

**EL SEGURO COMO MECANISMO DE
DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS:
EFICACIA Y ALTERNATIVAS**
*(La experiencia histórica del Derecho
marítimo)*

Cartagena, 9 de octubre 2014

PROFESOR DR. JUAN LUIS PULIDO BEGINES

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Cádiz

SUMARIO

- 1.- Evolución histórica de los diferentes mecanismos de distribución de riesgos.**
- 2.- Aparición del seguro como mecanismo de distribución de riesgos.**
- 3.- Valoración del seguro como mecanismo de distribución de riesgos:**
 - 3.1.- Eficiencia económica**
 - 3.2.- Eficiencia siniestral**
 - 3.3.- Solvencia**
 - 3.3.1.- El reaseguro
 - 3.3.2.- Los consorcios de compensación de seguros.
- 4.- Las alternativas actuales al seguro como mecanismo de distribución de riesgos: ¿son una alternativa los mecanismos públicos?**
- 5. El caso específico de las empresas de construcción: Proyecto de Ley de 2014**
- 6.- Recapitulación.**

Introducción: planteamiento del problema

- El seguro es una realidad histórica, que parte de una realidad clara: ***las personas y los bienes están sometidos a riesgos.***
- No siempre ha habido seguro, pero sí riesgos.
- Antes del seguro ha habido formas de conjurar esos riesgos que han sido desplazadas por la técnica actuarial.
- Es oportuno preguntarse ***¿cómo?*** y ***¿por qué?***
- No por un puro afán erudito, sino para comprender: ***la esencia del seguro como mecanismo de distribución de riesgos y sus virtudes o defectos frente a otros medios alternativos que en la realidad están surgiendo.***
- ¿Por qué el estudio se centra en el campo ***marítimo?***

1.- Evolución histórica de los diferentes mecanismos de distribución de riesgos

1. En la Antigüedad se diseñaron diversas instituciones destinadas a la distribución de los riesgos propios de los viajes marítimos.
 2. Las dos principales: la avería gruesa y el ***préstamo a la gruesa***.
 3. En la Edad Media, estas instituciones empiezan a ***coexistir*** con un fenómeno nuevo: el *seguro marítimo*.
 4. Desde finales del siglo XIX, el seguro marítimo sustituye al préstamo a la gruesa.
- **CONCLUSIÓN:** las formas de distribución de riesgos evolucionan y se van perfeccionando.

LA AVERÍA GRUESA

- Es una forma de mutualidad entre personas sometidas a los mismos riesgos.
- Similitudes entre las instituciones jurídico-marítimas hebreas medievales y las reglas aplicables al ***Derecho caravanero***.

Los conductores de burros operaban bajo el acuerdo consuetudinario de que si uno de los animales que componen la caravana muere o se pierde durante el trayecto, su pérdida había de repartirse entre los demás componentes de la expedición, que es algo semejante a lo que ocurre aplicando reglas sobre avería gruesa en el tráfico marítimo.
- Pasa al Derecho griego y romano. La conocemos a través del Digesto: ***Lex Rhodia de lactu***



EL PRÉSTAMO A LA GRUESA

- Origen babilónico. Por mediación fenicia pasó al Derecho rodio .
- En el ***Código de Hammurabi*** (2200 a.C.), Ley 237 (XLIII 38-55) encontramos algunos elementos que nos ayudan a trazar la evolución histórica del préstamo a la gruesa, concretamente, la regulación que contiene del ***tráfico caravanero***.
- Podía confiarse un capital a una persona que, embarcada en una caravana, adquiría el compromiso de devolver como mínimo el doble de esa suma confiada, tanto si del viaje se obtenían beneficios como si no, salvo que durante el mismo se produjeran robos o extorsiones, en cuyo caso no existía obligación de devolver el capital.

EL PRÉSTAMO A LA GRUESA

- Los griegos lo practican. Fuente: *discursos de Demóstenes*. El contrato aparece ligado a la importación del grano.
- Considerada desde antiguo como *antecedente del moderno seguro marítimo* o, al menos, la primera forma conocida para el *aseguramiento* de los riesgos náuticos .
- También medio de financiación y mecanismo para eludir la prohibición de la usura.
- Pasa al Derecho Romano: *foenus nauticum*. Lo encontramos en el Digesto.

EL PRÉSTAMO A LA GRUESA: estructura

- Un ***prestamista*** profesional (un mercader experto en comercio y navegación marítima, que aplica al negocio sus beneficios), radicado en Atenas, financiaba una determinada aventura marítima, designando un *sobrecargo* para que vaya a bordo durante su ejecución.
- La cantidad prestada quedaba garantizada con el buque y su carga.
- El ***prestatario*** un ***armador*** que generalmente viajaba con el buque, asumía la obligación de devolver el crédito con un tipo de interés muy alto (según Demóstenes oscila entre un 12'5% y un 30%, devengado no por año sino por viaje, según fuera de ida y vuelta o sólo de ida, y según los peligros corridos, la duración esperada del viaje y los riesgos asumidos), si el buque llegaba a su destino. ***Pero, y esto es importante, si por el contrario el buque o la carga se pierden, no hay obligación de devolver.***

2.- Aparición del seguro como mecanismo de distribución de riesgos.

