VI Jornada Internacional de Derecho de Contratos

El seguro de responsabilidad civil, su función social y la acción directa en el derecho brasileño contemporáneo.

Ernesto Tzirulnik
Presidente del *Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*

Estar en Cuba es realizar un viejo sueño. Es el país de un pueblo victorioso. Sabía bastante bien de sus innumerables conquistas, de la revolución difícil, de la resistencia incondicional, del mejor puro de todo el planeta, de la música, de la medicina, de los deportes, del cine. Esa imagen de este país, que me encantó desde la juventud, se ha tornado aun más intensa con los relatos y la pasión de una de mis hijas, Tayla, que vino estudiar en la Escuela Internacional de Cine y Televisión de San Antonio de los Baños.

Sin embargo, confieso que no tenia en la debida cuenta la excelencia de los juristas cubanos, hasta inmerecidamente ser invitado por los profesores Leonardo Pérez Gallardo y Alejandro Vigil para participar de esta VI Jornada Internacional de Derecho de Contratos. No solo recibí una copia del excelente trabajo del profesor Vigil sobre la acción directa, sino también pude verificar la envidiable producción académica del profesor Pérez Gallardo. Llegando a La Habana, tuve el honor de visitar la Unión Nacional de Juristas de Cuba y disfrutar de un dialogo excelente con decenas de compañeros de la operación del derecho, con la extraordinaria compañía de los profesores Pérez Gallardo, Pablo Medina de México y Leiva Fernández, de Argentina. Después, la enriquecedora visita al Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia que hicimos los profesores Alejandro Vigil, Flavio Queiroz de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Recife, Pablo Medina y yo. En seguida la apertura de las jornadas en la Universidad de la Habana, y el inolvidable entorno artístico que le destacó, aún más, en la que se habló con brillo sobre el valor jurídico del silencio.

Por lo tanto que Cuba ya nos proporciono, en estos pocos días, y por la oportunidad de acogernos, sea del punto de vista técnico, sea del punto de vista humano y personal, mucho más de que nuestras fuerzas podrán retribuir, agradezco a los organizadores de estas memorables jornadas.

El tiempo no permitirá la deseada inmersión en el tema.

Intentaré, así, presentar una rápida síntesis, por supuesto impregnada de mis convicciones personales, sobre el seguro de responsabilidad civil, su función social y la acción directa de la víctima contra la aseguradora de responsabilidad en el derecho de mi país.

Acabamos de escuchar una extraordinaria ponencia del profesor Leiva Fernández sobre los contratos aleatorios. Hablar en seguida es una tarea difícil, pero intentaremos no decepcionar.

Escuchaba al profesor Leiva Fernández dibujar los contratos aleatorios y venía la imagen de un contrato que en la selva sería un tigre, un león, un elefante, un de esos animales que inspiran la más romántica abstracción.

Voy hablar de animalitos que no son inspiradores, menos cautivantes, pero que tienen un peso social muchas veces superior al que tienen todos los elefantes, leones y tigres de todo el mondo juntos. Voy hablar de seres que jamás podrán ser colgadas en la pared de nuestros salones de caza: los virus y las bacterias.

El seguro previne contra eses animalitos sociales casi invisibles individualmente que tienen, sin embargo, una gigante capacidad de dañar a toda la sociedad.

El profesor Leiva Fernández dijo que considera el seguro un contrato aleatorio. Dijo también que los aleatorios tienen por característica la posibilidad de ganar o perder más do que se debería. Dijo que otra característica es que una condición va determinar el tamaño de una de las contraprestaciones. Eso no tiene lugar en el seguro, como buscaremos convencer.

Sin embargo de que muchos juristas, en especial los dedicados al derecho civil, consideran el seguro un contrato aleatorio, prevalece en la doctrina brasileña contemporánea la comprensión de que el contrato de seguro no es un contrato aleatorio, pero si conmutativo. En efecto, esa doctrina, de la cual soy entusiasta junto con el doctor Flavio Queiroz, acentúa que el propio contrato de seguro de daños en su más importante característica, no es un contrato de indemnización, pues es un contrato de garantía.

