

# Presente y futuro del derecho de seguros\*

ARTURO DÍAZ BRAVO\*\*

## SUMARIO

1. Sintético panorama actual del derecho de seguros
  2. Hacia un nuevo derecho del seguro
  3. Conclusiones
- Bibliografía

Fecha de recepción: 14 de Agosto de 2010  
Fecha de aceptación: 5 de Septiembre de 2010

---

\* El presente es un artículo de reflexión el cual presenta los resultados de la investigación del autor desde una perspectiva analítica, interpretativa, y crítica sobre el derecho de seguros y sus tendencias, desarrollado en la ponencia que el autor hizo en las jornadas de Derecho de Seguros realizado en el mes de agosto de 2010 por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia).

\*\* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido profesor de las diversas asignaturas del Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la misma universidad.

Autor de las obras: *Contratos mercantiles* (octava edición), *La responsabilidad civil por contaminación del ambiente y su aseguramiento*, *Derecho mercantil*, *Títulos de crédito*, *Operaciones de crédito*, *Títulos y operaciones de crédito* y *Glosario jurídico mercantil*.

Correo electrónico: [ardibra@prodigy.net.mx](mailto:ardibra@prodigy.net.mx)

**RESUMEN**

El siguiente artículo ha sido desarrollado en la ponencia realizada en las jornadas de Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana en agosto de 2010, exponiendo el discurrir del Derecho de Seguros desde una perspectiva histórica, y de las nuevas tendencias de éste. Haciendo una breve referencia histórica de los antecedentes del seguro apreciando los pronunciados e interesantes vaivenes de los que ha sido objeto. A partir de estos antecedentes y de lo que las distintas legislaciones regulan sobre el tema del seguro en diversos países, se propone en el texto mirar hacia las nuevas tendencias del Derecho de Seguros desde una mirada reflexiva y propositiva.

**Palabras clave:** Antecedentes históricos, derecho de seguros, tendencias.

**Palabras clave descriptor:** Derecho de Seguros, historia, congresos.

**ABSTRACT**

*The present article was developed and presented at the “Jornadas de Derecho de Seguros” (Insurance Law Symposium) held at Universidad Javeriana in August of 2010, explaining the developments of insurance law from a historic perspective and new trends, by making a brief reference of the background of the insurance law noting the pronounced and interesting dynamics it has been the object of. Upon this background and upon what different legislations state on insurance law in various countries, the article recommends looking on to new trends of insurance law by presenting reflections and proposals.*

**Key words:** *historic background, insurance law, trends.*

**Key words plus:** *Insurance law, history, conferences.*

## **I. SINTÉTICO PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE SEGUROS**

Examinada a distancia la historia del seguro, es fácil apreciar los pronunciados e interesantes vaivenes de los que ha sido objeto. Una breve referencia de sus antecedentes confirmará tal afirmación.

Actualmente no ofrece dudas la afirmación en el sentido de que tuvo su remoto antecedente en el contrato de préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo que, operado ya desde la antigüedad en diversos puertos del Mediterráneo, se desarrolló en la Edad Media, como forma de proteger financieramente embarcaciones y cargamentos contra los riesgos marítimos propios del transporte. Por cierto, llama poderosamente la atención la circunstancia de que dicho contrato sigue apareciendo en el Código de Comercio español (Arts. 719 a 736)<sup>1</sup>.

Ahora bien, en cierta forma dicho contrato operaba en sentido contrario del que posteriormente constituyó el seguro, pues un prestamista, usualmente banquero, anticipaba, en calidad de préstamo, el valor del cargamento o del buque al comerciante propietario de la mercancía procedente de otros lugares o al armador de la embarcación, con la circunstancia de que, en caso de daños o pérdidas por mal tiempo, naufragio, incursiones de piratas, etc., dicho banquero perdería su derecho a recuperar la suma prestada. Frente a ello, el comerciante o el armador se obligaba a rembolsar al prestamista el importe del anticipo, en unión de un crecido interés, en caso de feliz conclusión de la aventura marítima.

Mas como tal crecido interés fue objeto de anatema en una de las decretales expedida por Gregorio IX, en 1234, por virtud de la cual se prohibió la estipulación de intereses en varios contratos, entre ellos el de préstamo a la gruesa, armadores y comerciantes,

---

1 Código de Comercio español (Real Decreto de 22 de agosto de 1885), artículos 719 a 736.

primeramente de Florencia y de Génova, se dieron a la tarea de redactar un nuevo mecanismo, conforme al cual serían ellos los que primeramente efectuaran un depósito (*premium*) en poder del banquero, el cual se comprometía a cubrir el importe convenido en caso de que fracasara la aventura marítima. El banquero o prestamista, *aseguraba*, pues, que cubriría el importe convenido en caso de que se produjera el siniestro.

