

En la Búsqueda de un Nuevo Concepto Unitario del Contrato de Seguro

JUAN FELIPE ISASI CAYO

Abogado

El ser humano siempre ha estado expuesto a riesgos cuya realización amenazan dañar sus bienes o su persona. La existencia de estos riesgos producen en la sociedad un estado de "inseguridad objetiva" y la conciencia del hombre respecto de su existencia generan lo que podría denominarse un estado de "inseguridad subjetiva". Puede afirmarse entonces que la inseguridad objetiva es fuente de una necesidad objetiva de seguridad como la inseguridad subjetiva lo es de la necesidad subjetiva de seguridad. El seguro es el "producto" que satisface esta necesidad en su dimensión económica (no física ni psicológica) y el contrato del mismo nombre es el instrumento jurídico mediante el cual se realizan las transacciones orientadas a la distribución de dicho "producto" a quienes lo necesitan.

Frente a los riesgos que le amenazan, el hombre puede responder y ha respondido frecuentemente, con indiferencia. En este caso, estamos frente a una "necesidad objetiva" que, no obstante, no se percibe y por ende, no genera una necesidad subjetiva de seguridad. Sin embargo, la necesidad objetiva no desaparece. Existe, está allí. El hecho que no haya sido percibida originará que, acaecido el evento dañoso, la persona sufra sus efectos directamente en su persona o en su patrimonio. Si no es un necio, entonces recién adquirirá la conciencia del riesgo y, por tanto, le surgirá la necesidad subjetiva de seguridad.

Frente a los riesgos respecto de los cuales el hombre ha sido consciente, el hombre ha reaccionado de formas variadas, como:

a) La elusión del Riesgo.-

Tomará algunas medidas de precaución orientadas a minimizar las posibilidades de que la amenaza se concrete (por ejemplo, dejando de realizar las actividades riesgosas o realizándolas con ciertos medios de protección); o,

b) La previsión.-

Recurrirá también a ciertos mecanismos de Previsión que, en su momento, le permita afrontar las consecuencias económicas de la realización de los riesgos, como por ejemplo, el ahorro; o, finalmente,

c) El desplazamiento del Riesgo.-

Optará por algún medio del desplazamiento del riesgo hacia un tercero.

Antes de la aparición del seguro, la historia ha conocido todas estas respuestas, incluyendo ciertas modalidades primitivas de desplazamiento de los riesgos, pero todos a su turno, acusaron debilidades para satisfacer la necesidad de seguridad, dándose lugar al surgimiento de nuevas formas cada vez más eficientes de enfrentar el problema.

En efecto, aunque parece evidente que no resulta razonable permanecer indiferente frente a la posibilidad de sufrir un daño, dejando a la buena de Dios la ocurrencia o no de un hecho aciago; tanto por el exiguo poder adquisitivo de los pueblos en desarrollo como por una falta de cultura previsional o aseguradora, esta conducta ha sido y continúa siendo más o menos generalizada en nuestros países.

La evasión del riesgo dejando de realizar actividades riesgosas es igualmente ineficaz y altamente costosa, puesto que no se puede detener el progreso por temor a los riesgos que, en la sociedad moderna, acompañan a casi todas las actividades humanas que traen bienestar. Además, es absolutamente imposible que una persona logre evitar la realización de ciertos eventos dañosos. Un incendio, un terremoto, un accidente automovilístico, un robo, etc. son virtualmente riesgos de la vida diaria.

El ahorro tampoco resuelve el problema porque ninguna persona goza de un excedente de recursos en proporción suficiente para financiar las consecuencias económicas de toda la serie de eventos dañosos que puede sufrir. En todo caso, no resulta

eficiente perder el ahorro de toda una vida para afrontar los efectos de un accidente, si existe una forma menos onerosa de satisfacer tal necesidad.

