

EL CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA Y LA CLAUSULA DE SUBROGACION

(Estudio de Derecho comparado)

¿Puede ser también usado en los contratos de seguro sobre los riesgos de la vida de las personas el procedimiento de subrogación legal, esto es, la sustitución de la persona del asegurado por la del asegurador en la acción de indemnización contra el tercero responsable por el daño?

El Código de comercio brasileño de 1850, que regula los seguros marítimos (navíos, haciendas, mercaderías, cosas en general), establece expresamente en el art. 728 lo siguiente a propósito de las acciones que competen al asegurador contra el tercero responsable del siniestro:

“Pagando el asegurador un daño acontecido a cosa asegurada, quedará subrogado en todos los derechos y acciones que al asegurado correspondiesen contra terceros”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo brasileño no pone en duda la validez del precepto (*Revista de Direito*, vols. 76, 83, 110), considerándola como una verdadera subrogación legal, de pleno derecho, sin necesidad de una transferencia expresa de los mismos derechos y acciones; exigiéndose apenas del asegurador, para la admisión de la acción de reembolso, la prueba del recibo del pago de la indemnización, pues sin pago no hay subrogación.

El Código de comercio belga de 1874, al regular, por su parte, los seguros terrestres, consagró también este nuevo caso de subrogación legal y, de acuerdo con su concepción de que toda y cualquier especie de seguro es de naturaleza indemnizativa, extendió (art. 1) a los seguros de cosas y de personas la aplicación del art. 22: “El asegurador que pagó el daño se subroga en todos los derechos del asegurado contra el tercero por transferencia de ese daño”.

Con todo, esta disposición no tuvo eficacia en cuanto al seguro de

vida, ya que la jurisprudencia, considerando el seguro de personas como de carácter no indemnizativo, se negó a aplicarlo.

Después de cincuenta años de vigencia del Código, W. V. Eeckhout, profesor de derecho de seguros, y entonces asesor jurídico de la **General Accident, Fire and Life Ltd.** de Bruselas, escribió como comentario a la Ley :

“La razón de ser de la subrogación indica por sí misma que no tiene lugar sino en los seguros de cosas, esto es, en los seguros de daños, en que el asegurado indemnizado de cualquier perjuicio es sustituido en sus derechos y acciones; en este caso, los seguros de personas, que son seguros de sumas, excluyen la noción de indemnización. He aquí porqué la jurisprudencia niega al asegurador de personas el derecho al recurso subrogatorio”. (*Le Droit des Assurances Terrestres*, 1928).

El antiguo Código de comercio italiano de 1882, hoy derogado, que reglamentaba los seguros terrestres, también adoptaba la institución de la subrogación legal (art. 438), pero, a semejanza de su contemporáneo, el Código de comercio portugués de 1888 (art. 441), la restringía a los seguros de cosas, ya que, al contrario de lo pretendido por algunos mercantilistas, fué así como lo entendieron firmemente la Corte de Casación, la Corte de Apelación de Roma y otros tribunales. (*Rivista di diritto Commerciale*, 1906, II, 1907, II, 1909, II).

Vivante, que distingue igualmente los seguros terrestres a base de la dicotomía fundamental (personas y cosas) en seguros de cosas, que tienen por fin el resarcimiento de un daño, y el de personas, que tienen por objeto el pago de una suma fijada de antemano en proporción al premio, solamente admite una subrogación personal y legal del asegurador en los derechos del asegurado, como consecuencia natural del pago de la indemnización, y esto porque :

“El asegurado que fué indemnizado de un daño no tiene por que actuar contra el culpable, una vez que no tiene ningún interés que hacer valer con él. Si pudiese al mismo tiempo recibir la suma asegurada y reclamar la reparación del culpable del mismo daño, sería indemnizado dos veces y el seguro le proporcionaría un lucro indebido. Por otra parte, el tercero que produjo el daño quedaría sin sanción, si no tuviese que responder por el mismo ante el asegurador que sustituyó al asegurado”. (*Trattato di Diritto commerciale*, IV, 5a. ed. 1928).