Nadie va ganar o perder más do que debería, ni existirá condición que aumentará o disminuirá la correspondencia entre la prima y la garantía.

Esta noción acerca de la naturaleza del seguro será importante para fijar dos factores: (i) el de que el seguro tiene necesariamente que ser comprendido como un contrato de dimensión meta individual, colectiva o comunitaria, y (ii) el de que el cumplimiento de la obligación a cargo de la aseguradora no solo tendrá lugar después de la ocurrencia del siniestro, sino desde el inicio de vigencia del contrato.

Al referirnos adelante al seguro de responsabilidad civil en la ley brasileña se podrá comprobar la importancia de esta comprensión.

Las prestaciones conmutadas por las partes son: (i) la prima, a cargo del asegurado, y (ii) la garantía, a cargo de la aseguradora. Esas prestaciones tienen equivalencia económica de tal suerte que en caso de ocurrir una desproporción el contrato podrá ser objeto de revisión o resolución, como, por ejemplo, resulta del art. 770 del Código Civil: "*Salvo disposición en contrario, la disminución del riesgo en el curso del contrato no determina la reducción de la prima estipulada; pero, si la reducción es considerable, el asegurado podrá exigir la revisión de la prima, o la resolución del contrato.*"

Las prestaciones de las partes, no hay que examinarlas en cada relación individual, ya que no es posible imaginar, a ejemplo de todos los demás contratos regulados en el Código Civil, el seguro como un contrato singular, o sea, un asegurador no puede

celebrar un solo seguro, puesto que estaría pactando un negocio de azar, juego o apuesta.

Si fuera posible encarar las prestaciones del seguro como prestaciones solitarias, de un solo contrato, en ese caso se podría identificar la "conmutatividad del riesgo" propia de los contratos aleatorios. Pero es esencial, en el caso del seguro, por razones actuariales, considerar el contrato en su ontologica naturaleza comunitaria o masificada, de tal modo que se destaca la "conmutatividad de prestaciones", propia de los contratos conmutativos.

En suma, como resalta Paulo Luiz de Toledo Piza "*no se puede negar que el contrato de seguro presenta una inolvidable estructura sinalagmática – genética y funcional – en la medida que la prestación de la prima tiene contrapartida inmediata: la propia desintegración del riesgo en el ámbito de la masa que le corresponde.*"

Por tanto, de un lado, el asegurado paga una prima que va a corresponder, de otro lado, a la garantía prestada por el asegurador. Las dos prestaciones tienen una equivalencia esencial y se dan desde el inicio de vigencia del seguro.

Se debe notar, además, que el art. 757 del Código Civil reconoce la garantía como la prestación fundamental de la aseguradora: "*Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga, mediante el pago de la prima, a garantizar el legitimo interés del asegurado (...) contra riesgos predeterminados.*" No se dice que la prestación debida será la indemnización, como antes resultaba el articulo 1.432 del Código Civil revocado, de 1916, que afirmaba que se considera seguro el contrato "*por lo cual una de las partes se obliga para con la otra, a indemnizarla del perjuicio resultante de riesgos futuros, previsto en el contrato*". Esa regla es similar al artículo 448 del Código Civil cubano, él cual, como se sabe, afirma que "*por el contrato de seguro la entidad aseguradora se obliga a pagar una indemnización o a efectuar alguna otra prestación hasta el total de la suma o valor asegurado*".

Importante es resaltar que la afirmación de la conmutatividad no sobrevino después de la edición del mencionado artículo 757. Ella ya animaba la doctrina brasileña aún cuando estaba en vigor el Código de 1916, puesto que tiene su raíz en la comprensión de la naturaleza misma del seguro y de sus prestaciones esenciales.

Al disponer sobre el seguro de responsabilidad civil, el legislador brasileño otra vez aclara que su objeto es la garantía. Más precisamente, la garantía del pago de la indemnización debida por el asegurado al tercero perjudicado. En efecto, dice el artículo 787 del Código Civil que "*En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador garantiza el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero*".