Por ello surgieron ciertas formas de desplazamiento de los riesgos hacia terceros que constituyen los gérmenes del seguro. De todas las modalidades genéricas podemos extraer:

- a) La mutualidad, es decir la asociación de muchos sujetos expuestos al mismo riesgo; y
- b) La transferencia del riesgo en virtud de un contrato con alguien que estima que se encuentra en mejores condiciones para asumirlo.

De la combinación de ambas técnicas, nace el contrato de seguro. En efecto, señala Donati que: “Si una y otra estructura pueden llamarse seguro, de la fusión de ambos nace el seguro en sentido moderno, en el cual la forma de realizarse (mutuo o a prima fija), desde el punto de vista económico no altera la esencia del procedimiento (...)”.

“(...) Bajo el supuesto de los dos elementos: transferencia de riesgo y mutualidad, podemos definir **económicamente** el seguro como “la mutua cobertura de las necesidades eventuales valorables dinerariamente entre muchas economías igualmente amenazadas, o bien como una operación económica con la cual mediante la contribución de muchos sujetos expuestos a eventos económicamente desfavorables, se junta la riqueza para quedar a disposición de aquellos sujetos a quienes se presenta la necesidad (...)”. Nótese que el concepto de “necesidad” operado por DONATI difiere del que hemos ensayado. Sobre este tema volveremos más adelante, porque constituye la clave para descubrir si es o no posible encontrar un concepto unitario del contrato de seguro.

El seguro-continúa DONATI-exige por consiguiente:

- a) Que haya un riesgo, esto es, la posibilidad de un evento económicamente desfavorable, porque si el evento es indiferente la operación será únicamente un juego o apuesta, aunque se efectuó juntamente con muchos otros (por ejemplo, la lotería);
- b) Que el riesgo, se transfiera de un sujeto a otro, porque en otro caso (autoseguro) no existe seguro, sino indiferencia, o amortización o ahorro;
- c) Que la transferencia lleve en sí el desmenzamiento del riesgo a través de la mutualidad;

d) Que la transferencia del riesgo constituya una operación autónoma, porque en otro caso sería únicamente un efecto secundario de otras operaciones (de garantía, de asociación).

Ahora bien, la institución del seguro nace como un medio de protección de intereses puramente materiales, más concretamente, en el campo del comercio marítimo. En este sentido, la doctrina edificó el concepto de contrato de seguro sobre los cimientos del principio indemnizatorio. Se decía, entonces, que el contrato de seguro es aquel en cuya virtud EL ASEGURADOR, a cambio de una suma de dinero denominada prima, se comprometía a indemnizar los daños que pudiera sufrir EL ASEGURADO, como consecuencia del acaecimiento de un evento futuro e incierto llamado riesgo.

Todas las legislaciones contenían un concepto similar y los juristas no se planteaban mayores cuestiones sobre el tema. Por ejemplo, el art.1767 de nuestro Código Civil de 1852, definía el contrato de seguro como “(...) el contrato por el cual una persona se obliga, mediante un premio, a responder de los riesgos y daños que por caso fortuito pueda sufrir la **cosa** de otro”. Salta a la vista en esta definición que el seguro está referido a contingencias sobre las cosas y no sobre las personas.

Pero-como observa DONATI -“(...) al surgir el seguro de personas, y principalmente el seguro de vida, nace el problema central del contrato de seguro: el de un concepto unitario capaz de comprender todas las clases de seguros y, al mismo tiempo, excluir a todo lo que no lo sea. Se trata de un problema no sólo de importancia técnica, sino también de gran alcance práctico, porque de su solución depende el esclarecimiento de los principios generales del tipo contractual de seguros, el criterio de distinción de los subtipos y de la clasificación de las especies (ramos) y, por otra parte la delimitación de

“La evasión del riesgo dejando de realizar actividades riesgosas es igualmente ineficaz y altamente costosa,...”

las normas dictadas para el contrato y empresas de seguros.”