Estos son los fundamentos jurídicos que naturalmente indujeron también a la Administración pública brasileña, al reglamentar esa nueva especie de seguro de responsabilidad —seguro de fidelidad funcional (Decreto No. 8.738-42, Art. 9, inciso XI)—, que los alemanes llaman, con precisión técnica, **seguro de infidelidad** (Wipf, *Veruntreugungsversicherung*, 1938), a prescribir expresamente que el asegurador, institución oficial, satisfecho del pago, quedará subrogado en todos los derechos y acciones que cupieren a la Unión, tercero beneficiario, hasta el límite de la indemnización pagada, independientemente de cualquier formalidad.

El nuevo Código civil italiano de 1942, elaborado sobre la mencionada división científica de los seguros terrestres en seguros de personas y seguros de cosas, estatuye en el art. 1,916 que el asegurador que pagó la indemnización se subroga, hasta el importe de la misma, en los derechos del asegurado contra el tercero responsable, y en el inciso III extiende este precepto del seguro de daños tan solo a los seguros de accidentes del trabajo y a los seguros de accidentes corporales, por atribuirles un carácter indemnizatorio: en el título dedicado al seguro de vida no hay ninguna referencia a cláusula subrogatoria.

En uno de los comentarios más autorizados al nuevo código, la interpretación del referido art. 1,916 es terminante:

“El derecho de subrogación está excluido totalmente en el seguro sobre la vida, en el cual la determinación de la suma debida por el asegurador no tiene ninguna relación con el importe de una daño determinado”. (Scialoja, Branca e Salandra, *Comentario del Codice Civile*, 1948).

La ley francesa de 1930 sobre el contrato de seguro, fundada también sobre la dicotomía personas y cosas, consagra igualmente la cláusula subrogatoria, pero limitándola al seguro de daños (art. 36) y, a través de la norma imperativa del art. 55, en el título sobre los seguros de personas, llega a prohibir que se haga uso de la subrogación convencional, tras un pago de suma asegurada, entre el asegurado y el asegurador.

La taxativa prohibición legal, que no admite el funcionamiento del recurso subrogatorio en provecho del asegurador de cualquier seguro sobre la vida, es apoyada firmemente por los tratadistas como, por ejemplo, Picard y Besson:

“El precepto se aplica incontestablemente a los seguros de

cosas, siempre que un tercero es responsable de un daño, poniendo en riesgo la garantía del asegurador, con excepción, sin embargo, de los seguros de personas, en los cuales todo recurso del asegurador contra el tercero culpado está prohibido". (*Les Assurances Terrestres en Droit Francais*, 1950).

Esta singular prohibición de orden público, si bien anteriormente estaba incrustada de forma explícita en los tan bien contruidos ordenamientos legislativos suizo (art. 96) y chino (art. 58) e implícitamente en el alemán (art. 67), y que, actualmente, de una forma u otra, domina otras leyes modernas (rumana, art. 78; checa, art. 62; egipcia, art. 765), es, en el Derecho francés sobre todo, la coronación de una intensa elaboración jurisprudencial que terminó por imprimir también allí la acuñación de la distinción entre seguro de personas y seguro de cosas, y que se inició con el famoso arrét de principe de la Corte de Casación de 6 de enero de 1941 (*Recueil des Assurances*, 1951).

Honra la memoria de Capitant, ese admirable jurisconsulto, que, a semejanza de Ehrenberg y Vivante, supo hace ya muchos años formular varias de las sutilezas cartesianas del seguro de personas:

"Los terceros no pueden sostener que el pago de la suma pagada por el asegurador tiene en ningún tiempo el caracter de una indemnización y que repara el perjuicio causado por su culpa. El asegurado tiene siempre el derecho de replicarles que esta suma es pagada en virtud de un contrato de seguro y que es, en tal calidad, equivalente a los premios por él desembolsados... La falta cometida por el tercero no modifica en nada las previsiones o condiciones del contrato de seguro; por el contrario, es el recurso del asegurador contra el tercero lo que transformaría el contrato despojándolo de su verdadero carácter. Resulta, por tanto, de la propia naturaleza del contrato de seguro de personas, que sus efectos no pueden actuar contra los terceros". (*De recours soit de l'assureur, soit de l'assuré contre le tiers qui, par sa faute, a amené la réalisation du risque prévu au contrat d'assurance*, R. T. D. C., 1906).