No dice la ley que el interés garantizado es la reposición del patrimonio del asegurado, pero si el pago del crédito de la victima. Tiene el legítimo interés de la victima en recibir su indemnización una especial atención del legislador. Además, en este tipo de seguro, evitar la reducción patrimonial del asegurado es sencillo, económico y socialmente útil.

La socialidad es la espina dorsal de los contratos.

En el ámbito del derecho civil, especialmente en lo contractual, se ha operado un cambio de fondo bastante radical. A la "revolución de los hechos", percibida en Francia hace más de medio siglo, sucedió un verdadero "terrorismo de los hechos".[1]

Ejemplo magno de esa verdadera revolución es el cambio de la propia utilidad de la teoría jurídica de la responsabilidad que ha evolucionado desde la pena privada perfecta para la transacción, de la culpa a ser probada para su presunción, de la responsabilidad clásica para la responsabilidad objetiva, cambiando de nombre el propio "derecho de responsabilidad" para "derecho de daños", pasando el núcleo de la investigación jurídica de la identificación del responsable para la busca de mecanismos para la indemnización de las victimas.

Y la indemnización de las victimas, con la ampliación de la infortunistica, verdadera característica de las sociedades contemporáneas, y la ampliación del concepto de daño, no tiene como depender de los patrimonios individuales. Ni las mas grandes corporaciones tienen como indemnizar, por si solas, los daños ambientales que pueden causar.

También el derecho no crea riquezas para proveer las indemnizaciones. Eso lo hacen los mecanismos económicos y sociales de gran escala, en síntesis, los seguros y otras técnicas similares.

La sociedad, así, necesita, más que encontrar responsables, indemnizar sus victimas. El "derecho de la responsabilidad" es, ahora, el derecho de la solidariedad, en la feliz explicación de François Ewald. El derecho de responsabilidad persigue indemnizar las victimas individual y socialmente consideradas; ese es su norte. La sociedad no solo es norte del derecho de la responsabilidad, como de todo el derecho privado.

Es precisamente por tal motivo que el Código Civil, promulgado en 2002, en su artículo 421, dice que "*La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato*".

Esa es una norma de orden público, como advierte expresamente el párrafo único del artículo 2.035: "*Ninguna convención prevalecerá si es contraria a los preceptos de orden publico, tales como los establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos.*"

Por tanto, debido a una norma de orden público, la idea de autonomía privada y de libertad contractual, encuentra límite en la función social que se reconozca a cada contrato. No solo a contratos, como también al más protegido instituto de derecho privado, la propiedad.

En verdad, la libertad no es aquella de otros tiempos con una limitación. Sufrió cambio de contenido. Ahora tiene contenido social, no más enfáticamente individual, en la acepción abstracta del liberalismo. El derecho subjetivo no es más, lisa y llanamente, el poder de la voluntad, ni siquiera la actuación de las voluntades individuales de las partes del negocio. El contrato no es la estrecha ligación ínter subjetiva.

---

[1] ARAGÃO, Paulo Cezar: *A organização jurídica da empresa*, **in** "Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro", nº 5, Rio de Janeiro: Forense, 1986, ps. 229-232.

El cambio es tan profundo que el mismo derecho subjetivo, aunque previsto expresamente en la ley, se ha de ejercer con moderación, ya que, dice el articulo 187 del Código Civil, "*También comete ato ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los limites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres.*"

Por función social, no se tiene tan solamente el equilibrio interno del negocio, ni tampoco las solas manifestaciones económicas de los contratos. El negocio privado, sea cual sea, no podrá desafiar el interés publico, ser negligente con su emanación obligatoria en favor de la sociedad, sin perjuicio de su propia existencia, validez o eficacia. El contrato, en fin, no es para las partes, es para ellas y para la sociedad, necesariamente.

Como hemos constatado, la propia ley (art. 787 del Código Civil) dice que la garantía del seguro de responsabilidad civil es para las victimas. No es posible olvidar esta previa presentación del objeto del contrato, puesto que en ella esta su función social. Repítase la regla: "*En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador garantiza el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero*"

Ese tercero, de algún modo victimado por el fenómeno del accidente, se podría considerar una especie de "nascituro social" para que a nadie parezca absurda su protección.