El primer contrato de esta naturaleza es, al parecer, del año 1347; un decreto genovés, fechado ya en 1386, disponía que estos novedosos contratos se consignaran en acta notarial.

Mecanismo tal fue prontamente difundido y extendido a otro tipo de intereses económicos: avería o pérdida de mercancías en el transporte terrestre, edificaciones, bienes muebles de todo tipo, etc.

Ahora bien, resulta obligada aquí la referencia al antecedente directo de este contrato, unánimemente admitido en la forma que a continuación se expresará.

El surgimiento, a fines del siglo XVII, de Londres como importante centro de comercio, trajo consigo la creciente demanda de seguros marítimos, que en gran número se concertaban, a fines de dicha centuria, en la cafetería de EDWARD LLOYD, ubicada a orillas del Támesis, en la que se reunían los armadores, banqueros, mercaderes y capitanes de barcos.

Al tornarse insuficiente el cupo de la cafetería, y de modo especial ante su desaparición al fallecer EDWARD LLOYD, los interesados decidieron abrir una oficina exclusivamente destinada a celebrar las diversas operaciones involucradas en el comercio marítimo, especialmente en el seguro; como era lógico y casi obligado, al nuevo establecimiento se adjudicó el vocablo *Lloyd's*.

Pero el seguro, tal como se le conoce hoy día, surgió a raíz del Gran Incendio de Londres en 1666, que destruyó 13.200 casas. Un tal NICHOLAS BOURBON abrió, al efecto, una oficina en la que se aseguraban los edificios contra incendio, y de ahí surgió la primera entidad aseguradora, conocida como *The Fire Office*. Con posterioridad fueron haciendo su aparición otros tipos de seguro, como los de robo, accidentes y enfermedades, vida, responsabilidad civil, etcétera.

El panorama actual del derecho de seguros es un tanto disímulo pues, en efecto, se muestra en diversas formas y hasta con tendencias diferentes. En algunos casos, y conforme a una rancia tradición romanesca, mediante leyes redactadas por los respectivos poderes legislativos, como ocurre en los países iberolatinoamericanos, en los que la actividad negocial se ajusta a un derecho escrito. Y aun dentro de ellos, en algunos casos se adopta lo que podría considerarse como autonomía legislativa, esto es, mediante leyes exclusivamente reguladoras del contrato de seguro, al paso que en otros, de modo general los del *common law*, igualmente mencionados como de derecho consuetudinario, la operación contractual del seguro se ajusta, casi exclusivamente, a los criterios judiciales y a la reiterada práctica. De ahí que algunos tratadistas de estos países afirmen que se está frente a un derecho judicial, tomado de los usos y prácticas comerciales.

Dentro del mismo orden de ideas, y por lo que hace a los sistemas legales de Derecho escrito, el contrato de seguro encuentra su regulación dentro de las leyes contentivas de la generalidad de los contratos y obligaciones (Colombia, Italia y Brasil), pero en otros casos su regulación es objeto de específicas leyes (Argentina, España, México).

Ahora bien, no carece de interés el tener presente que algunas de las legislaciones, genéricas o específicas de este contrato, carecen de definiciones y conceptualización de coberturas, mientras que en otras el legislador ha preferido consignar, por ejemplo, una definición del contrato de seguro y especificar las coberturas, e incluso algunas exclusiones en ciertos ramos del seguro.

Todo ello confirma el ya apuntado escenario disímbolo en el que, desde el punto de vista legal, se desenvuelve nuestro contrato, sin pasar por alto, además, que tampoco existe una absoluta uniformidad en cuanto a dichos aspectos definidores y conceptualizadores. Así, por ejemplo, en algunos países (España), se admite como seguro la prestación, a cuota fija predeterminada, de eventuales servicios, no así en otros (México), cuyas legislaciones sólo pregonan el preferente carácter indemnizatorio del contrato, si bien permiten que la entidad aseguradora opte por reparar los daños cubiertos, en cuyo caso se libera de la obligación puramente indemnizatoria, si bien mediante la actuación de terceros en calidad de prestadores directos de los servicios.

También merece una detenida referencia el caso de países (México) en los que, además de operar con una específica regulación del contrato, particulares manifestaciones del mismo se consignan en otras leyes, como en el caso de los seguros de transporte en sus diversas manifestaciones: terrestre, aéreo, marítimo e incluso fluvial, lacustre, agrícola, ganadero, médico y algunos otros.

Igualmente se observan, en el Derecho comparado, divergencias en lo que se refiere a la naturaleza de las entidades aseguradoras, que en un buen número de países sólo se tipifican como sociedades anónimas, mientras que en otros se admite a las cooperativas y las mutualistas como aseguradoras.