Ahora, en el Derecho positivo brasileño, con excepción del art. 728 (subrogación personal) del Código de comercio, y del art. 9, inciso XI (subrogación personal) del reglamento sobre el seguro de infidelidad funcional, y del art. 1,463, párrafo único (subrogación real) del Código civil, no existe norma de subrogación legal, y personal,

respecto de los seguros terrestres de cosas y, mucho menos, del seguro de vida.

La solución hasta ahora admitida apenas, y aplicable a los seguros de daños, es la de la jurisprudencia, que manda acudir, a falta de norma positiva, a los principios generales del Derecho marítimo, razón por la que las empresas aseguradoras fundamentan las acciones de reembolso contra el tercero responsable en el mencionado art. 728 del Código de comercio (*Assicurazioni Generali Vs. Fazenda Dumont*, 1932, San Pablo; y *Brasil Seguros Terrestres e Marítimos Vs. Viacao Sul Mineira*, 1938, Minas Gerais).

Y como se trata de una remisión al beneficio de la subrogación legal, y personal, del Derecho común (Código civil, art. 985, III, y art. 989), el asegurador subrogado no podrá ejercer el derecho de acción hasta el límite de la indemnización pagada, hasta la suma que hubiese desembolsado en cumplimiento de su obligación contractual para con el asegurado subrogador.

¿Se tratará, sin embargo, del proceso de subrogación recogido por los juristas que proyectaron el Código civil francés de 1803, cuyos arts. 1,250, 1o., y 1,251, 3o., inspiraron a los aseguradores marítimos la práctica del *recours en contribution d'avaries communes* y a los aseguradores terrestres el *systeme de la subrogation conventionnelle* de las primeras pólizas de seguro contra incendios y aquí al legislador del art. 728 del Código de comercio, y de los artículos 985, III, y 986, I, del Código civil?

Una vez acontecido el riesgo previsto en el contrato, el asegurador debe pagar al asegurado la indemnización del perjuicio causado a la cosa asegurada; su obligación, hasta entonces eventual, se vuelve cierta y definitiva, y así el asegurador se convierte en un deudor inconmutable de la indemnización, aparte de los derechos moratorios cuando fuere el caso.

Pero en la hipótesis de haber sido motivada la realización del riesgo por el hecho de un tercero, declarado responsable del daño, ¿tendrá esa circunstancia alguna influencia sobre la obligación o sobre la situación del asegurador?

En principio no, puesto que la responsabilidad del tercero, autor del perjuicio, exonera ya al asegurador de su obligación para con el asegurado; sin embargo, debe desembolsar la indemnización estipulada, sin poder eximirse de la misma por causa de la acción que el asegurado víctima del daño interpusiera contra el tercero responsable.

Mas como por motivo de orden público no puede el asegurado beneficiarse dos veces de una indemnización y como también, igualmente por motivo de orden público, como resultado de la naturaleza indemnizatoria del contrato, no puede el tercero culpable quedar sin responder de la reparación del perjuicio causado, se entiende entonces aplicar a las relaciones entre el asegurado y el asegurador, en el momento sucesivo a la liquidación y pago del daño, el procedimiento de subrogación personal, de pleno derecho, en la forma consagrada por el Código civil francés (artículos 1,250, 1o., y 1,251, 3o.).

Varios juristas, partiendo literalmente de los referidos preceptos codificados y no de la concepción dogmática general de la cláusula subrogatoria, criticaron duramente no solo a los aseguradores que la trataban de emplear convencionalmente en las pólizas, sino también a los legisladores que resolvieron extenderla a los seguros marítimos y terrestres de cosas.

A las objeciones respondían en dos órdenes de ideas: si una subrogación debe hacerse en el momento del pago, en el contrato de seguro está estipulada anticipadamente, con ocasión de la suscripción del contrato, y por tanto, antes del pago de la indemnización; y si una subrogación es permitida solamente al que paga la deuda de otro, en el contrato de seguro el asegurador, al pagar la indemnización, paga su propia deuda y no la deuda de un tercero.

Realmente, sintetizando la jurisprudencia que niega la posibilidad de que la subrogación se avenga con las particularidades del contrato de seguro, dicen así Picard y Besson:

“El asegurador, al pagar la indemnización al asegurado, no extingue la deuda del tercero responsable, toda vez que no se halla obligado ni con él ni para con él. Paga su propia deuda, la cual resulta directamente del contrato de seguro y es completamente distinta de la obligación del tercero responsable para con la víctima; la primera es siempre contractual, la segunda, las más de las veces, delictual. El asegurador está en esta calidad obligado desde que ocurra el siniestro garantizado, aun cuando el daño no suponga responsabilidad de nadie. Por tanto, no es posible que se le otorgue, según los textos del Código civil, el derecho de actuar contra el tercero por subrogación en la acción del asegurado”. (*Traité Général des Assurances*, II, 1940).

Capitant, aun reconociendo la validez de la cláusula subrogatoria del seguro, también ha criticado su denominación:

“La expresión subrogación es inexacta. La subrogación supone un tercero que paga al acreedor sustituyéndose en el lugar del deudor. Ahora bien, el asegurador no es un tercero; al pagar la indemnización al asegurado, paga su propia deuda. En realidad, hay cesión del crédito eventual del asegurado contra el tercero responsable”: (La Loi du 13 Juillet 1930, 1930).

De hecho, al condenar la cláusula de subrogación, la jurisprudencia, a partir del comienzo del siglo XIX, preconizaba, por el contrario, el sistema convencional de una cesión de derechos eventuales y aleatorios sometida a la única condición de la realización del riesgo por la falta de un tercero; el asegurado cede de antemano al asegurador su derecho de acción de reparación de daños contra el tercero responsable, sistema este que se utiliza todavía en los países donde no rige el procedimiento jurídico formal de la subrogación legal, del cual es modelo clásico en el género el Brasil (Código de comercio, art. 728).

Ahora bien, si existe tanta incompatibilidad entre el hecho de ser la subrogación contemporánea del pago y no poder, por lo mismo, ser estipulada por anticipado en la póliza, ¿como entonces puede el asegurado ceder al asegurador sus derechos hasta el límite de la cobertura del seguro, cuando es principio fundamental que en la cesión de créditos la transferencia de derechos es absoluta, lo que implica la exclusión de la regla imperativa en el seguro de daños, esto es, de ser sólo hasta la concurrencia de la indemnización?

La materia jurídica no se construye sin ajustes, razón por la cual la cláusula inserta en la póliza debe ser entendida como una especie de promesa de subrogación del asegurado; llegado el momento de recibir la indemnización, de dar recibo del pago, el asegurado ejecuta la promesa, subrogando efectivamente al asegurador: promesa de subrogación que se transformaría en subrogación efectiva por el pago.

Si bien son semejantes la subrogación y la cesión, hasta el punto de que en lo relativo a la convencional el Código civil brasileño manda tener presente (art. 987), lo dispuesto en cuanto a la cesión de créditos (arts. 1,065-1,073), es en el cuadro de la subrogación y no en el de la cesión donde los códigos mercantiles (brasileño, belga, portugués, el italiano antiguo, etc.) y los sistemas legislativos modernos (leyes especiales suiza, alemana, austriaca, francesa, checa,

rumana, brasileña sobre seguro de infidelidad funcional, y pólizas de empresas privadas nacionales para el seguro de infidelidad profesional, y los recientes códigos civiles italiano y egipcio) hacen entrar la cláusula subrogatoria de seguro, toda vez que en los seguros de cosas y de responsabilidad, únicas especies en que se emplea y debe ser usada, la deuda del asegurador, aunque la causa de la obligación sea diferente, es todavía objetivamente idéntica a la del tercero responsable, por tender ambas al mismo fin: la reparación del perjuicio.