Interesante notar que el legislador brasileño no tuvo la preocupación de predeterminar el objeto de ninguno otro tipo de seguro. Solo se preocupó en aclarar el objeto del seguro de responsabilidad civil. Resulta inexorable que la garantía prevista no solo interesa a las partes contratantes, pero también a la sociedad como un todo. La ley tuvo el cuidado de limitar la libertad contractual, de alterarla en su esencia, fijando que el negocio debe funcionar para que ocurra el pago del crédito de que es titular el tercero perjudicado.

Así, no será admisible que las partes contratantes dispongan que el seguro tenga una finalidad cualquiera que no sea garantizar el crédito de la víctima. Muchas veces nos encontramos con seguros que contienen ese vicio, especialmente los denominados seguros de responsabilidad civil de los directores y administradores de sociedades empresariales (D&O). Esos seguros, especialmente los de inspiración estadounidense, acostumbran ser declarados con la finalidad de pago de la defensa jurídica de los asegurados.

La función social, si es verdad que no va perjudicar la "*libertad de contratar, de realizar, materialmente, el contrato*", es cierto que va a actuar de manera decisiva con relación a la "*libertad contractual, que busca proteger la manifestación contractual en su contenido*", una vez que "l*os contratos desempeñan relevante papel en la sociedad, nacional e internacionalmente considerada.*" [2]

El contrato de seguro de responsabilidad que desvíe del comando del *caput del articulo* 787 niega incidencia no solo a ese mismo comando normativo, sino también al articulo 421 del Código. En una tal circunstancia, el juez podrá proclamar que el contrato es

[2] AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Contrato: função, boa-fé, Imprevisão, onerosidade* **in** "Aspectos controvertidos do novo Código Civil". RT, São Paulo, 2003, ps. 33-34.

inexistente por ausencia de objeto, declarar su nulidad por fraude a la ley imperativa, hacer la revisión de su contenido para no matar el contrato y adecuarlo a la ley etc.

Si es verdad que existe una sintonía entre los artículos 421, 757 y 787 del Código, es también innegable que la construcción de ese diploma normativo no resultó en la más perfecta armonía. En el mismo articulo 787 encontraremos párrafos propios de tiempos ya hace mucho pasados, los cuales hoy repugnan a la conciencia jurídica. Como ejemplo, véase el caso del párrafo § 1º del art. 787 que prohíbe el responsable "*reconocer su responsabilidad o confesar el pedido, así como transigir con el tercero perjudicado, o indemnizarlo directamente, sin anuencia expresa del asegurador*".

¿Seria posible que un simple contrato de seguro pudiera inhibir el reconocimiento de la responsabilidad o de los hechos sobre los cuales el mismo es articulado o, por cualquier medio, atribuir a la aseguradora el poder de impedir o retrasar el pago debido a la victima que, al final, es el que toda sociedad persigue? Es evidente que la regla del párrafo 1º jamás podrá ser aplicada sino para cohibir fraude o abuso lesivo a la aseguradora, pero su existencia por si sola demuestra que la tesitura del derecho positivo tiene también asintonías, como bien recordó el profesor Leonardo Pérez Gallardo en su discurso inaugural. Mezcla un contenido contemporáneo, como el de su *caput*, con otros que hace mucho, en circunstancias históricas pasadas, si tenían significado, pero hoy ninguno más tienen.

Esta discordancia, como veremos adelante, se va repetir de manera a causar alguna dificultad en la doctrina y en la jurisprudencia para la aceptación de la acción directa en el seguro facultativo de responsabilidad.

La acción directa de la victima

El jurista que se encargo de la redacción del sustitutivo que ha plasmado en el Código el reglamento del contrato de seguro, Fábio Konder Comparato, reconoce la eficacia del seguro facultativo de responsabilidad civil en favor de los terceros perjudicados, atribuyéndoles, incluso, la posibilidad de accionar directamente contra la aseguradora, y advirtiendo que tal solución no debe causar sorpresa a nadie puesto que "*el tema es viejo de más de medio siglo, y no debería suscitar entre nosotros el pasmo de la novedad o los escrúpulos de la osadía*." [3]

En el camino de la construcción afirmativa de la acción directa, debemos observar que el párrafo 4º del articulo 787 aclarará que "*Subsistirá la responsabilidad del asegurado para con el tercero, si el asegurador es insolvente*."