La discusión doctrinal en torno del carácter y naturaleza de la póliza de seguro ha encontrado eco en algunas legislaciones. En esta propia Colombia la póliza de seguro tuvo, hasta hace algunos años, calidad de solemne. Como es bien sabido, ulteriores modificaciones legislativas limitaron grandemente tal carácter a la póliza, por manera que el seguro ha devenido contrato consensual, si bien, a pesar de ello, queda perfeccionado desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza, misma que presta mérito ejecutivo contra el asegurador en los casos previstos por el art. 1053 del Código de Comercio<sup>2</sup>.

---

2 Código de Comercio colombiano, Art. 1053. Modificado. Ley 45 de 1990, Art. 80. Mérito ejecutivo de la póliza de seguros. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:

1. En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo:

Un panorama especial es el del reaseguro, que en verdad se encuentra escasamente regulado en las leyes sobre el contrato de seguro, indudablemente por su carácter predominantemente internacional y, por lo mismo, ajustado a las prácticas, usos y costumbres establecidos de modo especial por los reaseguradores europeos.

Sin embargo, los gobiernos de algunos países muestran, en la actualidad, intenciones reguladoras de este contrato, lo que tal vez obedece más a un criterio nacionalista que a un verdadero propósito regulador, por cuanto es fácil augurar que los reaseguradores seguirán actuando con arreglo a los mecanismos contractuales elaborados por ellos mismos, a tal punto que no parece aventurado afirmar que dicho contrato se ajusta a una verdadera *lex mercatoria*. Tal es el caso de la Directiva 2005/68/SE, de 16 de noviembre de 2005<sup>3</sup>, emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, con el propósito de que se adopte en las legislaciones internas de los países que forman la propia UE.

Mas en razón del fundamental propósito de estas notas, resulta infortunadamente necesario mencionar el plano de desconfianza en el que, con muy contadas excepciones, se ha colocado el seguro en todo el mundo, como fruto de la poco loable conducta de las aseguradoras, desgraciadamente prohijada por los textos legales: confusa redacción de las pólizas de seguro, abusivo empleo de tecnicismos inaccesibles para la mayoría de los asegurados, empleo de términos contradictorios en lo que hace a los riesgos cubiertos y a los excluidos, etc.

Todo ello, sin contar con el lamentable y generalizado desconocimiento judicial de las regulaciones de este propio contrato.

Más tampoco debe soslayarse aquí la referencia a la frecuentemente mostrada conducta fraudulenta de asegurados y beneficiarios, todo ello de cara a la inexistencia de una preceptiva legal apropiada para poner freno a las indicadas conductas, no menos que a la poca eficaz actuación de los entes, cuando los hay, protectores de los intereses de los asegurados.

Por último, y todavía con referencia al panorama actual del Derecho de seguros, no debo pasar por alto una referencia, por breve que sea, al régimen legal operativo de las entidades aseguradoras, diseñado, como es lógico, en los términos tradicionales propios de la

- 
2. En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y
  3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

- 3 Directiva 2005/68/SE, de 16 de noviembre de 2005 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

generalidad de las sociedades mercantiles e incluso de algunas dotadas de impronta civilista o bien laboralista, como las mutualistas y las cooperativas.

Ahora bien, en razón del unánimemente admitido trasfondo mutualista de nuestro contrato, parece necesario reconocer lo inapropiado de algunas de dichas estructuras y tomar medidas para dotarlas de obligatorios mecanismos tutelares de los intereses propios de los asegurados, sin pretender, ni mucho menos, fines de beneficencia, pues tampoco sería correcto marginar los legítimos intereses de los socios o accionistas, en cuanto aportantes de capitales de riesgo y, por lo mismo, también merecedores de una adecuada protección.

## 2. HACIA UN NUEVO DERECHO DEL SEGURO

Es necesario, ante todo, discurrir sobre la conveniencia o no de incluir, en las legislaciones propias del seguro, la definición del contrato.

Como se apuntó, y es bien sabido, algunas importantes leyes reguladoras del contrato de seguro omiten definirlo; así la suiza, la francesa, la colombiana y algunas otras, al paso que las de la mayoría de los países consignan una definición del mismo.

También es igualmente sabido que definiciones legales como la de que se trata plantean ventajas no menos que inconvenientes, sin que sea el momento abonar una u otra postura, pues en verdad la presencia o ausencia de tal definición no ha sido fuente de dificultades o controversias dignas de mención.

En efecto, autorizadas voces proclaman que corresponde al juzgador, al influjo de la doctrina, elaborar conceptos como el que aquí nos ocupa, susceptibles, por supuesto, de modificarse en el curso del tiempo, con arreglo a las circunstancias, al influjo de las necesidades de los justiciables y, por supuesto, a las cambiantes necesidades de la práctica negocial. Muchas veces se ha expresado que tal es el caso de los países en los que opera el *common law* o derecho consuetudinario.

