



**Asociación Internacional de Derecho de Seguros
Sección Uruguay**

**XII JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS
25 Y 26 DE ABRIL DE 2013**

MESA INTERNACIONAL. “APLICACIÓN DE LAS LEYES DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR AL CONTRATO DE SEGUROS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SEGUROS URUGUAYO.

EXPOSITOR: DRA. ANGELICA CARLINI - BRASIL

Dr. Antonio Rabosto. Vamos a continuar con el tema sobre aplicación de las leyes de Protección al Consumidor al Contrato de Seguros en el Derecho Comparado y en el Anteproyecto de Ley de Seguros Uruguayo. Le toca el turno ahora a la estimada amiga, Profesora Doctora Angélica Carlini que ha venido desde Brasil, les cuento que tiene varios títulos como dijo Marcio, has estudiado de todo un poco, tiene razón. Es Magíster en Derecho Contemporáneo y Derecho Civil, Doctora en Educación, Doctora en Derecho Político y Económico; Docente de la Universidad Paulista y Directora Cultural de AIDA BRASIL. Bienvenida Doctora Angélica.

Dra. Angélica Carlini.

Buenas tardes a todos y todas, en mi país este es un tratamiento muy importante porque marca que nos tratamos todos, hombres y mujeres de la misma forma. Yo quiero agradecer la invitación que me hizo Andrea y por los hermanos de AIDA URUGUAY para que yo pueda volver una vez más y estar con ustedes y cambiar reflexiones, hecho con mucho cariño porque tengo una gran satisfacción cuando puedo estar con aquellos que trabajan con las mismas cosas que nosotros. Yo me atrevo a hablar en el idioma oficial de Latinoamérica: portugués.

Pero ustedes tienen un problema porque me gusta hablar español, no lo sé pero me gusta... entonces cuando tengo la oportunidad me pongo a hablar y ustedes saben perdonar, como también perdonan nuestras pocas ideas, pero construidas con mucha seriedad porque es un momento especial para todos nosotros de Latinoamérica.

Mi exposición se resume a Brasil, quiero dar una fotografía de nuestro momento en Brasil porque es muy próximo a ustedes y ciertamente tenemos muchas ideas semejantes que podemos intercambiar.

El derecho brasileño cambió mucho después de la dictadura militar de 1985, la Constitución de 1988 del gobierno democrático amplió el derecho público y él se acercó al derecho privado.

En Brasil esto no era posible antes de ese año, teníamos un derecho privado totalmente apartado del derecho público, hoy eso no ocurre más.

Ya no tenemos el derecho privado, su individualismo, su protección de la propiedad privada, como los objetivos principales de la ley. Hoy tenemos un derecho plural que tiene una fuerte participación de los jueces en la interpretación y participación de las leyes.

Estamos en un fenómeno que llamamos de neo constitucionalismo. Al mismo tiempo, neo constitucionalismo practicado por jueces y denominamos el fenómeno como de activismo judicial.

Ustedes hablaban de Argentina, todo nos aproxima, nuestros jueces piensan hoy que tienen la función de decir todo en el derecho, como si las leyes no fueran tan importantes.

Neo constitucionalismo significa que los principios del derecho constitucional se deben aplicar a todas las relaciones sociales, incluso si están reguladas por una ley especial como la de seguros o la del consumidor.

Los principios constitucionales de mayor importancia en Brasil son la protección de la dignidad humana y la protección de la ciudadanía; pero en Brasil la ciudadanía no significa solamente nacer en el territorio, tener una nacionalidad, significa tener un conjunto de derechos propios del territorio y lo más importante es comprender el principio de la dignidad humana, pero este principio para aquellos más pobres, aquellos que todos los días ven negados los principios sociales, ¿cómo se puede aplicar a nosotros consumidores electro electrónicos? Es un principio entonces que debe ser gradual, que debe ser aplicado pero cómo encontrar las posibilidades de aplicación en un mundo con tantas razones judiciales como tenemos en Brasil.

