

TITULO VIII

EL SEGURO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

CAPITULO I

LA ACCION DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR

Artículo 1987.— *La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.*

Sección I: Consideraciones generales

411. *Dificultades de interpretación.* Este artículo, que no tiene antecedentes en el Código anterior y cuyo principio fue introducido por el autor de este trabajo en el seno de la Comisión Reformadora, ha dado lugar a preocupaciones y controversias entre los aseguradores, debidas en buena parte a la mentalidad literal y formalista con que se interpreta el Derecho en el Perú y en parte también a defectos de redacción introducidos por la Comisión Revisora.

En los acápite siguientes, trataremos de solucionar tales dificultades sobre la base de recurrir a una interpretación razonable de la norma.

412. *Propósito de la norma.* El propósito de este artículo consiste en proteger más directamente a la víctima, evitando que terceros puedan ejercer derechos preferenciales o concurrentes sobre la indemnización así como que las Compañías aseguradoras utilicen a sus asegurados como biombos para ocultarse detrás de ellos y retrasar el pago de las indemnizaciones.

Ya el ilustre comercialista italiano Cesare VIVANTE, a fines del siglo pasado, insistía en la necesidad de otorgar acción a la víctima contra el asegurador.

Sostenía VIVANTE que no otorgarle acción al damnificado contra el

asegurador era uno de los grandes defectos de la legislación italiana de su tiempo. El problema que veía era la posibilidad de que terceros, con otro tipo de títulos, pudieran hacer suya la indemnización abonada por el seguro al asegurado, antes de que ésta fuera pagada a la víctima. El asegurador debe la indemnización al asegurado desde el momento en que éste se encuentra obligado a reparar a la víctima, es decir, desde que ocurre el daño. Pero pueden presentarse otros acreedores del asegurado con la intención de concurrir sobre tal indemnización con la víctima o incluso de excluir a la víctima de ella si esos terceros acreedores tuvieran créditos privilegiados. Dado que desde el momento del daño ese asegurado tiene derecho a que el seguro le pague, ese monto de lo que estaría destinado a reparar a la víctima constituye un derecho crediticio que forma parte del patrimonio del causante. Pero, en estas circunstancias, si tal causante tiene otros acreedores y pocos bienes, aquellos pueden pretender ser también pagados —cuando menos en parte— con cargo a esa suma de dinero que el causante insolvente debe recibir el seguro.

VIVANTE, henchido de legítima indignación de auténtico jurista, decía: “Son soluciones inicuas porque toleran que uno se enriquezca a costa del verdadero damnificado; peligrosas, porque pueden incitar siniestros dolosos y culposos; dañosas, porque dispersan dividiéndolo entre una masa de acreedores, el capital reconstituido de la aseguración, en vez de hacer llegar a quien supo formarlos y quien probablemente sabría disfrutarlos (la víctima)”. Pero inicuas o no, estas soluciones son inevitables mientras no se otorgue acción a la víctima contra el asegurador. Por eso VIVANTE concluye diciendo: “Le falta, pues, a nuestro Código una regla general que haga siempre llegar la indemnización asegurada hasta el damnificado”⁶¹¹.

En la actualidad, resulta frecuente que la persona que ha recibido daño de un asegurado, tenga que litigar durante muchos meses —quizás años— aparentemente contra el responsable, aun cuando es la Compañía de Seguros la que realmente lleva el juicio con sus propios abogados y la que, en última instancia, pagará la indemnización. Y una vez obtenida sentencia favorable, esa víctima se encuentra que tiene que iniciar una nueva peregrinación —esta vez extrajudicial— para que el asegurador le pague: como esa Compañía formalmente no ha participado en el juicio (aunque en la realidad sea la

611. Cesare VIVANTE: *Trattato di Diritto Commerciale*. 4ta. ed. Vol. IV. *Le Obligazioni (Contratti e prescrizione)*. Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi. Milano, 1916. N° 1935, p. 535.