Frente a la postura anterior, igualmente respetables voces apuntan, por una parte, el peligro de la inexistencia de un concepto legal definitorio, ante los inagotables recursos, argucias y manipulaciones de los litigantes, no menos que de los tambaleantes criterios jurisprudenciales, frente a todo lo cual, claman las mismas voces, la definición legal constituye un firme pedestal de certeza.

Así las cosas, tal vez al nuevo Derecho del seguro corresponderá, simplemente, el consignar, con la mayor precisión posible, la situación jurídica de los otorgantes, los elementos fundamentales de este contrato, como lo son el riesgo, el interés asegurable, así como los principales derechos y obligaciones de ambas partes.

En cambio, parece por demás aconsejable la exigencia de que la póliza se erija como elemento de existencia del contrato, pues de otro modo la demostración de los pormenores del mismo en cuanto a coberturas, exclusiones y monto de la prima podrían ser de muy difícil demostración.

Aquí, una vez más, paréceme necesario el proponer que el nuevo Derecho de este contrato descansa en la exigencia de una profunda ética negocial de ambas partes, que, a semejanza de los códigos de ética en materia de seguro, ya vigentes en varios países, tal vez deberían formar parte de la nueva legislación, quizás instrumentados como anexos a la misma, a efecto de atribuirles carácter obligatorio, todo ello sin perjuicio, por supuesto, de las sanciones penales por infracciones punitivas a estas nuevas codificaciones.

Lo anterior permite traslucir el verdadero propósito de todo ello, cual es el de volver por los fueros de un contrato que, desde siempre, se catalogó como de *exquisita buena fe* (*ubérrima bona fide*), del cual en verdad ha dejado de ser merecedor desde hace muchos años. Sería tal vez adecuado, sin que falte quien lo considere fatuo y presuntuoso, el alegar también la presencia aquí del otrora alabado principio del imperativo categórico kantiano, igualmente arrojado hoy al olvido, no menos que la triple recomendación del legislador romano: no dañar a otro (*álderum non laedere*), vivir honradamente (*honeste vivere*), dar a cada quien lo que le corresponde (*sum cuique tribuere*).

En otras palabras, paréceme que el nuevo derecho de este contrato debería ser un paradigma deontológico del mismo, impregnado de ética jurídica, como únicas formas de abolir el desprestigio en el que ha caído y del cual no es merecedor. En resumen, debe estar inspirado en criterios de justicia, confianza y decencia merced al comportamiento responsable de ambas partes.

Tendencias tales fueron recogidas en la Directiva 93/13/CEE<sup>4</sup> del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, perfectamente aplicable a nuestro contrato. La importancia de este documento es fácilmente apreciable, a poco que se perciba su noble propósito tutelar de los intereses de la parte débil “en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”, atributos ambos aplicables a las entidades aseguradoras y a los asegurados.

Por supuesto, no me propongo detenerme a examinar detalladamente el contenido de dicha Directiva, por lo que me limitaré a expresar, resumidamente, algunos de los conceptos que considero más importantes, y que hasta ahora no se han recogido en las leyes reguladoras del contrato de seguro, pero que, a mi modo de ver han de ocupar un primerísimo lugar en el Futuro del Derecho de Seguros:

- Se califican de abusivas las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, en caso de que, más allá de la buena fe, ocasionen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en la inteligencia de que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir

4 Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993.

sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”, como ocurre en prácticamente todos los contratos de seguro (art. 3).

- El clausulado del contrato deberá redactarse siempre de forma clara y comprensible; en caso de duda sobre el sentido de una cláusula “prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor” (art. 5).
- Los Estados deberán proclamar que no serán obligatorias para el consumidor las cláusulas abusivas de que se trata, pero también dispondrán que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en la medida en que pueda subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6).
- Los Estados deberán tomar las medidas apropiadas, en interés de los consumidores, y adoptar medios adecuados cuanto eficaces para que se destierre el uso de las cláusulas abusivas de que se trata (art. 7).
- Entre muchas otras, se consideran cláusulas abusivas las siguientes:
  - a) La facultad al proveedor de rescindir el contrato discrecionalmente, no concedida al consumidor;
  - b) Imponer al consumidor cláusulas de las cuales no ha tenido conocimiento previo antes de la celebración del contrato.