- El seguro, tal como hoy lo conocemos, surge en la práctica comercial de las ciudades italianas del Mediterráneo.
- El documento más antiguo que se conserva es de Génova, fechado en 1336. Pero sin duda la práctica es anterior.
- No sustituye, repentinamente, a las prácticas anteriores, sino que durante siglos convive con ellas.
- Los primeros documentos evidencian formas primitivas y empíricas de seguro, que sucesivamente van a ser sustituidas por instrumentos más depurados y científicos.
- Precisamente es la progresiva perfección técnica del seguro la que va haciendo desaparecer, por desuso, al préstamo a la gruesa, del que debe considerarse un **“descendiente más evolucionado”**.

Caracteres propios e innovadores del seguro

1. Se estructura económicamente sobre el **principio de la mutualidad**, como manifestación de la solidaridad entre todos los sujetos sometidos al riesgo. El seguro se basa en la cobertura recíproca de múltiples economías individuales, afectadas por **los mismos riesgos**.
2. Opera a través de **formas contractuales o societarias**. Dirigidas a la constitución de un fondo común, integrado con aportaciones pecuniarias (primas o derramas), que buscan integrar un patrimonio solvente.
3. Se explota racionalmente conforme a **unos criterios técnicos y empresariales**. *Patrimonio gestionado de forma empresarial, de una manera propia y característica, por el llamado empresario asegurador; aplicación a esa gestión empresarial del patrimonio de principios estadísticos (ley de los grandes números),*

3.- Valoración del seguro como mecanismo de distribución de riesgos

3.1.- Eficiencia económica

3.2.- Eficiencia siniestral

3.3.- Solvencia

3.3.1.- El reaseguro

3.3.2.- Los consorcios de compensación de seguros.

4.- Las alternativas actuales al seguro como mecanismo de distribución de riesgos

- Los seguros son una de las fórmulas socioeconómicas conocidas como **técnicas de previsión**, caracterizadas por la constitución de un fondo pecuniario, destinado a hacer frente a las consecuencias de un eventual siniestro futuro.
- Todas ellas tiene un rasgo común: **el ahorro**: se acumula un capital actualmente disponible para constituir un fondo pecuniario.
- **¿Qué distingue al seguro de las otras?**
 - a) Esencialmente, en que **el riesgo no se transfiere a un tercero**: las personas que proporcionan el capital son sujetos sometidos a los mismos riesgos: idea de *mutualidad* característica del seguro.
 - b) En los otros sistemas **sí**: los medios económicos de que se dispone en caso de siniestro no los proporciona exclusivamente el propio “asegurado”, sino, sobre todo, otros sujetos.

¿Mecanismos alternativos de distribución de riesgos?

- Si no se da esa transferencia de riesgos, nos encontramos con una **fórmula estrictamente de sólo ahorro**, o, en otros términos, de **autoseguro**. Un instrumento mucho más tosco para combatir las consecuencias dañosas del azar, construido sobre la *acumulación personal, unilateral y anticipada de capital*, llevada a cabo por el propio interesado.
- Por eso *es preciso que el periodo de acumulación sea lo mayor posible*.
- Las técnicas de previsión sin transferencia de riesgos (por ejemplo, fondos fiduciarios) presentan la enorme **limitación** de que *sin una acumulación de capital previo las posibilidades de hacer frente al siniestro son limitadas*.

¿Cómo comparar, desde el punto de vista de la eficiencia económica, los diversos sistemas de previsión social?

- Hay que analizar **la *proporcionalidad*** entre el daño temido y el sacrificio económico que se hace para conjurarlo.
- En el seguro, dos factores promueven que esa proporción tienda a ser eficiente:
 - 1.- La estructura empresarial de las empresas de seguro.
 - 2.- La existencia de la técnica actuarial.

5. El caso específico de las empresas de construcción: el Proyecto de Ley de 2014

- Está en estudio una reforma del Derecho colombiano.
- Valorar sus efectos en el terreno jurídico- económico.
- En el Proyecto se barajan dos alternativas:
 1. El *seguro obligatorio*.
 2. Un *Fondo especial con finalidad de garantía*

Fondo especial con finalidad de garantía: efecto

- Supone la ***transferencia de los riesgos al Estado***. Aval del Estado: transferencia de riesgos entre ciudadanos que no comparten esos riesgos.
- El ***patrimonio que soporta el coste asociado al riesgo es el común***, de todos los ciudadanos. Opción macroeconómica posible pero: ¿razonable?
- “***Nada es gratis***”. Luis Garicano
<http://nadaesgratis.es/>

«La tarea de los economistas es convencer a los agentes sociales y a los gobernantes de que los Reyes Magos no existen» **Luis Ángel Rojo**

Inconvenientes ligados a un fondo público de previsión

- 1. No opera el mecanismo de disuasión de las conductas negligentes.** ¿Cómo se fijan las contribuciones? ¿Para todos igual?
- 2. Desaparece la función de evaluación y mitigación de riesgos** por los aseguradores, razón por la cual cabe esperar que los peores riesgos del mercado sean transferidos al Estado.
- 3. Puede implicar competencia desleal.** ¿Con qué criterio se fijan las contribuciones? ¿Debe competir con el sector asegurador? ¿Será un precio político? ¿La tasa de cotización será igual, superior o inferior a la tasa pura de riesgo?
- 4. ¿Cómo se gestiona? Burocracia estatal frente a gestión privada**

¿Fondo especial con finalidad de garantía?

- Podría haber TRES alternativas más eficientes:
 1. La creación de un ***consorcio específico de compensación de seguros***. Puede actuar con carácter subsidiario, como asegurador directo, en defecto de participación del mercado privado.
 2. Que el ejecutivo, al objeto de prevenir posibles ***lagunas del mercado***, participe en ese mercado con alguna de sus ***compañías públicas*** o con una nueva creada *ad hoc*, ***pero que opere con los mecanismos de la técnica actuarial*** que han probado su eficacia. (Ahora bien, en un régimen de *libre competencia*, con compañías profesionales, *esa lagunas son altamente improbables*, si nos atenemos a la experiencia histórica e internacional).

¿Fondo especial con finalidad de garantía?

3) Instaurar un *mecanismo de seguro mutuo*.

En este sistema, a la relación meramente contractual se superpone una relación societaria, de manera que el asegurado asume al mismo tiempo la condición de mutualista y de socio.

- Los clubes de P&I.
- Reparto de los riesgos marítimos entre P&I y compañías de seguro.

Pero: alternativa preferible

- Entre las alternativas propuestas, la que me parece preferible es un sistema que reúna la características siguientes:

1. Responsabilidad objetiva y limitada

2. Seguro obligatorio del constructor

3. Acción directa del perjudicado contra el constructor

RECAPITULACIÓN

- Las formas de distribución de riesgos evolucionan y se van perfeccionando.
- Los precedentes fueron sustituidos en la Baja edad media por mecanismos asegurativos que progresivamente desplazan las formas más primitivas. **Como en un proceso de selección natural, los animales más eficientes han sobrevivido y los que no han logrado adaptarse a las exigencias contemporáneas se han extinguido.**
- **¿Es el seguro el final de esta evolución?** Sin duda, aparecerán nuevas fórmulas que lo sustituirán, pero sólo si lo perfeccionan.
- Hoy día esos mecanismo ni se avistan. Pero **sí estructuras complementarias del seguro.**

RECAPITULACIÓN

- Creo que ***en la actualidad, las instituciones y la técnica del seguro privado siguen constituyendo la opción más fiable y eficiente para gestionar los riesgos inherentes a la vida social.***
- Ahora bien, debe tenerse en cuenta que *las técnicas de previsión social no son necesariamente excluyentes o incompatibles entre sí.*
- Puede ser razonable, oportuno y a veces hasta imprescindible utilizar varias de ellas a la vez para acumular los recursos financieros necesarios frente a las contingencias modernas (nuevos riesgos, biotecnología, mapa genético, etc.)
- Hoy en Europa se impone la necesidad, en ciertos campos, de acumular recursos financieros (previsión social complementaria). *Crisis del Estado del bienestar-Incremento de la actividad del seguro privado. **Función integradora de la actividad privada con la pública.....***

3.1.- Eficiencia económica: aquilatación de riesgos y primas.

- A. EL SEGURO COMO ESTRUCTURA DE NATURALEZA TÉCNICO-ECONÓMICA.

- B. EL SEGURO COMO MUTUALIDAD

EL SEGURO COMO ESTRUCTURA DE NATURALEZA TÉCNICO-ECONÓMICA

- Para que el seguro sea eficiente es necesario que su explotación se desarrolle mediante los adecuados *principios económico-empresariales* y aplicando *instrumentos científicos y técnicos*.
- Por ello, ***el seguro no puede existir más que en el seno de una empresa científicamente organizada.***
- Por medio de esas técnicas, las compañías de seguro *organizan la mutualidad de riesgos de los asegurados* y, mediante la aplicación de las Leyes de la Estadística (Ley de los Grandes Números y Cálculo de Probabilidades), determinan por anticipado la cadencia de siniestros y su coste medio.
- Se produce así un curioso fenómeno económico, que distingue al seguro respecto a otros elementos de vida económica: la ***inversión del ciclo de producción.***

EL SEGURO COMO MUTUALIDAD

- *“El seguro es mutualidad o no es seguro”* (OSWALD STEIN).
- La explotación mutualística es, además, ***la clave de la eficiencia económica del seguro.***
- ***La actividad aseguradora responde a procedimientos de cálculo de probabilidades que reducen el alea global, hasta hacerla desaparecer, aunque subsista el alea de cada concreto y específico contrato de seguro.***
- Pero ello no implica que el seguro sea un simple juego de azar.
- No es el azar la base de la actividad económica del seguro, sino ***la reciprocidad de las prestaciones*** (seguro como contrato). La característica privativa del seguro, ***la que lo distingue del resto de las instituciones de previsión,*** es que ***produce una distribución colectiva del riesgo.*** En términos económicos: *el seguro se concibe como cobertura recíproca de una necesidad económica eventual.*

Eficiencia económica: aquilatación de riesgos y primas

- En términos económicos, el seguro se concibe como *un mecanismo por medio del cual gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos, se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero.*
- El procedimiento de la mutualidad debe servirse de la técnica actuarial para alcanzar plenamente sus fines. Es preciso que por medio de esas técnicas se logre ***establecer la entidad del sacrificio económico que han de soportar quienes comparten el riesgo, y que esa cantidad sea “razonable”.***
- En palabras de PICARD/BESSON: ***“El seguro es una técnica, la técnica de la solidaridad por medio de la mutualidad”.*** Y es esa técnica la que permite ***evitar el azar y crear la seguridad colectiva*** que buscan los asegurados.

3.2.- Eficiencia siniestral: disuasión de conductas negligentes.

- Esta cuestión ha sido objeto de estudio y controversia.
- A mi juicio, la pura lógica determina que ***el mecanismo del seguro promueve la actuación diligente de los asegurados.***
 - 1.- ANTES DEL SEGURO: Porque los aseguradores llevan a cabo preventivamente una ***evaluación de los riesgos*** y fijan las ***primas*** en consecuencia.
 - 2.- DURANTE EL SEGURO: el historial de siniestros del asegurado repercute en las primas.
- Cumple así el seguro una de sus principales funciones sociales: ***la evaluación, catalogación y disuasión de los riesgos.***

3.3.- Solvencia: los consorcios de compensación de seguros; el reaseguro

- ¿Son siempre solventes las compañías de seguro? ¿Pueden hacer frente a todos los riesgos?
- Evidentemente, la respuesta no puede ser un sí tajante, pero tampoco un no contundente, sino más matizada.
- En cualquier caso, el mecanismo del seguro ha desarrollado ***mecanismos tendentes a garantizar la solvencia*** de las compañías: ***los consorcios de compensación de seguros y el reaseguro.***

El reaseguro

- Es un fenómeno universal que se desarrolla en un mercado global. Constituye una compleja operación económico-financiera, de base actuarial, que se emplea para redistribuir los riesgos de las compañías de seguro.
- De origen y absoluto predominio anglosajón, aunque está reconocido expresa o implícitamente en la mayoría de los Estados (arts. 1928-1931 *Codice civile* italiano, §209 *Versicherungsvertragsgesetz* 2007, art. 218.2 Código Marítimo de la República Popular China).
- No sólo marítimo, aunque como el mismo seguro nació en el mar: necesidad de acuerdos de cobertura para hacer frente a grandes riesgos.

El reaseguro

- Es incuestionable la importancia práctica de esta institución como actividad económica organizada, en el marco del conjunto de la industria aseguradora privada. Porque el reaseguro es un instrumento económico y una institución de grave trascendencia macroeconómica, pues expande verticalmente las posibilidades operativas del seguro.
- Con ella se consiguen tres grandes logros:
 1. Disminuir el riesgo, mediante su distribución.
 2. Homogeneizar los riesgos, compensando los captados entre ramos diferentes y diversos países.
 3. Atenuar la aleatoriedad.

Los consorcios de compensación de seguros.

- Una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.
- En su actividad la entidad está sujeta al ordenamiento jurídico privado: ha de someterse en su actuación, al igual que el resto de las entidades de seguros privadas, a la *Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, y a la *Ley de Contrato de Seguro*.
- Funciones **aseguradoras** y no aseguradoras. Respecto de las primeras cabe destacar su **carácter subsidiario**, siendo su actuación, por lo general, la de un asegurador directo, en defecto de participación del mercado privado, y también la propia de un **fondo de garantía**, cuando se dan determinadas circunstancias de *falta de seguro, insolvencia del asegurador*, etc.