



Machado e Cremoneze

Advogados Associados
Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes

LA PRIMAVERA DEL SEGURO: Subrogación, resarcimiento y función social

Paulo Cremoneze & Leonardo Quintanilha



Paulo Henrique Cremoneze

Socio fundador de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, maestro en Derecho Internacional por la Universidade Católica de Santos, especialista en Derecho de Seguros y en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España), miembro académico de la ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência, autor de libros jurídicos, miembro efectivo del IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo y de la AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro, director jurídico del CIST – Clube Internacional de Seguro de Transporte, miembro de la “Ius Civile Salmanticense” (España y América Latina), asociado (consejero) de la Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidad mantenedora de la Universidade Católica de Santos), patrono del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Santos, galardonado por la OAB-SANTOS por el ejercicio ético y ejemplar de la abogacía, profesor invitado de la ENS – Escola Nacional de Seguros y columnista de la sección Puerto & Mar del periódico A Tribuna (de Santos).



Leonardo Reis Quintanilha

Miembro del despacho Machado e Cremoneze,



Ya hace algún tiempo, dedicamos atención especial al pago con subrogación en el negocio de seguros. Este instituto garantiza que, por efecto de la indemnización pagada por cuenta del siniestro, la aseguradora se encuentre en el lugar del asegurado, pasando a tener el derecho de buscar el resarcimiento por recobro en contra del causador del daño.

Se trata de algo que se puede decir que es mismo propio de la génesis del negocio, porque influencia la contraprestación del contratante, al contribuir a la evaluación de la prima que este debe pagar, para obtener la garantía del interés que le preocupa. En Brasil, actualmente, es el art. 786 del Código Civil el que lo regula directamente.

Sin embargo, antes mismo del artículo y del código, respecto al seguro de daño en general, todo ello ya había sido establecido y ordenado a través del enunciado del Precedente 188/STF: *“El asegurador tiene acción de regreso en contra del causador del daño, por lo que efectivamente se haya pagado, hasta el límite previsto en el contrato de seguro”*.

Si la Corte Suprema emitió el precedente sobre el asunto, cuando erra su competencia tratar de temas de Derecho de Seguros, esto se debe a que hubo muchas cuestiones en disputas judiciales. Muchas veces, por el esfuerzo retórico y por los recortes que opera la razón hasta por pura diversión, aquello en que a principio no pensábamos se torna, para algunos, una hipótesis a considerar. Naturalmente, se elabora el precedente para resolver el asunto, y, con ello, preservar la seguridad jurídica. Este precedente, además de estar inspirado en el art. 728 del Código Comercial, no ignoró el contenido del art. 989 del antiguo Código Civil: *“En la subrogación legal, el subrogado no podrá ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino que hasta la suma que haya pagado para desobligar al deudor.”*

Se debe de pronto aclarar: la subrogación no pasa porque el contrato de seguro la prevé, sino porque la legislación lo determina. Luego, la póliza solo repite la norma. Así que la subrogación, en el contexto de los seguros, no es algo convencional, sino que legal.

Su primera consecuencia a las compañías de seguros es el derecho a exigir el crédito que se haya pagado en nombre del tercero, en contra quien podrá solicitar el reembolso. Más que un crédito, el resarcimiento es un deber de la aseguradora, acto de fidelidad y respeto por el colegio de asegurados (principio de mutualidad), además de vital a la salud del seguro.

Su segunda consecuencia, restringiéndose los

términos según los cuales se interpreta la primera, es que la aseguradora no se prende exactamente a contratos y condiciones que haya firmado el asegurado.

Vinculada a los límites materiales del crédito, la subrogación opera, desde uno al otro, la transferencia de derechos que había en la relación original. Características de orden procedimental y personalísima, aunque asumidas por la voluntad enfática del asegurado, nunca pueden pasar de ella, es decir, no atraviesan el velo de la subrogación, bajo pena de ofender la *ratio* que la ordena y la ontología que la constituye. Según lo entiende hasta hoy el **Superior Tribunal de Justicia**, *la subrogación transmite no más que los derechos materiales* (Recurso de Casación 1.038.607/SP, rel. **juez de apelación Massami Uyeda**).