Ahora bien, con especial referencia al seguro, el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, hoy Comité Económico y Social Europeo, aprobó, ulteriormente, el 29 de enero de 1998, con 77 votos a favor, tres abstenciones y lo que resulta significativo, ni un solo voto en contra, el conocido como Dictamen de Iniciativa sobre *Los consumidores en el mercado de los seguros*, documento al que no obstante su carencia, por ahora, de carácter vinculatorio, atribuyo una gran importancia, no sólo por su procedencia, sino también, y acaso más, porque tiene la andadura de una Directiva Europea, pues considero que gran parte de su contenido está llamado a formar parte del nuevo o futuro Derecho del seguro. Por tal razón, juzgo que no está fuera de lugar el examinar aquí algunas de las expresiones de tal documento<sup>5</sup>.

- Se apunta, por ejemplo, la existencia de prácticas en las empresas aseguradoras, supuestamente derivadas de imposiciones técnicas por parte de los reaseguradores internacionales, que implican perjuicio a los intereses y legítimas expectativas de los asegurados, en algunos casos con franca violación de disposiciones legales.
- El Comité admite que pretende incitar a los aseguradores a llevar adelante la elaboración de códigos de conducta y la institución de defensores del asegurado “que

5 Dictamen de Iniciativa sobre *Los consumidores en el mercado de los seguros*, del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, hoy Comité Económico y Social Europeo aprobado el 29 de enero de 1998.

*hagan más transparente su actividad y aumenten la confianza de los consumidores en los servicios prestados por las compañías de seguros”.*

- Se anuncia que muestra un alto grado de avance la preparación de una comunicación en la que se interpreta el concepto de **interés general** en el ámbito del seguro, como ya se hizo con relación a la banca en 1997.
- En cuanto a las entidades supervisoras, se las acusa de no mostrar en forma transparente los criterios que utilizan para verificar el respeto del principio de no discriminación.
- Como contratos de adhesión, las pólizas de seguro son paradigma de superioridad económica, unilateralidad e invariabilidad, lo que coloca al asegurado ante el dilema de “tomar o dejar”.
- Es lamentable la generalizada carencia de información precontractual a los tomadores de seguros, particularmente en los casos de la “publicidad intrusa”, que se da en forma telefónica, de “telemarketing”, televisiva o electrónica.
- Una grave variante del caso anterior es la configurada por la banca-seguro, cuyos inconvenientes, por cierto, han sido puestos de relieve por ENRIQUE JOSÉ QUINTANA durante su intervención en el II Congreso Nacional de Corredores de Seguros celebrado en Santiago de Chile en 1999<sup>6</sup>.
- La redacción de las pólizas suele ser inaccesible al común de los asegurados, en razón de la sempiterna existencia de cláusulas confusas, con un sello marcadamente técnico o jurídico, y aun contradictorias.

Aunque lo anterior no agota, ni con mucho, la nómina de observaciones consignadas en el dictamen de que se trata, aquí la suspendo, so pena de convertir estas notas en un fárrago.

Y con especial referencia a las entidades aseguradoras, igualmente resulta por demás recomendable que se constituyan y operen ajustadas al modernamente llamado gobierno corporativo, vale decir, a una estructura que yo podría calificar de democrática, principalmente en el seno de sus órganos directivos, que, como ya ocurre en varios países, obligatoriamente se integran con los calificados de consejeros o miembros independientes, esto es, no comprometidos en manera alguna con la mayoría de los integrantes de los propios órganos directivos ni con los socios o accionistas, pero con iguales derechos de expresión y de voto, aunque constituyan minoría.

El propósito de este gobierno corporativo es por demás claro. Se trata de incorporar, a los órganos de decisión, la voluntad y criterio de personas no comprometidas con los por demás explicables intereses económicos y corporativos de la mayoría y que,

6 II Congreso Nacional de Corredores de Seguros celebrado en Santiago de Chile en 1999, ponencia de ENRIQUE JOSÉ QUINTANA.

consecuentemente, estén colocados en un plano de imparcialidad, lo que debería permitirles expresar su opinión, examinar las propuestas de la mayoría y, tal vez, ubicarse sin compromisos en una óptica que los faculte para atender los legítimos intereses de los asegurados y de sus beneficiarios.

Pero además, y en el mismo orden de ideas, este gobierno corporativo plantea la necesidad de contratar seguros sobre la responsabilidad civil de los integrantes de dichos órganos de gobierno, en el entendido de que dicha responsabilidad puede asumirse frente a las propias entidades aseguradoras, pero igualmente frente a los consumidores de los servicios asegurativos de tales empresas.

Sin embargo, este gobierno corporativo no se agota con lo anterior, pues también plantea la exigencia de que los integrantes del órgano interno de vigilancia actúen igualmente con absoluta independencia de criterio, como para opinar libremente sobre las decisiones de los órganos supremo y de administración de las empresas, en este caso con la mira puesta en los intereses pecuniarios de los socios o accionistas, no menos que del Estado en su carácter de supervisor de las entidades aseguradoras, pero también de recaudador de los impuestos respectivos.