Esta regla demuestra que la aseguradora está en la primera línea de responsabilidad.

De ahí el verbo principal "subsistir", y estará la subsistencia condicionada a la previa insolvencia de la aseguradora. Como en otra oportunidad tuvimos ocasión de expresar, "*Al utilizar la conjunción condicional 'si', que significa 'en la hipótesis de', el párrafo auxilia a comprender que, con el siniestro, surge ante el tercero un nuevo responsable,*

---

[3] *Seguro de responsabilidade civil – Ação direta da vítima do dano contra o segurador – inadmissibilidade* **in** "RDM 1/113, *apud* TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio Queiroz de B. e PIMENTEL, Ayrton: "Contrato de Seguro – de acordo com o Novo Código Civil", São Paulo, RT, 2ª ed., 2003, ps. 140-141.

que no suprime el original, pero que a el se sobrepone para efecto de indemnizar las pérdidas y daños sufridos.
El Código repite la fórmula, utiliza la conjunción del verbo "subsistir" con la conjunción condicional 'se' en diversas normas (ver artículos 155, 167, 551 y párrafo único)."

Esa regla prevé la insolvencia de la aseguradora. ¿Pero, que va ocurrir si es el asegurado quien se volvió insolvente?

En la legislación brasileña existe una norma sobre el tema que parece ser restrictiva para las relaciones de consumo y muchos la exhiben como la prueba de la imposibilidad de la acción directa en otros casos. Tratase del art. 101 y su inciso II, del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CDC). Dice esa regla: "*en la acción de responsabilidad civil del proveedor de productos y servicios (...) serán observadas las siguientes normas: (...) II – (...) Caso declarada la quiebra del reo, el síndico será llamado a informar la existencia de seguro de responsabilidad, facultándose, en caso afirmativo, el enjuiciamiento de acción de indemnización directamente contra el asegurador (...)*".

Con el pretexto de proteger al consumidor, haciendo opción por establecer una regla especial para el proveedor insolvente de bienes o servicios, el legislador acabó por dificultar la afirmación de la amplia posibilidad de acción directa, la cual había sido proclamada por parte de la doctrina brasileña (Aguiar Dias, Caio Mário etc.), desde décadas antes de la promulgación del Código del consumidor que sucedió en 1990.

Los fallos

Desde fines de los años 90 de la década pasada, la jurisprudencia, incluso del Superior Tribunal de Justicia, pasó a admitir la acción directa de la victima contra la aseguradora de responsabilidad. Como fundamento, se ha presentado la "efectividad contractual", los "criterios de justicia", o mismo la tesis según la cual el seguro de responsabilidad comprendería una especie de estipulación mixta, o sea, en beneficio propio y a favor de tercero por ser determinado. De nuestra parte, la aceptación de la acción directa no se ha de buscarla en tales construcciones jurídicas. Ella proviene de la propia esencia del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Aún es predominante en nuestra experiencia judicial el entendimiento que se había tornado hegemónico en el Superior Tribunal de Justicia en 2001, el que abre, de manera lo amplia, el camino para la acción directa: "*I – La legitimidad para ejercer el derecho de acción proviene de la ley y es dependiente, en general, de la titularidad de un derecho, del interés jurídicamente protegido, conforme la relación jurídica de derecho material existente entre las partes celebrantes. II – Las relaciones jurídicas oriundas de un contrato de seguro no se limitan a las partes contratantes, siendo posible atingir tercero beneficiario, como ocurre con los seguros de vida o de accidentes personales, ejemplos clásicos apuntados por la doctrina. III – en las estipulaciones en favor de tercero, este puede ser persona futura e indeterminada, bastando que sea determinable, como en el caso del seguro, en que se identifica el beneficiario en el momento del siniestro. IV – El tercero beneficiario, aunque no haya participado del contrato, tiene legitimidad para proponer acción directa contra la aseguradora, para cobrar la indemnización prevista en su favor*." (Recurso Especial nº 257880-RJ, fallo por mayoría

de votos, relator el Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, vencedores los Ministros Ruy Rosado de Aguiar y César Asfor Rocha, j. 03.04.2001)

Sin embargo, una asintonía ha creado obstáculos. Me refiero al artículo 788 del Código Civil, el cual generó alguna dificultad para la tendencia jurisprudencial favorable a la acción directa incondicionada. Dice ese artículo que "*En los seguros de responsabilidad legalmente obligatorios, la indemnización por siniestro será pagada por el asegurador directamente al tercero perjudicado*".