Nuestro viejo Código de Comercio de 1902, virtual copia del Código de Comercio español de 1875, nada aporta a la cuestión pese a que trata en una misma sección pero bajo concepciones implícitas diferentes, los contratos de seguros de incendio y otros daños materiales de un lado, y el seguro de vida por el otro. En forma independiente bajo el Libro “Del Comercio Marítimo” regula los seguros marítimos.

En efecto, el art.375 del citado Código se limita a señalar cuándo es considerado mercantil el contrato de seguro y dice:

“Artículo 375.- Será mercantil el contrato de seguro, si fuere comerciante el asegurador y, el contrato a prima fija, o sea cuando el asegurador satisfaga una cuota única o constante, como precio o retribución del seguro”

El art.381 define el objeto del contrato de seguros contra incendio del modo siguiente:

“Artículo 381.- Podrá ser materia de contrato de seguros contra incendios, todo objeto mueble o inmueble que pueda ser destruido o deteriorado por el fuego”

El art.411 hace lo propio respecto de los seguros sobre la vida. Señala que:

“Artículo 411.- El seguro sobre la vida comprenderá todas las combinaciones que pueda hacerse, pactando entrega de primas o entrega de capital a cambio de disfrute de renta vitalicia o hasta cierta edad, o percibo de capitales al fallecimiento de personas cierta, en favor del asegurado, su causa habiente o un tercera persona, y cualquier combinación semejante o análoga.”

Por último, en los artículos 750 y siguientes, el código de Comercio regula los seguros marítimos, señalándose entre otras cosas que, en una misma póliza, puede asegurarse simultáneamente el buque y la carga.

Desde la dación del Código de Comercio, en el Perú hemos vivido una auténtica dispersión de normas jurídicas del rango legal y de naturaleza administrativa que, siguiendo la técnica de la legislación Sueca, Suiza, Alemana y Francesa admiten una dicotomía que obligan a definiciones, normas y principios separados, según se trate de seguros sobre cosas o personas.

La actual “La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” (sic) aprobada por ley 26702, contiene una definición similar a sus inmediatos antecedentes legislativos, los de-

cretos legislativos 770 y 637. Al definir el concepto de **Empresa de Seguros**, señala que es:

“Aquella que tiene por objeto celebrar contratos mediante los cuales se obliga, dentro de ciertos límites y a cambio de un prima, a indemnizar un determinado daño, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones pactadas en el caso de ocurrir un determinado suceso futuro e incierto”.

Como se advierte, en cabeza de la empresa de seguros se ha definido el contrato de seguros del mismo nombre, siguiendo la tónica enunciada: Una dicotomía. Pero si tal dicotomía existe entre los seguros de vida y los seguros patrimoniales, ¿Cómo puede decirse que responden a una misma institución jurídica? En palabras de DONATI, cómo resolver la cuestión acerca de “(...) un concepto unitario capaz de comprender todas las clases de seguros y, al mismo tiempo, excluir a todo lo que no le sea (...)”.

La **Teoría Indemnizatoria Clásica**, nacida bajo el influjo de los seguros patrimoniales, se encuentran en crisis. No resulta útil para echar luces sobre un concepto unitario del contrato de seguro. En efecto, como sostienen MEILIJ Y BARBATO, según esta teoría en todo seguro existiría el compromiso contraído por el asegurador de indemnizar un daño que pudiera sufrir el asegurado si se produce el siniestro (la realización del riesgo), pero, esta posición correcta en materia de seguros patrimoniales, se torna difícil, de justificar en lo que hace a los seguros de vida, en los que la prestación del asegurador se paga sin que se exija que el asegurado o su beneficiario acrediten haber sufrido perjuicio alguno. La prestación se mide en función de la prima pagada y no del perjuicio que hubiera sufrido el asegurado o su beneficiario; es más, se paga aunque no haya existido perjuicio.

Algunos autores se aferran a esta tesis sosteniendo que aún en el seguro sobre la vida existe un daño que se traduce en la muerte de una persona o en las consecuencias económicas para sus deudos que dependen económicamente de él. Se prefiere ignorar que la abuelita cuya vida se asegura puede ser una buena viejita millonaria cuyo fallecimiento es capaz de provocar una lágrima de alegría en sus causahabientes, para quienes el hecho aciago de la muerte de su causante no ha generado ni un daño ni una necesidad económica, sino ¡Un beneficio!.

La **Teoría de la Necesidad Eventual** esgrimida por la doctrina italiana, principalmente, hacen cau-

dal de este concepto económico trasladado al campo jurídico para encontrar un nuevo concepto unitario que supere la Teoría Indemnizatoria. Sostiene que el seguro tendría precisamente la función de satisfacer una necesidad eventual, de colocar a un costo cierto y parcial, una riqueza a disposición de una persona para el caso de verificarse el evento que provoque la necesidad de riqueza. Pero, como recuerda DONATI, esta teoría parece no escaparse de la tesis que pretende superar y encierra, además un concepto de necesidad demasiado lato porque "(...) todos los contratos tienden a satisfacer una necesidad eventual; la necesidad sirve para indicar por qué se contrata de una manera determinada, pero no el por qué se celebra el contrato. Por otra parte, la mayor amplitud del concepto de necesidad con respecto al de daño en nuestro caso, no es más que aparente: donde no existe daño (muerte del asegurado económicamente pasivo; sobrevivencia del asegurado económicamente activo, beneficiario indiferente) no existe ni siquiera necesidad: hablar en esta hipótesis de necesidad abstracta equivale a hacer caso omiso de la necesidad y con ello negarla y, en consecuencia, negar la unidad."

Sin embargo, reconoce DONATI que "(...) la teoría de la necesidad - la de los economistas - pone de relieve algo que después será útil: que una necesidad futura e idónea se traduce siempre, por efecto del espíritu de previsión, en una necesidad actual cierta y duradera, la de poder disponer de la riqueza, para cuando ocurra la necesidad eventual."

La Teoría de la Empresa sostiene que la unidad esencial en el contrato de seguro radica en el hecho que, tanto en los seguros sobre las cosas como sobre las personas, una de las partes (EL ASEGURADOR) es siempre una empresa y debe necesariamente serlo porque la operación económica del seguro está constituida tanto por la transferencia del riesgo como por la mutualidad. Empero, cabe observar que el tipo de organización de una de las partes contratantes no determina un tipo contractual, además que existe una serie de contratos absolutamente distintos del seguro en los que esta característica también se presenta como, por ejemplo, el arrendamiento financiero, los diversos contratos bancarios etc.

La Teoría del Cambio adolece de la misma generalidad que la Teoría de la Empresa. Pone énfasis

"... en el Perú hemos vivido una auténtica dispersión de normas jurídicas (...) según se trate de seguros sobre cosas o personas".

en la función común existente en todos los contratos de seguro, consistente en un intercambio entre una prestación cierta y una contraprestación subordinada al acaecimiento de un hecho futuro e incierto. Cabe aclarar que la incertidumbre puede darse en el "an" (si sucederán) o en el "quando" (cuando ocurrirán) o en el "quantum" (el monto de la necesidad) o en una combinación de dos o más de los factores mencionados. Respecto de la muerte todos tenemos certeza, pero no sabemos cuándo ocurrirá.

DONATI recusa esta tesis señalando que si bien se supera el concepto indemnizatorio (...) el cambio de prestaciones pecuniarias constituye el objeto y no la causa del contrato y es común a muchos contratos, cuando el cambio se realiza entre una obligación pura y otra subordinada a un evento, como el juego y la apuesta, por lo que no permite ninguna identificación del contrato.