En el derecho americano, es la idea de la subrogación la que cuenta, según atestiguan autorizados profesores de seguros:

“El derecho de subrogación puede ser definido como el derecho de una empresa de seguros, tras el pago de la indemnización al asegurado, a adquirir los derechos que poseía este último contra el tercero autor del daño”. (Roberto Rigel y H. I. Loman, **Insurance. Principles and Practices**, 1942).

Los juristas que en un principio la criticaban, porque en vez de tener en cuenta la eficacia de la nueva construcción técnica pensaban más bien en comentar, *apertis verbis*, los textos de derecho común de donde procedía, hoy ya no la discuten, admitiéndola excepcionalmente como una norma típica de confluencia de principios del derecho de obligaciones y de principios del derecho de seguros:

“**Pago con subrogación.** Pago de una deuda por una persona extraña a la misma o solidaria del deudor, que queda por este hecho subrogada por la ley o por convenio en los derechos y acciones del deudor. En materia de seguro de daños, el asegurador que paga al asegurado se subroga en los derechos y acciones de este último, aunque haya pagado su propia deuda”. (Henri Capitant, **Vocabulaire Juridique**, 1936).

Esta regla, también del Código civil brasileño, no concierne sino al seguro de daños; realmente, al contrario de lo que hasta ahora han entendido los intérpretes, el Código distinguía muy bien, aunque sin uniformidad sistemática, el seguro de cosas (art. 1,432) como una promesa de indemnización, y el seguro de personas (art. 1,471) como una promesa de capital; en el primero, la indemnización representa el equivalente del perjuicio causado a la cosa asegurada; en el

segundo, la suma asegurada equivale, no al valor de la vida asegurada, sino a un capital cierto estipulado en función directa del premio pagado.

En un reciente tratado, Robert Mehr y Robert Osler, condensando la concepción americana, dicen muy sagazmente:

“El contrato-tipo de seguro de vida es único entre los demás contratos de seguro por el hecho de no ser un contrato de indemnización. Muchas especies de seguro de cosas (**property insurance**) pueden ser llamadas seguros, porque la suma estipulada en el contrato será pagada “si” el siniestro produce un daño equivalente a dicho importe. Excepcionalmente, sin embargo, el contrato de seguro sobre la vida no puede obligar al asegurador a prometer el “valor efectivo” de un daño, sino, en realidad, a ajustar el pago de cierta cantidad, que puede ser o no el valor de la pérdida garantizada. No puede ser aplicada al seguro de vida la técnica jurídica de la subrogación”. (*Modern Life Insurance* 1949).

Ahora bien, esta particularidad engendra necesariamente, además, dos consecuencias importantes para lo seguros de personas:

- a) el beneficiario puede acumular el beneficio del capital asegurado como reparación que le es debida por el tercero responsable; y
- b) el beneficiario no puede subrogarse al asegurador en sus derechos y acciones contra el tercero que, por su culpa, contribuyó a la realización del riesgo (accidente o muerte) previsto en el contrato.

Conclusiones

En el derecho brasileño, la subrogación legal del asegurador marítimo se deriva del art. 728 del Código de comercio de 1850 y es aplicada, por analogía, por la jurisprudencia, en provecho del asegurador terrestre de cosas, a partir de la puesta en vigor del Código civil de 1917.

En el seguro de vida, sin embargo, como consecuencia de la distinción de principio entre seguro de cosas y seguro de personas, también consagrada por nuestro Código (arts. 1,432 y 1,471), el primero como una promesa de indemnización, y el segundo como una

promesa de beneficio, no es lícito el empleo de la cláusula subrogatoria.

Octacilio ALECRIM

Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Comparado, del Instituto de Derecho Comparado de Córdoba, del Instituto de Derecho Comparado de México y Secretario General del Comité Nacional (Brasil) de Derecho Comparado, filial del Comité Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios de la UNESCO.

(Trad. José DIAZ GARCIA).