No está por demás el evocar aquí los casos que dieron lugar, en los Estados Unidos de América, a la configuración de tal esquema de gobierno corporativo. Se trata de las celeberrimas quiebras de las empresas Enron y WorldCom, que arrastraron a la ruina las economías de numerosos inversionistas y afectaron seriamente los intereses de importantes entidades financieras, todo ello propiciado, y tal vez causado, por increíblemente deliberadas conductas de los directivos de ambas empresas, que actuaron por encima de los intereses de sus clientes en operaciones que resultaron desastrosas y sin tener en cuenta opiniones minoritarias de sus accionistas y de los administradores.

Ahora bien, como el punto se relaciona de manera directa con el que considero que debe formar parte del nuevo Derecho del contrato de seguro, no debo pasar por alto el Dictamen sobre el Contrato de Seguro Europeo, elaborado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su 413º Pleno celebrado los días 15 y 16 de diciembre de 2004<sup>7</sup>, que culminó con la formulación de trece conclusiones y recomendaciones, que se transcriben a continuación:

- El seguro constituye en la actualidad un servicio esencial en las relaciones comerciales entre profesionales y entre éstos y los consumidores.
- Algunos de los principios fundamentales que regulan la celebración y la validez del contrato de seguro en general difieren de una a otra normativa jurídica de los Estados miembros de la UE.

---

7 Dictamen sobre el Contrato de Seguro Europeo, elaborado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su 413º Pleno celebrado los días 15 y 16 de diciembre de 2004.

- Esta circunstancia constituye uno de los obstáculos a la comercialización transfronteriza de este instrumento financiero y, por consiguiente, limita la realización del mercado interior en este ámbito.
- Una determinada armonización de la normativa preceptiva de la denominada «parte general» del Derecho de seguros puede contribuir decisivamente a la eliminación de una larga serie de obstáculos y dificultades a que se enfrentan las empresas aseguradoras, los corredores de seguros y los asegurados y tomadores de seguros, sean profesionales o consumidores, en la realización de operaciones transfronterizas de seguros.
- Este punto de vista lo comparten, sin excepción, todos los interesados que han sido consultados y oídos en esta materia.
- En cuanto al modo de realizar esta armonización, parece evidente que debe optarse por una aproximación gradual, con vistas a la adopción, en una primera fase, de un modelo de contrato de seguro facultativo, más vinculante en todos sus términos y elementos.
- En su preparación deberán tenerse en cuenta las propuestas de Directiva de la Comisión de 1979/1980, a la luz de las consideraciones y los análisis que sobre ellas han aportado varios interesados, representantes de la sociedad civil y de las entidades reguladoras de los Estados miembros, y debería tomarse también en consideración la evolución que entretanto ha experimentado el sector.
- El instrumento comunitario que debe utilizarse es el Reglamento, y su base jurídica el artículo 95 del Tratado.
- Basándose en las consideraciones expresadas en el presente Dictamen, el CESE insta a la Comisión a que vuelva a abrir el presente expediente e inicie los estudios de Derecho comparado y de las prácticas nacionales en el ámbito del contrato de seguro, a fin de confirmar la necesidad, la oportunidad y la posibilidad de proseguir con los trabajos orientados a la armonización del Derecho contractual de seguros a escala comunitaria.
- Dichos trabajos deberán tomar en cuenta los resultados ya alcanzados por los expertos académicos en esta materia.
- El CESE recomienda a la Comisión que los trabajos que se realicen se hagan públicos y sesometan a debate público, concretamente mediante un Libro Verde, base indispensable para la elaboración del instrumento comunitario que se considere más adecuado.
- El CESE es consciente de que únicamente con una decidida voluntad política por parte de los Estados miembros de incentivar esta iniciativa de armonización del Derecho contractual de seguros será posible llevar adelante esta importante contribución a la realización del mercado interior de servicios financieros.
- El CESE insta al Parlamento Europeo a que se asocie a esta iniciativa y que, renovando su apoyo al objetivo de una armonización de la normativa preceptiva de la parte

general del Derecho contractual de seguros, le confiera un adecuado grado de prioridad en su agenda política.

### 3. CONCLUSIONES

Por lo demás, y en concreta referencia a las cláusulas calificadas de abusivas, existentes en casi todas las pólizas de seguro del mundo, y tras de un elenco legal de las mismas, habrá de proclamarse su ineficacia, a cuyo efecto podría acudir al catálogo de dichas cláusulas, elaborado para surtir efectos en la UE, mediante tal Directiva.

Finalmente, y por manera que los microseguros han hecho su reciente aparición en la práctica de varias de sus manifestaciones, el nuevo Derecho del contrato de seguro debe preverlos, sin duda con la indicación de que están dirigidos a las pequeñas empresas o a la población menesterosa.

En otro orden de ideas, los legisladores de varios países han venido dictando regulaciones con las que pretenden combatir el fenómeno del lavado o blanqueo de dinero que, como es bien sabido, supone la canalización, hacia actividades no reprochables, de recursos que en cambio son de procedencia ilícita, de los cuales han venido siendo receptores los grupos financieros, entre ellos las entidades aseguradoras.

Mas en este caso también se han venido adoptando, en los códigos penales, dispositivos represores del empleo de estos recursos, mismos que, para efectos de este trabajo, se emplean en la contratación de pólizas de seguro por crecidas sumas aseguradas.

Aquí, por supuesto, las disposiciones legales habrán de consignar mecanismos operativos un tanto delicados, como lo son las más o menos explícitas facultades a los aseguradores para inquirir de sus clientes la comprobación de la procedencia de los recursos empleados para la contratación de las pólizas de seguro. Así, por ejemplo, los prospectos reportarán, por exigencia legal, el deber de informar la naturaleza de sus actividades, en su caso el número de trabajadores que les prestan servicios, el monto de sus ingresos y algunos otros datos reveladores de la procedencia de tales recursos.

Desde luego, en todo esto desempeñará un importantísimo papel la actividad de los agentes mediadores de seguros.

Algo de todo ello se advierte en las recomendaciones que el Comité Europeo de Seguros (CEA) ha formulado al llamado Grupo de los Veinte (G-20), con las que insta a los gobernantes para que reconozcan, mediante las adecuadas disposiciones legales, las diferencias entre el Seguro y la Banca, recomendaciones inspiradas, además, en la todavía reciente crisis financiera que gravitó en numerosos países.

He aquí las doce recomendaciones formuladas por el CEA<sup>8</sup>:

---

8 Recomendaciones que el Comité Europeo de Seguros (CEA) ha formulado al llamado Grupo de los Veinte (G-20)

1. Es fundamental una cooperación global en los ámbitos regulatorio y de supervisión. Esto garantizará una convergencia cada vez mayor en el ámbito de los servicios financieros y eliminará las lagunas jurídicas que existen en la actualidad.
2. Las entidades y actividades no reguladas que se encuentran en el origen de la crisis constituyen el problema clave al que es preciso dar respuesta. La respuesta reglamentaria debe dirigirse, en primer lugar y fundamentalmente, a cerrar las brechas jurídicas existentes, respondiendo también así al riesgo del arbitraje regulador.
3. Las actividades centrales del sector asegurador no generan tensiones sistémicas, por lo que no deberían ser consideradas como actividades con importancia sistémica. El limitado número de actividades no centrales que llevan a cabo las compañías aseguradoras y que pueden revestir importancia sistémica debería estar sujeto a una supervisión apropiada en el nivel institucional (microprudencial). En este sentido es crucial una regulación económica basada en el riesgo, como Solvencia II.
4. El sector asegurador debería no obstante contar con una representación adecuada en los foros en los que se debata sobre la estabilidad financiera. Las aseguradoras tienen capacidad tanto para absorber como para transmitir las tensiones sistémicas generadas desde otras partes del sistema financiero, por lo que deberían estar adecuadamente representadas en los organismos en los que se aborden los temas relacionados con el riesgo sistémico a fin de garantizar la presencia de expertos del sector de los seguros en los mismos.
5. No es posible responder de forma adecuada a los riesgos sistémicos imponiendo requisitos prudenciales adicionales sobre compañías que revistan una presunta importancia sistémica. En el nivel macroprudencial es necesario abordar el impacto agregado de las actividades, los mercados o los productos potencialmente importantes desde el punto de vista sistémico sobre la estabilidad del sistema financiero. La enumeración de compañías consideradas importantes desde el punto de vista sistémico presenta graves inconvenientes, pues podría obviar el efecto agregado de las instituciones no incluidas en dicha lista, incrementar el riesgo moral y provocar distorsiones en el mercado. Además, podría dar a las autoridades supervisoras una falsa sensación de confianza, lo que podría impedirles detectar cambios en los perfiles de riesgo de las empresas y en las tendencias del mercado que podrían dar lugar a riesgos sistémicos.
6. Sea cual sea la estructura de supervisión que se adopte para el sector asegurador, el modelo de negocio de este sector debe gozar de un reconocimiento adecuado y debe garantizarse la especialización pertinente por parte de la autoridad supervisora. En muchos países, la reacción de los gobiernos a la crisis parece traducirse en una reorganización de las estructuras de supervisión, pese a que hasta la fecha ninguna estructura haya demostrado su superioridad sobre el resto.
7. Debería evitarse una reacción que implique una regulación excesiva y una extrapolación inapropiada de la regulación que se está aplicando

en otros sectores. En el nivel microprudencial, en Europa, el nuevo régimen establecido por la directiva Solvencia II constituye un marco regulador adecuado y adaptado a las necesidades específicas del sector asegurador. Solvencia II incorpora ya algunos de los objetivos regulatorios generales de los recientes debates en el ámbito bancario conocidos como Basilea III (tales como el establecimiento de unos requerimientos de capital más elevados para las actividades de mayor riesgo o la instauración de la supervisión de grupos). La mera traslación de estas detalladas medidas de aplicación de Basilea III al sector asegurador impondría una solución para un problema inexistente y, en el mejor de los casos, sería ineficaz, pero en el peor de los casos resultaría costosa y perjudicial. En última instancia, una reacción regulatoria excesiva ejercería un impacto negativo sobre los consumidores y la economía, puesto que podría provocar un aumento del precio de los productos de seguros y haría que el sector perdiera atractivo de cara a los inversores.

8. **Las aseguradoras deberían ser objeto de una supervisión de grupo adecuada a escala consolidada por parte de un supervisor de grupo.** Esta medida debería incluir todos los riesgos que emergen de las entidades reguladas y no reguladas de un grupo. En el caso de los grupos de empresas sería necesario evaluar los riesgos globales, teniendo en cuenta tanto el modelo de negocio del sector de los seguros como el del sector bancario. El intercambio de información y la cooperación eficaz entre todas las autoridades de supervisión son fundamentales y deberían fomentarse a través de la creación de un colegio de supervisores, en el que habría que asignar claramente las responsabilidades de los supervisores de grupo y las de los supervisores de empresas individuales. En lo que respecta al sector asegurador europeo, este planteamiento ya se ha adoptado en el marco de Solvencia II.
9. **Los productos que presenten unos perfiles de riesgo similares deberían ser objeto de una regulación equivalente.** El hecho de contar con una regulación a medida que refleje las características específicas de los diferentes sectores no significa que los productos que presenten un perfil de riesgo similar deban ser objeto de un tratamiento distinto. Es necesario abordar las cuestiones relacionadas con el marco reglamentario aplicable a todos los sectores financieros; deberían garantizarse unos niveles de protección equivalentes para los consumidores a través de medios similares. Lo anterior reviste una importancia especial en lo tocante a los marcos reguladores de los proveedores de seguros y pensiones.
10. **La regulación contable debería reflejar la naturaleza del modelo de negocio del sector asegurador y ser congruente con dicho modelo.** La regulación contable que se aplique a las entidades aseguradoras debería reflejar la función central de la gestión del activo y el pasivo; asimismo, todas las normas aplicables a estas compañías deberían ser coherentes (por ejemplo, en cuanto a la presentación de estados financieros, capital-pasivo, etc.). Ambas condiciones son cruciales para garantizar que los estados financieros ofrezcan una información veraz sobre los riesgos, la situación financiera y la rentabilidad de las entidades aseguradoras de cara a los inversores y los asegurados.

11. Los debates sobre la tributación de los servicios financieros deberían reconocer los diferentes riesgos que plantean las distintas entidades financieras. Cualquier tipo de subvención de carácter transversal resulta inapropiada, pues recompensaría a las entidades con mayor riesgo en detrimento de las entidades que presentan un nivel de riesgo más bajo.
12. Debería tenerse en cuenta el efecto acumulativo de las medidas macroprudenciales y microprudenciales, así como de las medidas fiscales. Debido a la amplia variedad de las medidas debatidas, es necesario considerar exhaustivamente cualquier efecto acumulativo que pudiera perjudicar al sector y a su capacidad para proporcionar cobertura a consumidores y empresas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Códigos**

Código de Comercio español (Real Decreto de 22 de agosto de 1885), artículos 719 a 736.  
Código de Comercio colombiano, Art. 1053.

### **Directivas**

Directiva 2005/68/SE, de 16 de noviembre de 2005 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993.

### **Dictámenes**

Dictamen de Iniciativa sobre *Los consumidores en el mercado de los seguros*, del Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, hoy Comité Económico y Social Europeo aprobado el 29 de enero de 1998.

Dictamen sobre el Contrato de Seguro Europeo, elaborado por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su 413º Pleno celebrado los días 15 y 16 de diciembre de 2004.

### **Congresos**

II Congreso Nacional de Corredores de Seguros celebrado en Santiago de Chile en 1999, ponencia de Enrique José Quintana.

### **Recomendaciones (CEA)**

Recomendaciones que el Comité Europeo de Seguros (CEA) ha formulado al llamado Grupo de los Veinte (G-20).