única que ha litigado, ya que el asegurado se desentiende del problema sobre la base precisamente de que tiene un seguro), la víctima no puede ejecutar la sentencia contra ella. Esto da lugar a numerosas gestiones y a difíciles opciones: después de varios meses más de conversaciones, la víctima es arrinconada a aceptar una transacción diminuta o a continuar su juicio contra el responsable directo intentando la ejecución de la sentencia. Como este último camino implica nuevos costos (embargos, tasaciones, remates, etc.) y es bastante desagradable, la víctima prefiere aceptar la transacción propuesta. De esta manera, en definitivas cuentas, el monto de la indemnización no es el que decide el juez sino el que la Compañía de Seguros acepta.

La regla del artículo 1987 pretende cortar camino y evitar así las vueltas y revueltas antes relatadas. Es por ello que se permite a la víctima que involucre a la Compañía aseguradora en el juicio de responsabilidad y obtenga así una sentencia contra ella; en esta forma, ganado el juicio, no cabe que se le proponga transacción alguna pues, en caso de no recibir la indemnización fijada por el juez, tratará embargo sobre las cuentas bancarias de la propia aseguradora —lo que es relativamente fácil— y obtendrá el pago.

413. *Antecedentes extranjeros.* La acción de la víctima contra el asegurador no es un innovación jurídica reciente, aun cuando en nuestro medio se haya pretendido plantearla como revolucionaria y casi como herética. Normas de este tipo existen ya en muchos países, las que en buen número de los casos han sido precedidas por jurisprudencia de los Tribunales en tal sentido, y sus primeras manifestaciones son fechadas en el siglo pasado.

En Francia, la acción se otorga primero en caso de incendio por la Ley de 10 de febrero de 1889. Más tarde, la Ley de 28 de mayo de 1913 la incorpora definitivamente al Código Civil, agregando un inciso al artículo 2012 del *Code Napoléon* por el que la acción es posible en los casos de accidentes que causen daños a terceros. Finalmente, la Ley del 13 de julio de 1930, en su artículo 53, extendió el derecho de la víctima a accionar directamente contra el asegurador del causante a todos los seguros terrestres de responsabilidad civil.

La Ley española del Contrato de Seguro, en su artículo 76, establece que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio a tercero”.

Similares disposiciones contiene los ordenamientos jurídicos de Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza ⁶¹², para no citar sino algunos. Ciertos países, como Bélgica, se resistieron a incorporar el principio por la vía jurisprudencial; sin embargo, la ley belga de 1º de julio de 1956, que crea el seguro obligatorio de vehículos automotores, ha finalmente concedido también a la víctima una acción directa contra el asegurador.

414. *Antecedentes nacionales.* Esta acción de la víctima contra el asegurador tampoco es una novedad en el Perú.

La Corte Suprema del Perú ha admitido también que las Compañías de Seguros fueran directamente demandadas por la víctima; aun cuando el respeto al principio de que los contratos sólo son obligatorios para las partes ha producido una jurisprudencia vacilante y contradictoria.

La jurisprudencia favorable a la acción contra el asegurador —cuya fundamentación analizaremos más adelante— ha recaído tanto en casos de accidentes de trabajo (que anteriormente eran objeto de seguro obligatorio ante Compañías de Seguros privadas) como en casos de accidentes de tránsito.

Don Víctor Arroyo Winther demanda al Expreso Noroeste S. A. y a la Compañía Internacional de Seguros del Perú para que le indemnice por los daños sufridos a causa de un accidente de tránsito de que fue víctima con ocasión directa de su trabajo. El apoderado de la Compañía de Seguros dedujo la excepción de inoficiosidad de la demanda, aduciendo que su representada no era causante del daño sino simplemente aseguradora del eventual causante. El Fiscal GARCIA ARRESE desestima esta alegación considerando que la Compañía Internacional de Seguros del Perú debe responder frente a la víctima porque se ha acreditado que es la aseguradora del personal obrero de su codemandada; y la Corte Suprema, por Resolución de 28 de setiembre de 1950, condena a dicha Compañía a pagar la indemnización por la incapacidad temporal sufrida por el demandante ⁶¹³. En el mismo sentido,

612. Henri y León MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera.* Vol II. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1978. No. 2697- 2, n.1. pp. 293- 4.

613. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Diciembre de 1950. No. 83, pp. 1550- 1552.

la Resolución de la Corte Suprema de 24 de diciembre de 1951 ordena a la Compañía de Seguros Atlas pagar directamente a la víctima, don Bernardino Lazo, la indemnización por un accidente de trabajo⁶¹⁴.