Neo constitucionalismo es, en resumen, el imperio de la Constitución sobre todas las demás leyes. Esas leyes serán válidas pero siempre interpretadas por los Jueces en base a la Constitución, siempre en beneficio de los ciudadanos.

Esta es la preponderancia de la ley mayor, el verdadero sentido de un estado democrático de derecho. Aquí es donde las personas son protegidas íntegramente.

Los derechos humanos y la Constitución se convierten en las principales fuentes de derecho en Brasil en la actualidad y, ¿por qué en la actualidad si nuestra Constitución es de 1988? Porque solamente ahora tenemos una generación de Jueces formados en la Constitución de 1988. Solamente ahora, veinticinco años después tenemos una generación que trabaja con derecho, que estudió con derecho, solamente en la perspectiva de nuestra Constitución.

Si tenemos esos principios de la Constitución, si tenemos leyes especiales, como el Código de Defensa del Consumidor y el Código Civil, ¿cómo debemos hacer para que estas puedan convivir?

Fue entonces que empezamos a estudiar en Brasil una propuesta que nació en Alemania, que nos enseña que los derechos humanos, los derechos fundamentales, leyes y códigos, todas esas fuentes no revocan a la otra, por el contrario, se hablan entre sí y los Jueces están para coordinar estas fuentes. Esta es una bellísima definición, sobre lo que ustedes hablaron esta mañana.

Nuestra queridísima Profesora Claudia Lima Márques, nos enseña que el diálogo de las fuentes es un método de la nueva teoría general del derecho, que puede ser utilizado en todos los ramos del derecho, privado o público, nacional o extranjero. El diálogo de las fuentes es la aplicación conjunta de todas las leyes al mismo tiempo y al mismo caso, para que se tenga una solución abierta y flexible. Esto para que se tome en cuenta la complejidad de la vida en el siglo veintiuno.

No es la forma a la que estamos acostumbrados nosotros abogados o juristas, nosotros estamos acostumbrados a trabajar con la antinomia. Una ley no se puede aplicar con otra, si aplico una la otra se aparta. Los tiempos contemporáneos son llamados por los sociólogos como ultra complejos, una sociedad ultra compleja exige de nosotros mucho más que apartar una ley y tomar otra.

Entonces, qué tenemos en Brasil para interpretar el Contrato de Seguros, el diálogo del Código de Defensa del Consumidor con el Código Civil y la Constitución Federal, las decisiones de los jueces pueden contener fundamentos de esas tres leyes en conjunto, de la Constitución Federal, en los contratos de seguros se tiene que respetar los derechos de las personas y su integridad y por eso quien firma un contrato de seguro puede esperar que el asegurador sea correcto con los principios fundamentales de la Constitución. Si no lo hace, deberá responder por daños morales que en Brasil no tiene, en principio responder por daños punitivos.

En algunos casos los jueces entienden que sí, dado el incumplimiento contractual promovido por el actor por ser un contrato de adhesión.

Hay que pensar en lo que se dice mucho acá, que la operación de seguro no es un contrato, es una operación compleja que se materializa en un contrato pero no nace de un contrato, nace de la operación necesaria para establecer el fondo común. La aseguradora es la gestora de éste y la responsable de su formación porque es necesario que los riesgos sean semejantes, de lo contrario será como ya se dijo aquí, la ley de grandes números es la que dará cuenta de la solvencia de la aseguradora.

Aquí también se dijo hoy que la operación de seguros es fruto de una realidad, por lo tanto no puede ser una operación de riesgo, esto es necesario que sea comprendido por la sociedad, porque nuestro asegurado firma el contrato, tiene apenas un papel que dice su nombre y el de su asegurador. Nada está escrito para que él comprenda que allí se traduce la formación del fondo. Nunca nos preocupamos en decir a nuestro asegurado que cuando firma el contrato, está ingresando en un club a una comunidad, nunca nos preocupamos de decirle que trae derechos relativos a esa comunidad.

Es más una comunidad que se forma a partir de una técnica extremadamente perfecta, que exige múltiples y diversificados conocimientos. Esto es necesario para que haya la formación y la solvencia del fondo común. Lo más importante es la mutualidad del seguro y la mutualidad no aparece en nuestros contratos.