Con base en lo que enseña *Donatti*, **Pedro Alvim** nos hace recordar las tres funciones de este instituto sui generis, que es la subrogación:

“[...] la institución de la subrogación legal de la aseguradora en los derechos del asegurado en contra de un tercero responsable es resultado de una política legislativa que, eliminando el enriquecimiento ilegítimo del asegurador para salvaguardar el principio indemnizatorio, evita también que el tercero se exonere de la tutela del principio de responsabilidad; por otro lado, bajo el doble aspecto de la disminución de la prima y la más alta cobertura colectiva, se aleja el enriquecimiento indebido de la aseguradora.

En otras palabras, en el seguro, la subrogación existe por tres razones: evitar que el asegurado sea indemnizado dos veces, no liberar el causador del daño - quien, sin ello, estaría libre por la precaución de su víctima - y salvaguardar el fondo mutuo.

Aquí realmente no aplica la máxima romana: *quien recibe el bono tiene que pagar el gravamen*; la aseguradora ya lo ha pagado en momento inmediatamente anterior, al pagar la indemnización por riesgo que concretizó la conducta del tercero.

Si también se le llevará a los deberes que resultan de la voluntad exclusiva del asegurado, habría una especie de *bis in idem* de los encargos, y esta subrogación legal, junto con el derecho de recobro que causa, acabaría desviada de los contornos jurídicos de origen, que ciertamente no se identifican con aquellos del instrumento por el cual el asegurado se obliga frente a un tercero. Al fin, no puede él disponer del derecho cuyo ejercicio no le correspondería más, ya que la subrogación, retirando su interés

en recibir la compensación de las pérdidas de quien las causó y haciendo que surjan a la aseguradora, que virtualmente ya lo tenía y entonces pasó a poder ejercerlo, cambiaría también el enfoque de la dinámica de reparación.

Por ello, es una sustitución que se debe siempre comprender según sus términos. Nunca literalmente.

Expresamente, el art. 786 determina que, al pagar la indemnización, la aseguradora será subrogada, observándose los límites del valor respectivo, *“en los derechos y acciones que compitan al asegurado en contra del autor del daño”*.

Con excepción del valor, no se mencionan restricciones y deberes, solamente derechos y acciones. A partir de la premisa de que la ley no utiliza palabras inútiles, ni dejaría de mencionar las esenciales, además de una interpretación teleológica de la subrogación, se concluye que el legislador guardó, a la aseguradora que paga la indemnización, el derecho de exigir el resarcimiento integral de dicho valor, desvinculado de cualquier dificultad que no se acepten por ella de manera libre y sin impedimentos. Tanto es así que tuvo cuidado de ratificar el sentido del encabezado en el texto del §2º: *Es ineficaz cualquier acto del asegurado que disminuya o extinga, en perjuicio de la aseguradora, los derechos a que se refiere este artículo.*

En otras palabras: ningún gravamen o deber será transmitido a la aseguradora subrogada. Filtrando aún más la idea, ninguna condición inhibitoria

del ejercicio del derecho en contra del causador del daño se puede oponer a ella. Siendo la subrogación un instituto que busca principalmente evitar la impunidad del causador de la violación, se debe interpretar siempre en beneficio del pagador, y no del tercero por quién paga él.

Un ejemplo: en el contexto internacional de compraventa, en un caso en que el transportista marítimo devuelve, al final de un viaje, completamente averiadas las mercancías confiadas a él, es común y casi cierto que el propietario de ellas sea indemnizado por la aseguradora. Tan común y aun más cierto es que, luego de ello, la aseguradora busque resarcimiento por recobro de la compañía que no hizo bien el transporte. En contratos de este tipo, de adhesión además, suele haber una cláusula que se supone que obliga a los adherentes a resolver sus pendencias en cámaras de arbitraje en el extranjero. Bien: esta cláusula es perfectamente ineficaz respecto la aseguradora.