La misma disposición es utilizada por muchos doctrinarios, de los cuales discordamos[4], para sustentar el entendimiento de que la acción directa solo es posible en los casos de seguro obligatorio de responsabilidad civil y no en los facultativos.

La aparente antinomia de esa regla con el *caput* del artículo 787 puede ser fácilmente solucionada, como demuestra Donaldo Armelin: "*Considerándose que los seguros obligatorios corresponden tan solo a una especie del género responsabilidad civil, la dicción del nuevo código civil demuestra indicar la existencia de dos regímenes diferenciados, caso observados en el prisma de la admisibilidad de la acción directa. Los seguros obligatorios la comportarían y aquellos facultativos no. Esa interpretación de los textos legales ahora referidos ya ha sido desarrollada con brillo, afirmándose que si el legislador pretendiera establecer régimen único con tratamiento paritario para los dos seguros, debería haber reducido para apenas uno los dos artículos. Sin embargo, es sabido que ni siempre el legislador prima por la pureza sistemática, siendo fácilmente identificables dispositivos que podrían sonar superfluos por implicar reproducciones de otros ya existentes.*".

Después de ejemplificar situaciones legislativas similares, o sea, normas que se repiten y aparentan estar en conflicto, Armelin concluye: "*Por eso la circunstancia del nuevo Código Civil de omitir en su artículo 787 cuanto a la admisibilidad de cobro directo por la victima contra el asegurador no debe ser tomada como muralla no transponible para la aceptación de esa admisibilidad. Esto porque la interpretación sistemática de tales disposiciones no debe llevar en consideración tan solo el capítulo en que esos dispositivos están presentes, pero sí todo el tratamiento prestado por el Código Civil al seguro. De ello se infiere que este se destina a beneficiar más a la victima que al asegurado porque ella es quien soporta directamente las consecuencias de los siniestros. Además, se debe considerar que el seguro, como un contrato, debe ser interpretado mediante una óptica que prestigie su función social. Es el que precisamente preceptúa el párrafo único del artículo 2.035 del nuevo Código civil al establecer la ineficacia de las convenciones dirigidas a burlar normas de orden público como aquellas que aseguran la función social del contrato. Por tanto, es fuerte en el sistema abierto del nuevo Código civil, y mismo en el ordenamiento jurídico la tendencia de reconocer la presencia de un derecho material propiciador de la legitimidad ad causan para que la victima del siniestro pueda ingresar en juicio directamente contra el asegurador.*" [5]

---

[4] Ver las dos posiciones en TZIRULNIK, QUEIROZ CAVALCANTI e PIMENTEL, "Contrato de Seguro: ...", op. cit., ps. 132-145. Ver también ARMELIN, Donaldo: *A ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil: fundamentos e regime das exceções* **in** "III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho", IBDS-EMTS, São Paulo, 2003, ps. 178-181. Sobre la doctrina extranjera ver TZIRULNIK, Ernesto, "Regulação de Sinistro", RT, São Paulo, 2001, 3ª ed. ps. 41-60.

[5] Op. cit., ps. 178-179.

Formación obligatoria de un litisconsorcio facultativo

La aparente dicotomía de tratamiento entre los seguros obligatorios y los facultativos que proviene del artículo 788, conduce algunos fallos del Superior Tribunal de Justicia a proclamar la necesidad de participación del asegurado en litisconsorcio pasivo con la aseguradora, el que nos parece una solución heterodoxa: la *formación obligatoria de un litisconsorcio facultativo*. Como ejemplo, el siguiente fallo:

"I – *(...) el seguro voluntario es contratado en favor del asegurado, no de tercero, de suerte que en su presencia concomitante en el polo pasivo de la litis, nos presenta posible la demanda intentada directamente por la victima en contra de la aseguradora. II – la condenación de la aseguradora solamente ocurrirá si probado que el asegurado actuó con culpa o dolo para el accidente, donde la necesidad de integración de el contratante para que no haya, incluso, de lesión al derecho de defensa.*" (Recurso Especial nº 256.424-SE, fallo por mayoría votos, vencido el Relator Ministro Fernando Gonçalves, vencedores os Ministros Aldir Passarinho Junior [Relator para la redacción del fallo], Jorge Scartezzini e Barros Monteiro, j. 29.11.2005)

La ley en fase de construcción

En los días actuales tramita en Brasil, aunque sometido a rápido adormecimiento, su primer proyecto de ley sobre el contrato de seguro (PL 3555/2004). El anteproyecto ha sido elaborado por una comisión que tuve el honor de coordinar juntamente con el doctor Flávio Queiroz Cavalcanti.

El proyecto adoptó, con respecto al tema, como Uds. podrán consultar en el texto del "Capítulo II" y otros dispositivos, que se ha distribuido, la posibilidad expresa de acción directa de la víctima contra la aseguradora, no solo en armonía con la solución que se adopta en la mayoría de las legislaciones extranjeras, sino también para evitar interpretaciones que disputen con la función social del seguro de responsabilidad.

Para nuestra felicidad, el primer dictamen que recibió el proyecto, en la Comisión de Desarrollo Económico, Industria y Comercio del Congreso Nacional, viene justamente a destacar como uno de sus aspectos más importantes justamente la disciplina que consagra la acción directa.

Ahora, sin cometer más atrocidades contra la lengua española, aprovecho para rememorar porque se debe tener, como ocurre justamente ahora en Brasil y también en Cuba, una ley sobre el contrato de seguro de los días actuales. No cometeré atrocidades porque lo haré con las palabras de un importante jurista argentino, Atilio Alterini, que acabo de leer en el volumen 26 de la *Revista Cubana de Derecho*[6] que la extraordinaria organización de estas jornadas distribuyo a todos:

" *'Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseba su autor cincuenta años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias.' (Borda)*

[6] Ed. Union Nacional de Juristas, julio-diciembre 2005, p. 120.

Pero para invertir el estado anterior del derecho es necesario un texto nuevo, porque 'a menudo es posible hacer decir a los textos otra cosa que lo dicen, pero rara vez lo contrario' (Flour); los tribunales no pueden suprimir palabras de la ley, y sólo tienen facultades para introducirle las que no trae 'para aclarar su sentido' (López de Zavalía), lo cual es bien limitado cuando resulta imperativo cambiar el sistema."

Aquellos que tuvieren interés en examinar todo el contenido del proyecto podrán encontrarlo en el sitio www.ibds.com.br. Agradeceremos sus críticas y sugerencias.

Por su atención, muchas gracias!

La Habana, 26 de enero de 2007.

"CAPÍTULO II
SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Art. 109. *O seguro de responsabilidade civil garante o interesse do segurado contra os efeitos da imputação de responsabilidade e do seu reconhecimento.*

Art. 110. São credores da garantia o segurado e os prejudicados*.*

§1º ***Os prejudicados são os únicos credores da indenização devida pela seguradora, salvo o disposto no parágrafo 3º deste artigo, e poderão exercer seu direito de ação contra esta, respeitado o limite garantido pelo contrato, com a faculdade de citar o responsável como litisconsorte****.*

§ 2º No seguro de responsabilidade civil residencial ou por uso de veículos automotores de vias terrestres, fluviais, lacustres e marítimas, ***a garantia contratada será também em favor daqueles que fizerem uso legítimo do bem****.*

§ 3º Serão garantidos os ***gastos com a defesa*** *do segurado contra a imputação de responsabilidade,* ***mediante a fixação de valor específico e diverso daquele destinado à indenização dos terceiros prejudicados****.*

§ 4º O responsável garantido pelo seguro que não colaborar com a seguradora ou praticar atos em detrimento desta, responderá pelos prejuízos a que der causa. Cabe ao obrigado:

I – Informar prontamente a seguradora das comunicações recebidas que possam gerar uma reclamação futura;

II – Fornecer os documentos e outros elementos a que tiver acesso e que lhe forem solicitados pela seguradora;

III – Comparecer aos atos processuais para os quais for intimado;

IV – Abster-se de agir em detrimento dos direitos e pretensões da seguradora.