La protección y defensa del consumidor en el derecho de seguros pasa fundamentalmente por el deber de información, buena fe, voluntad, eficacia en las comunicaciones y armonía. La armonía se justifica por lo que tenemos establecido en el artículo 51 de nuestro Código del Consumidor que establece que cualquiera de las partes no es el objetivo del contrato porque tenemos en la Constitución Federal el principio de la libertad de iniciativa y la libertad de competencia.

Si las empresas pueden operar libremente, es necesario que al mismo tiempo que se protege al consumidor, también se haga en relación a la actividad empresarial. Eso es lo que constituye la armonía entre las relaciones; pero esta armonía se da entre quien puede más o quien puede menos.

Quien puede más es la aseguradora y es quien debe educar al consumidor para que se comprenda la mutualidad.

El deber de información no hay duda, en Brasil se entiende necesario que el proveedor debe proporcionar las informaciones correctas y que garantice que el consumidor comprendió correctamente.

Esto es muy difícil, ¿cómo se puede garantizar la comprensión? No se puede decir ahora firme acá que usted comprendió. Esto sería una ofensa al principio de la dignidad porque la persona puede decir: me están llamando idiota porque piensan que no entendí. ¿Cómo se prueba que otro comprendió? Las pólizas se escriben técnicamente, son escritas de una forma eminentemente técnica y eso es una exigencia del asegurador.

La Superintendencia de Seguros Privados de Brasil, pide que se cumpla una carga de disposiciones que ella nos coloca. Marcio habló sobre ello esta mañana.

No es una motivación de la SUSEP modificar la terminología empleada en las pólizas o fomentar que los aseguradores elaboren los contratos de una forma más sencilla.

Esto es un problema en Brasil, porque al contrario de Argentina y de Uruguay, nosotros tenemos una importante cantidad de población que no es siquiera bien alfabetizada. Un país con doscientos millones de habitantes, con regiones que son tan diferentes que parecen otros países. Nosotros que vivimos en San Pablo o Río de Janeiro, muchas veces cuando vamos a Amazonas o Pará, imaginamos que

estamos en otro país. No sabemos lo que pedir para comer porque no conocemos lo que utilizan. Tampoco hay la misma calidad de educación.

Tenemos un largo problema con esto. La falta de comprensión de los contratos es un problema que tenemos en las pólizas y entonces piensan que tienen más derechos de los que tienen, porque nadie que no comprenda va a pensar que tiene menos.

Yo, por ejemplo, pienso que hablo bien español.

Los consumidores no creen que hay exclusiones y piensan que todo está cubierto por el contrato de seguro.

A propósito, en mi país no se conoce ningún caso de un preso que haya sido culpable, todos están presos injustamente. Y todos los asegurados, no conozco ninguno, va a reconocer que ha provocado la agravación de un riesgo. No hay.

Siempre piensan que puede ser más de lo que realmente permite el contrato de seguro. En consecuencia tenemos conflictos que terminan en el Poder Judicial y van al Poder Judicial cuando hay que aplicar esas tres leyes que les he dicho.

Muchos conflictos terminan obligando al asegurador a pagar daños morales, como consecuencia de la mala interpretación de las pólizas. Nuestros Tribunales dicen que si el contrato no está claro y hay un juicio, una demora para pagar la indemnización, entonces deben pagar también daños morales.

Eso crea inseguridad jurídica que no es buena ni para los consumidores ni para la industria de seguros en Brasil.

Otro problema son las cláusulas restrictivas del contrato de seguro. Son cláusulas esenciales para el equilibrio de la mutualidad, son cláusulas válidas en nuestro Código del Consumidor, el artículo 54 lo permite, los contratos de adhesión pueden tener cláusulas restrictivas. Pero los jueces no lo entienden porque los casos que llegan a ellos son tratados como casos individuales. No se lleva al juicio la comprensión del derecho a la comunidad.