Esto ocurre porque, por abordar aspectos procedimentales y con personalísima obligación de hacer, la disposición contractual no puede, por inmotivadas ampliaciones interpretativas, proyectar efectos más allá de la figura del asegurado, que formó parte de él. No deben nunca ir más allá de la subrogación si, con su contenido la aseguradora no haya concordado de manera expresa, bajo el riesgo de un impedimento fatal, tácito y abusivo al ejercicio de su derecho.

La subrogación original del pago de la indemnización del seguro, aunque especial, es más alto que la del art. 346 del Código Civil, que es gene-



ral y alcanza más hipótesis. También resulta de la ley, pero, en virtud del contrato de seguro, tiene más fuerza, debido a una naturaleza diferenciada, sensible y eminentemente social.

Por ello, tampoco se admite la transferencia de lo que no sea restricto a los aspectos materiales del crédito.

La equivocación tal vez ocurra porque frecuentemente la confunden con cierto tipo de cesión de crédito. Su condición, sin embargo, es, al mismo tiempo, menor y mayor que la cesión de crédito. Menor, porque es específica; mayor, porque es más exigente y tiene protección. En el mismo sentido defendido aquí, está la doctrina de peso: posición clásica, no solo del STJ, pero también de **Pontes de Miranda, J. M. de Carvalho Santos, Clóvis Beviláqua, Arruda Alvim.**

En principio, la ley no tendría razón para crear dos institutos de regulación de la misma situación. Tampoco se confunden ellos. La cesión de crédito es una venta, mientras que la subrogación es el efecto del pago de la deuda. La cesión de crédito transmite el valor con todos los encargos que implica y la subrogación solo transmite el derecho en su porción material. La cesión de crédito puede ir mucho más allá del valor pagado, pero la subrogación se restringe a él.

Como expone la buena y tradicional doctrina y ampara la jurisprudencia perenne, la subrogación es, como dicen los italianos, "*tipo giuridico completo e non controverso*", siendo raro el resurgimiento de discusiones respecto a esto, con base en la decisión SEC 14.930-EX, que no es precedente y se cita mucho, se comprende poco y se lee raramente.

Más que una certidumbre legal, esta transferencia se basa en algunos de los más importantes vectores del Derecho: la proporcionalidad, la razonabilidad y la equidad.

Pensar en transmitir obligaciones pactadas por el asegurado es incorrecto, porque disminuye la dignidad de la subrogación y produce efectos negativos sobre el resarcimiento por recobro. No es exagerado afirmarse que podrá beneficiar al autor del acto ilícito. Y esto, parece, es tan o más grave que perjudicar a la aseguradora. Sería poner la subrogación al revés.

En el caso de que se utilizara el instituto con vicios de los cuales, por su propia naturaleza, está liberto, el resarcimiento sería inhibido, castigado, obliterado. Y sabemos todos lo importante que es en la defensa del mutuo y el triunfo del bien común.

Subrogación y recobro son básicamente dos etapas vitales del seguro. Por las consecuencias que resultan de su relación directa con las actividades del cuerpo empresarial, por su ubicación en el corazón de la prima — capaz de aumentarla o disminuirla, a los movimientos de sístole y diástole, a orientar la circulación económica —, ambos se muestran fundamentales al mantenimiento del bienestar de la sociedad.

Es de esta manera, puniendo el culpable y honrando el principio indemnizatorio, que la prosperidad del resarcimiento renueva el fondo principal, el idilio matinal de los contratos, bajo el cual la aseguradora asumió los riesgos del asegurado, proporcionándole el entorno adecuado a respirar con alivio; por el repetido retorno a la condición primitiva, este reparo, que la simple naturaleza de las cosas sugiere como correcto y nada menos que natural, moja el suelo fértil de los negocios y hace refloreecer toda la confianza en el ciclo, que estremeció el acto la violación. El ejercicio del recobro es, así, el final y el comienzo; es la eterna primavera del seguro.



Machado e Cremoneze

Advogados Associados
Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes

