad judicial sobre dichos hechos (Artics. 433 y 46 Cpc.) y por lo demás desconocemos de algún fundamento sustantivo que permita impedir con verdaderos efectos el que se consignen o no dichos resultados en procesos judiciales .

En el expresado Orden de ideas, y para que verdaderamente se puedan lograr esos efectos de reserva, lo recomendable es la regulación *ex lege* del asunto, tal como ocurre en la Ley Boliviana de Arbitraje y Conciliación, bajo la fórmula de que resulta ser la misma ley la que determina que en efecto las declaraciones, pruebas y documentos usados en los procesos de Conciliación no pueden ser utilizados en juicios, y que en todo caso, si se los presentare, ellos no podrá ser apreciados ni valorados por el Juez. Esto es, conforme a tal sistema, esos medios probatorios, *ex lege*, se reputan ineficaces o ilegales.

⁴² Jaramillo, *opus cit* p. 196.

⁴³ El señalado principio de Confidencialidad, al cual añade Jaramillo, el de discrecionalidad, no significa que tales procesos deban ser SECRETOS, sino DISCRETOS, pues por la finalidad pedagógica y correctora que se persigue con las instituciones de las Defensorías, es indudable que pedagógicamente, aconsejan hacerlas conocer en la medida posible. La omisión a toda referencia de lo ocurrido en el caso concreto o lo decidido en torno a ello, harían perder el beneficio de la intervención del Defensor, pues lo resuelto, hecho conocer, en los términos necesarios y oportunamente, redundará en beneficio tanto de asegurados como de aseguradores.

2. El de que las decisiones pueden sustentarse en la equidad, con lo cual, se producirán “fallos mas humanizados” para resolver las controversias.

Destaca también Jaramillo, y en ello estamos de acuerdo, que ello no significa empero, que el análisis respectivo no se deba adelantar con arreglo a los términos del contrato pertinente, o que enarbolando la bandera de la equidad, el Defensor pretermita caros y neurálgicos principios de raigambre jurídica, so pretexto de que está autorizado para hacerlo, en pos de obtener una decisión más justa.

Finalmente, cabe acotar que es rasgo típico y elocuente de la institución el que las decisiones del Defensor tienen carácter netamente individual y concreto, predicable, *in casu*, únicamente del asunto sometido a su consideración, sin estar obligado a aplicar o respetar otros conceptos, dictámenes u opiniones anteriores, bien emitidas por el mismo o un antecesor. El Defensor debe entenderse que conserva plena libertad en el juzgamiento, inclusive en sistemas, donde tanta fuerza tienen los precedentes como es el caso del Derecho Inglés. (En dicho sistema se impone al Defensor que debe resolver conforme a las “buenas prácticas del seguro”)⁴⁴

8. Consideraciones en tomo a la legitimación para recurrir ante las Defensorías

Como resultará obvio imaginar, los legitimados típicos lo serán los asegurados, en tanto resultan ser los consumidores del servicio por excelencia. Más, conforme lo destaca el Profesor Jaramillo, la tendencia en los sistemas y países donde funciona la institución, es aumentar el número de personas legitimadas para actuar ante las Defensorías: asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados y los derecho habientes, si bien en algunos sistemas o reglamentos de las instituciones expresamente se excluyen a los terceros damnificados, como es el caso de las Defensorías de Mapfre, donde se argumenta que aquellos, en puridad, no son sus clientes, y como tales típicos terceros ante la relación contractual, mas todo dependerá de la política y conveniencia de la filosofía bajo la cual se diseñe el sistema de Defensoría.

⁴⁴ Al respecto Jaramillo, *opus cit.*, y R.W. Hodgin, citado por el anterior autor en su ya tantas veces comentada obra, p. 198.

IV. OTROS TÓPICOS DE INTERÉS EN TORNO A LA INSTITUCIÓN

1. ¿En Venezuela, obsta de alguna manera la legislación vigente en materia de Control de la Actividad y la de Protección al Consumidor a la operatividad de la institución?

Consideramos que ello no es así. Las regulaciones comentadas atienden a aspectos diferentes, en unos casos excluyentes de la función del Defensor (en lo atinente a los aspectos de orden público, tarifas, normativa atribuida exclusivamente a la autoridad competente, renuncia de derechos, efectos frente a terceros: víctima, etc.) en tanto son protectoras de intereses *supra* individuales, atientes al orden público, pero que no pueden dejar de reconocer el principio regulador de toda la actividad privada, esto es, de la libre voluntad de las partes en tomo a todo lo que se refiera a sus derechos disponibles, y menos cuando que como lo hemos dejado examinado, respecto a la renuncia tácita que comporta adherirse a dichas soluciones, la institución de las Defensorías y el carácter de sus decisiones, deja a salvo siempre el derecho del consumidor de acudir siempre a las demás vías de solución de conflictos, salvo que en efecto se la convierta en un contrato con plenos efectos, como lo es la transacción que supone su aceptación final y definitiva.

Por el contrario, todo mecanismo que contribuya a solucionar conflictos o potenciales problemas, debe ser bienvenido y resulta compatible con la clara intención del Legislador de dejar que las partes busquen sus propios caminos de solución, más hoy cuando existe la Ley de Arbitraje Comercial, clara definidora del acogimiento de esos procesos de heterocomposición procesal.

2. Se plantea Llanos un interesante problema en tomo a los efectos de las actuaciones ante la Defensoría. ¿Acaso las mismas interrumpen los efectos de la Prescripción?

Para el comentado autor⁴⁵ al no ser el trámite ante la institución la de un verdadero proceso, viene a deducirse que cuando menos en el ámbito Colombiano, tales diligencias no son susceptibles de producir efecto interruptivo.

⁴⁵ *Opus cit* p. 120.

Jaramillo⁴⁶ considera que es menester analizar el entorno legislativo que rodea la institución de la prescripción en cada sistema. Así podrá sostenerse en algunos, que es ese un efecto típico de la institución, sólo con el objeto de preservar inalterados los derechos del asegurado-beneficiario de suerte que mientras se agota el procedimiento respectivo ante la Defensoría, no correrá la prescripción en aquellos países donde la citada fenomenología inhibitoria del decurso prescriptivo tiene cabida {opera una especie de suspensión o interrupción de la prescripción, ocurriendo ello por igual en algunos sistemas legislativos, en donde, expresamente se contempla como tal causal, la iniciación del citado trámite, aún cuando reconoce que ello no es del todo pacífico en la doctrina de dichos sistemas. En la misma posición, Bélgica, Holanda y México.

En cambio, ambos autores, y a ellos nos adherimos, sostienen que en sistemas como Chile, Colombia, Ecuador, Colombia, donde los regímenes de la prescripción extintiva son de carácter restrictivo, y entre ellos consideramos nosotros se encuentra por igual el caso Venezuela, los trámites ante la Defensoría no tienen la comentada virtualidad interruptiva de la prescripción, como debería ser lo aconsejable.

Es ese, entre otros, motivo para aconsejar que las figuras de las Defensorías privadas de consumidores, sean objeto de reglamentación legal, en las cuales expresamente se contemplen la soluciones a este tipo de problemas y otros tales como de lo que debe y tiene que ocurrir, cuando tramitándose el proceso ante la institución protectora privada, el asegurado ocurre a la vía administrativa o a la judicial, esto es, el de la cesación automática de las competencias del Defensor⁴⁷ como también debe entenderse ocurra viceversa, esto es, iniciada la demanda judicial o el procedimiento administrativo, el que se acuda ante la instancia defensora⁴⁸.

⁴⁶ *Opus cit*, p 200 ss.

⁴⁷ En tal sentido véanse los comentarios de Jaramillo, *opus cit*, p 205.

⁴⁸ Destaca así Jaramillo, que es ello lo que ocurre en España, ante el órgano de Control, el que ante tales situaciones insta a las partes a que culminen primero la citada vía en curso, para poder entrar a tramitar cualquier petición del asegurado, dando así pleno respaldo a las Defensorías, *opus cit* p.206, nota 187.

V CONCLUSIONES

Consideramos que la figura de las Defensorías privadas del Asegurado, son modalidades convenientes y deseables de instituir en Venezuela.

Definitivamente con ellas se logrará mejorar la imagen y calidad de servicios, se procura mayor seguridad a los clientes usuarios, contribuye a la solución de conflictos y permitirá recobrar la imagen, hoy un poco disminuida, de las empresas aseguradoras ante la comunidad de sus usuarios.

Estamos convencidos que mediante su instauración, se solucionarán considerable número de reclamos que producirán notable ahorro para las aseguradoras y para asegurados.

Creemos que la modalidad mejor concebida de la figura lo sería el que gremialmente, las aseguradoras, voluntariamente se acogieran al sistema, que inicialmente estaría promovido y dirigido por la Asociación o Gremio que los aglutine (Cámara de Aseguradores) y al que irían adhiriéndose paulatinamente las empresas que así lo estimen conveniente, tal como ocurrió en la mayoría de los países de Europa.

El efecto modelo, provocará per sé, la multiplicación de adhesiones, aumentará la confiabilidad de los usuarios en el mismo y mejorará la buena marcha de la institución, promoviendo cada vez más el que se recurra a ella.

El éxito de tal sistema radicará en reducción de costos, garantizará mejor la independencia del Defensor, y para evitar toda duda sobre la imparcialidad de la Defensoría, quizá la designación de quien deba ejercerla, podría dejarse en manos de la Superintendencia o del Consejo Nacional de Seguros.

Los costos serían compartidos por las empresas usuarias, la reglamentación sería adoptada por el citado Consejo con la aprobación de la Superintendencia.

Todo ello redundará en beneficio de las Aseguradoras, en tanto, producirá el mejoramiento cualitativo progresivo de su imagen y ulterior preservación, en tanto le permitirá mejor cumplimiento de sus obligaciones contractuales; provocará un mayor acercamiento con los Asegurados, sus necesidades y problemas; producirá la concientización

de los equipos de trabajo en cada Aseguradora; provocará la consolidación de sus clientelas; pondrá en evidencia las causas primordiales de desatención o insatisfacción de sus clientes y, finalmente producirá la depuración y el ajuste funcional de los clausulados contenidos en las disposiciones generales de los contratos⁴⁹.

Por igual, destaca el Profesor Jaramillo, los efectos de la debida instalación y funcionamiento de las Defensorías, producen significativas ventajas en las relaciones entre las empresas aseguradoras y los órganos de control y vigilancia, al permitir a aquellos concentrar sus labores en otros campos, ávidos de presencia y tutela gubernamental; al estimular la autorregulación y la responsabilidad empresarial, cual es uno de los propósitos de toda la filosofía de las legislaciones mas modernas relacionadas con las actividades empresariales y sus consecuencias.

Esperamos haber contribuido con las ideas expuestas a un mejor conocimiento de la institución de las Defensorías de los Asegurados y con ello a promover otra forma más de solución de conflictos, en momentos tan difíciles para el país, como los que provoca la no credibilidad en la justicia ordinaria y la grave congestión en los órganos judiciales y la marcada tendencia a poner en duda la buena imagen del sector asegurador en nuestra sociedad.

⁴⁹ Así lo hace notar magistralmente Jaramillo, opus cit., p. 213 ss.