Frente al fracaso de las teorías dualistas plasmadas en el derecho positivo y la doctrina unitaria, DONATI ensaya una NUEVA TEORÍA INDEMNIZATORIA que pretende distanciarse de la Teoría Indemnizatoria Clásica. Señala que "para individualizar la causa de nuestro contrato es necesario ante todo poner de relieve que es suficiente que un negocio desarrolle su función típica con respecto a uno solo de los sujetos -siendo por lo general para el otro puramente genérica (por ejemplo, lucro)- con tal que el derecho objetivo reconozca como digno o no de reconocimiento y de tutela el negocio mismo: **el seguro desempeña su función típica con respecto al asegurado.** (El subrayado es nuestro)".

Continúa DONATI - "Con referencia a esta función, hemos visto que (...) donde se formula la tesis indemnizatoria, resulta también apropiada la de la necesidad eventual (y, naturalmente, las similares), porque donde no hay daño no hay ni siquiera nece-

sidad, de manera que la mayor amplitud de la segunda tesis no es más que ilusoria. En efecto, si necesidad en el sentido económico es el deseo de un bien capaz de satisfacer una necesidad fisio-psicológica y si el interés (*res quae interest*) es la relación entre un sujeto y un bien, y el daño la lesión de un interés existente (daño emergente) o previsto (lucro cesante), un evento que altere la relación y los medios de satisfacción, es decir, los bienes si disminuye los segundos no hace más que perjudicar los intereses, si aumenta los primeros, provoca la necesidad de un nuevo bien, es decir una lesión (gasto) de bienes existentes; en uno y otro caso, el evento que provoca una necesidad provoca un daño. Necesidad y daño son, en consecuencia, conceptos coincidentes, pero el primero es económico, el segundo jurídico: es conveniente, en consecuencia, fijar la atención y revisar la teoría indemnizatoria en las dos tesis sobre la función del asegurador con respecto al asegurado”.

“El error de la fórmula tradicional - señala DONATI- consiste en no haber puesto de manifiesto o cuando menos no haber sacado las debidas consecuencias de consideración que el riesgo no es el daño, sino sólo una posibilidad una expectativa de daño.

Mediante esta consideración se supera el escollo que significa el que, siempre que no haya habido daño, el asegurador no ha desenvuelto su función, o sea *sine causa* y, en consecuencia, la prima pagada *sine causa* es repetible: porque habiendo contrapuesto a la expectativa negativa del daño -y veremos como- ab initio y por toda la duración de la relación, la expectativa positiva de la prestación del asegurador, el contrato ha desarrollado su función de protección contra el daño.

Pero para que esto suceda, si es suficiente que el daño sea solamente temido y ni siquiera realizado es necesario siempre que el evento previsto sea un evento de por sí ni favorable ni indiferente, sino típicamente dañoso, ya como daño emergente o como lucro cesante, aunque sea sólo esperado: y tal es ciertamente con respecto al interesado, al evento asegurado, no sólo en

el seguro contra los daños de cosas materiales (incendios, robos etc.) sino también en los seguros de personas, el evento de accidentes o enfermedad (daño emergente sobre el cuerpo humano, gasto de curación y lucro cesante por la cesación o disminución de la renta del trabajo en curso o esperado), el evento de la muerte (daño emergente de la pérdida de la vida, de los gastos por funerales, lucro cesante del producto del trabajo en curso o esperado) y, por fin la sobrevivencia (gastos excepcionales, dotales, cargas de la vida). En todos ellos existe el interés asegurable y el contrato desarrolla la función de transferir el riesgo o de “*Securum Facere*” al interesado”.

“(…) El seguro se mueve siempre dentro del campo indemnizatorio y su diferente posición en el momento de ocurrir el evento no hace surgir dos (o tres) tipos de negocios de seguros de naturaleza diferente, sino solamente una gradual diversidad de subtipos; el hecho que en casos particulares de liquidaciónalzada el daño realmente no exista, no debe alterar el derecho objetivo que no puede tener en cuenta los casos marginales.

Podemos definir, en consecuencia, la función del seguro como la eliminación de un daño eventual (...).”

En el Perú, LUIS ALBERTO MEZA CARBAJAL (El joven jurista, no el viejo periodista) se adhiere a esta tesis, destacando que a mediados del presente siglo DONATI publica su “*Trattato*”, cuando la Teoría Indemnizadora del

Seguro comenzaba a resurgir en Europa Continental “(…) gracias a los trabajos de ASCARELLI, cobrando un nuevo impulso en base a un principio cuya influencia puede apreciarse hasta nuestros días: Para que exista indemnización de un daño no

es necesario que el mismo se produzca o verifique efectivamente, sino que es suficiente que las partes, al concluir el contrato, hayan querido cubrirse de un evento capaz de provocarlo”.

En nuestra opinión, la nueva doctrina indemnizatoria no difiere esencialmente de la doctrina clásica, puesto que parte del mismo error en

“... en definitiva, es la necesidad de seguridad económica la que se satisface mediante el contrato de seguro”.

considerar que la obligación asumida por el asegurador contiene como única y tipificante prestación el pago del la mal llamada indemnización, sólo que ésta se encuentra subordinada al cumplimiento de una condición, cual es, la realización del evento futuro e incierto temido por el asegurado.

Nosotros pensamos que la obligación del asegurador contiene una prestación intangible típica y principal, común en todo contrato de seguro, cual es LA PROTECCIÓN ECONÓMICA que otorga el asegurador al prometer, entre otras prestaciones, pagar una renta o una suma de dinero, pactada anticipadamente o referida a una proporción de los daños sufridos, en el caso que se produzca el evento previsto.

Habría que considerar parafraseando lo dicho al principio que EL ASEGURADO, expuesto a riesgos cuya realización amenazan dañar sus bienes o su persona enfrenta un estado "inseguridad objetiva" y cuando adquiere conciencia respecto de su existencia, experimenta una situación de "inseguridad subjetiva". La inseguridad objetiva es fuente de una necesidad objetiva de seguridad del mismo modo que la inseguridad subjetiva lo es de la necesidad subjetiva de seguridad; pero, en definitiva, es la necesidad de seguridad económica la que se satisface mediante el contrato de seguro.

El elemento indemnizatorio es eventual y accesorio en el contrato de seguro, puesto que no puede afirmarse que si no hay siniestro no hay indemnización y por ende el asegurado tiene derecho a repetir la prima pagada. En este caso, el contrato se ha ejecutado y la prestación del asegurador, que es causa recíproca de la prima pagada, se ha cumplido simplemente mediante el mantenimiento de esa protección económica, expresada en una promesa de resarcir parcialmente daños o pagar una renta o una suma de dinero.

En los seguros patrimoniales se exige que efectivamente se haya producido un daño para dar lugar al pago de la indemnización del asegurador, no así en los seguros sobre las personas; pero, en ambos casos, la indemnización no es sino una forma de ejecutar la prestación de garantías del asegurador.

Nótese que ni siquiera en los seguros sobre las cosas, el asegurador promete indemnizar el daño, reponiendo la situación vigente antes del siniestro, puesto que normalmente sólo se resarce una parte (importante, pero no todo) del daño sufrido. Exis-

ten deducibles, franquicias, coaseguros pactados en cuya virtud el asegurado asume una porción de las consecuencias económicas del siniestro.

En consecuencia, en la búsqueda de un concepto unitario capaz de comprender todas las clases de seguros y, al mismo tiempo, excluir a todo lo que no lo sea; el camino recorrido por el lado de la reconstrucción de la Teoría Indemnizatoria es infructuoso. Los hombres de derecho tendremos que reemprender la marcha por nuevos senderos en el que, acaso, una pista sea el tomar conciencia que, celebrado el contrato de seguro y durante el plazo de su ejecución, halla o no halla siniestro, el asegurado que ha pagado una prima ha adquirido, para sí o para sus beneficiarios, simplemente el valiosísimo intangible de la seguridad económica traducida en la mal llamada "garantía" del asegurador frente a un riesgo que, al tiempo de celebración del contrato, el asegurado percibe como amenazante de su propio patrimonio o el de sus causahabientes. DYS