§ 5º A seguradora poderá celebrar transação com os prejudicados, ***o que não implicará o reconhecimento de responsabilidade, nem prejudicará aqueles a quem é imputada a responsabilidade****.*

§ 6º A importância segurada está sujeita aos ***mesmos acessórios incidentes sobre a dívida do responsável****.*

§ 7º Havendo pluralidade de prejudicados em um mesmo evento, a seguradora ficará liberada prestando a totalidade das indenizações decorrentes da garantia do seguro a um ou mais prejudicados, sempre que de boa fé ignore a existência dos demais.

Art. 111. *A seguradora pode opor aos prejudicados todas as defesas fundadas no contrato que tiver para com o segurado ou o terceiro que fizer uso legítimo do bem,* ***desde que anteriores ao início do sinistro****.*

Art. 112. *A seguradora poderá opor aos prejudicados todas as defesas que possuir contra estes, fundadas ou não no contrato.*

Art. 113. *O seguro de responsabilidade civil não garantirá o pagamento ou o reembolso de valores devidos por força de autuações aplicadas pelas autoridades administrativas no exercício do poder de polícia e multas penais.*

Art. 114. *O segurado, quando a pretensão do prejudicado for exercida exclusivamente contra si, é obrigado a, no prazo de cinco (5) dias, notificar a seguradora, judicial ou extrajudicialmente, a respeito da demanda.*

§ 1º A notificação deverá conter todos os elementos necessários para o conhecimento da lide e do processo pela seguradora.

§ 2º Feita a notificação, o segurado será substituto processual da seguradora até o limite da importância segurada, quando esta não requerer sua admissão no pólo passivo.

§ 3º Descumprido o dever de notificar, a responsabilidade da seguradora deverá ser discutida em ação própria."

Suspensión de la garantía y pago de la prima

"***Art. 18.*** *A mora relativa à prestação única ou à primeira parcela de prêmio resolve de pleno direito o contrato, salvo convenção em contrário.*

§ 1º A mora relativa à parcela de prêmio, que não seja a primeira, suspenderá a garantia contratual após notificação ao segurado concedendo prazo para a purgação não inferior a quinze (15) dias contados da recepção.

§ 2º A notificação deve ser feita por carta registrada remetida para o último endereço do segurado informado à seguradora, ou outro meio idôneo, e conter as advertências de que o não pagamento no novo prazo suspenderá a garantia e de que não sendo purgada a mora a seguradora não efetuará quaisquer pagamentos devidos por sinistro ocorrido a partir do vencimento original da parcela não paga.

§ 3º Caso o segurado recuse a recepção ou por qualquer razão não seja encontrado no último endereço informado à seguradora, o prazo previsto no § 1º terá início nessa data.

*§ 4° **A suspensão da garantia não afetará direitos dos prejudicados nos seguros de responsabilidade civil, quando o dano for a morte, a invalidez ou a necessidade de tratamento médico-hospitalar, devendo a seguradora indenizar os prejudicados ou seus beneficiários, e agir em regresso contra o segurado***."

Prescripción de las pretensiones

"***Art. 137.*** *Quando fundada no seguro de responsabilidade civil, prescreve:*

§1º Em um ano, contado de cada desembolso, a pretensão do segurado para exigir a prestação relativa a gastos com a defesa.

§2º Em um ano, contado da data em que tiver efetuado pagamento direto ao terceiro, a pretensão do segurado para exigir reembolso."

"***Art. 141.*** *Nos seguros de responsabilidade civil a prescrição e a decadência das pretensões e direitos dos prejudicados em face da seguradora seguem as regras aplicáveis à responsabilidade do segurado perante aqueles*."