Hay grandes perjuicios contra esas cláusulas en los contratos y la resolución es siempre favorable al consumidor, lo que demuestra que los contratos de seguros siguen siendo desconocidos para el consumidor brasileño que no entiende una cláusula de restricción de derechos casi siempre interpretan como que es negativa, solamente podrán comprender la función de la cláusula administrativa si pudieran entender la mutualidad, si no, no.

La experiencia de Brasil entonces es que tenemos una ley de protección al consumidor que es muy buena. Cuando yo soy consumidora de electrodomésticos, de automotores, cuando viajo, con agencias, me siendo protegida por esa ley.

Pero la protección en el derecho del seguro no ha sido buena. Ha ocurrido una protección excesiva, como se da también en Argentina. Esto no es bueno para construir una sociedad mejor, es un problema sociológico.

Perdimos mucho tiempo de una dictadura militar extremadamente sangrienta y negativa, mucho tiempo sin ciudadanía, ahora pensamos que tenemos derechos, pero no es verdad. Es madura una sociedad en la que nosotros tenemos derechos y también deberes.

Norberto Bovio poco antes de morir, decía que había escrito un libro que le gustaba mucho: la era de los derechos, pero le faltó escribir la era de los deberes y él se lamentaba de no haberlo hecho.

En Brasil tenemos una sociedad a la que le falta naturalidad para comprender su condición de tal, es verdad que tenemos un programa que se llama Gran Hermano, es un reality show. Las personas hacen llamadas para votar y llegaron a tres millones, cuando tenemos reclamar por un Diputado o un Senador, no tenemos ni veinte llamadas.

Esto me da la medida de cuanto nuestra sociedad no ha madurado, no piensan en lo colectivo, el seguro es colectivo. Si no se piensa en el colectivo en la sociedad política, cómo se puede pensar en un contrato.

Cuando se tiene protección excesiva los asegurados no piensan en sus deberes en cualquier modalidad. Lo digo como un mantra indú, hace unos cuantos años que lo vengo diciendo: es necesario educar a los asegurados para que comprendan la importancia de una mutualidad y que deben respetarla. Nadie lo hace, solamente los aseguradores y los corredores de seguros. No hay otra solución que explicar, explicar y explicar millones de veces a nuestros asegurados lo que ellos han contratado.

El otro problema que nuestro Código de Defensa del Consumidor nos presentó fue la inversión de la carga de la prueba. El proveedor tiene que demostrar que no hizo lo que fue denunciado. El consumidor sólo afirma y no necesita demostrar.

En los contratos de seguro la aplicación de ese principio es muy difícil porque explicar el deber de buena fe, tengo que probarlo. Muchas veces va a depender de las características del caso concreto. Los aseguradores cuando se enteran del siniestro ya no tienen nada más para producir prueba pericial. Entonces cómo se puede invertir la carga de la prueba, esto es muy bueno cuando se trata de comprar un celular, no funciona, voy y digo que no funciona, déme este otro. No tengo que probar que el celular no funciona ni por qué no funciona. Esto no consigo por ejemplo encontrar el botón de on o de off. Esto es muy bueno para este tipo de productos. Pero no en el contrato de seguro porque no tenemos condiciones naturales para producir esta prueba.

Nuestra ley de seguros es de 1966 para un país que vivió todas las mudanzas históricas, políticas y sociales que vivió Brasil en los últimos cincuenta años. El Código Civil tiene cuarenta y cinco artículos sobre el contrato de seguros pero no es suficiente por la complejidad de los contratos en el mundo actual.

Tenemos hoy un proyecto de ley en el Parlamento pero hay muchas dudas sobre los aciertos y errores (horrores) del proyecto. Somos muy pasionales, futbolísticos, la ley está dividida en los que están a favor y los que están en contra. Muchos de los que están a favor, no lo dicen, los en contra tampoco.

No hay un debate maduro, no piensen que me gusta hablar de esta forma, es una vergüenza para nosotros; pero pienso que si hablo como un chiste me duele menos.

Lo que nosotros ya sabemos es que cuando sea aprobado el proyecto si fuera aprobado, tendrá que dialogar con la ley de defensa del consumidor, que lleva más de veinte años siendo aplicada, por la Constitución que este año lleva veinticinco años de ser aplicada y con los principios del Código Civil que tiene doce años de aplicación. Lo que será esta ley, ¿abrirá un espacio en todo lo que está en contra y que está consagrado en la aplicación de la interpretación de los jueces? En Brasil tenemos una modalidad de ley que se llama de resfriado, gripe, porque la ley pega o no pega.

Lo peor es que tengamos la aprobación del proyecto y que sea una ley que no pegue; entonces la tenemos en el papel pero no en la aplicación de los jueces.

Yo pienso que necesitamos una ley especial para los contratos de seguros debido a su especificidad, pero tendremos muchas dificultades para la implementación.

Esta ley no podrá bajo ninguna hipótesis sobreponerse a los principios constitucionales y tampoco chocar con la protección de los consumidores porque esta es ahora la ley más importante del país.

Una ley especial sobre el contrato de seguros debe tener un equilibrio entre la protección del consumidor y de la mutualidad. Esto no sé cómo se hará.

Nuestro país tiene un derecho consuetudinario más fuerte, esto es otro fenómeno.

Las decisiones de los Tribunales brasileños se utilizan como base para futuras decisiones y la jurisprudencia es de gran importancia. Es extraño y complejo porque nosotros tenemos una protección escrita pero usamos la tendencia. Los Tribunales Superiores son el lugar principal donde se interpreta la ley y sus decisiones son seguidas por jueces singulares. Nuestras sesiones de Corte Mayor son transmitidas en vivo por la televisión y podemos seguirlas. Esto da a los juicios una tendencia teatral magnífica...arriba de la ola... los cabellos hacia atrás...la hora de los actores... es bueno porque el pueblo puede ver cómo trabajan, al contrario de nosotros que lo hacemos diariamente en los Tribunales. No es bueno desde el punto de vista común la voluntad de aparecer. La tendencia de ser un país así no es buena porque sustrae a cada Juez a la adaptación de juzgar de acuerdo con un precedente. Esa tendencia puede perjudicar los contratos de adhesión y sus condiciones.

En Brasil tenemos que hacer una tarea muy importante: redactar los contratos de seguros más familiares a los consumidores. Una mayor facilidad de comprensión de sus disposiciones. Esta es una función de la industria del seguro. Si le gusta hacerlo bien, si no le gusta lo tendrá que hacer igual.

Es mejor que le guste porque lo hará feliz.

Esto no se logra con una ley especial, pero se logra con trabajo a cargo de las compañías de seguros y corredores de seguros. Trabajar con la sociedad de una manera más constante y pedagógica, de una manera didáctica.

Tenemos que estudiar más, en Brasil estudiamos poco, buscar, investigar más, cambiar nuestras pólizas de seguros y nuestro sistema normativa estatal y nuestra forma de distribución de seguros. Nuestra regulación es del tiempo de la dictadura, tenemos una Superintendencia para el sector de seguros privados, cuando en otros sectores, tan o más importantes, tenemos un modelo de agencias.

Estas son mejores porque hablan más con la gente, traen a la sociedad civil al debate. La Superintendencia no hace eso.

Tenemos que hacer que el sistema de seguros sea más moderno y eficiente, sólo entonces podremos pensar en tener una ley especial que pueda dialogar con la Constitución, el Código Civil y la Ley de Defensa del Consumidor, sin crear mayores problemas a la sociedad brasileña. Esa es mi opinión.

Quiero terminar diciéndoles que espero que ese horizonte que se puede ver sea un horizonte más claro para todos. Ustedes en Uruguay comienzan a trabajar en la ley de seguros, que tengan un horizonte abierto, un horizonte feliz, un horizonte con mejores sueños. Pedro nosotros en Brasil que aún no contamos con la ley de seguros, podremos encontrar una salvación que nos proteja.

No vamos a ganar la copa del mundo, ustedes tampoco.

Muchas gracias...

Aplausos....

35:13