En materia de accidentes de tránsito numerosas Ejecutorias admiten también la acción de la víctima contra el asegurador del responsable; aun cuando hay muchas Ejecutorias que la deniegan, lo que produjo confusión al respecto.

Ya en 1953 encontramos Ejecutorias como la recaída en el juicio seguido por doña Isabel Marcos de Toledo contra doña Gladys Huerta y la Compañía de Seguros La Nacional, en la que la Corte admite la acción y la declara fundada. El Fiscal FEBRES da cuenta en su dictamen de que la demandante ha dirigido su acción tanto contra la propietaria del vehículo que le infirió el daño como contra la Compañía donde ese vehículo se encontraba asegurado. Sin embargo, no se hace problema alguno con este hecho: ni lo fundamenta ni lo cuestiona sino que, simplemente, opina por que ambos demandados sean obligados al pago. Y el Tribunal Supremo, en Ejecutoria de 2 de noviembre de 1953, se limita a amparar esta acción, sin ninguna explicación⁶¹⁵.

Una Ejecutoria que fundamenta detalladamente la admisión de la acción contra el asegurador es la recaída en el juicio seguido por don Washington Arrunátegui Ríos contra don Jorge Bazán y contra la Compañía de Seguros Generales Italo-Peruana. Arrunátegui Ríos, quien conducía un camión, fue embestido por otro camión conducido en sentido inverso por Bazán, quien circulaba por el medio de la pista. Este último camión tenía un peso considerable porque estaba cargado de cilindros de gasolina. Al rozar el vehículo más liviano de Arrunátegui, lo hizo volcar; y Arrunátegui sufrió heridas graves que obligaron a la amputación de la mano derecha. Esta lesión implicaba que Arrunátegui no podría nunca más continuar ejerciendo su oficio de chofer y debía de cambiar de forma de vida. Como consecuencia de ello, Arrunátegui demandó tanto al chofer del camión que causó el accidente como a la Compañía aseguradora de ese vehículo.

614. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1951. no. 99, pp. 2022- 2023.

615. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1954, No. 124, pp. 589- 590.

El Juez de Primera Instancia declaró fundada una excepción de irresponsabilidad deducida por la Compañía de Seguros Generales Italo-Peruana. Y el Fiscal GARCIA ARRESE, quien había admitido la procedencia de la demanda contra el asegurador en los casos de accidentes de trabajo, concuerda en este caso con la tesis del Juez. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en Resolución de 15 de setiembre de 1958, declara que la Compañía de Seguros puede ser emplazada en juicio conjuntamente con su asegurado-causante y que, en el presente caso, habiéndose demostrado la responsabilidad de éste último y la existencia del contrato de seguro, ambos demandados —chofer y asegurador— son responsables solidariamente; y agrega que “lo contrario daría lugar a que la reparación del daño fuera ilusoria, bastando para él lo que el asegurado (insolvente) se abstenga de demandar a la Compañía aseguradora”⁶¹⁶.

Otras Ejecutorias que admiten la acción pero que no la justifican teóricamente son las recaídas en los juicios seguidos por don Ismael Cisneros contra la Compañía de Seguros Popular y Porvenir⁶¹⁷ y por don Carlos Pereda Rebaza contra la Compañía de Seguros Rímac⁶¹⁸, en las que, establecida la responsabilidad y probada la existencia del contrato de seguro, la Corte ordenó al asegurador que pagará la indemnización.

Sin embargo, hemos indicado que existe también abundante jurisprudencia contraria; particularmente entre los años 1970 y 1973, aun cuando todavía se encuentra alguna en 1975.

Estas Ejecutorias curiosamente repiten el mismo texto en sus Considerandos, con el fin de justificar la denegatoria de la acción. La primera de ellas, aquella que inaugura el fraseo que se convertirá en tópico, es la recaída el 19 de octubre de 1970 en el juicio seguido por don José Emilio Buitrón Perales contra doña Daría Choy de Yi y la Compañía de Seguros Generales Sub-América Terrestre y Marítima S. A. La Corte Suprema dice que “el seguro de responsabilidad no produce solidaridad entre el asegurado y el asegurador para la reparación del daño irrogado por aquél, ni genera vinculación jurídica entre el asegurador y el titular del daño, por lo que es incuestionable que éste último carece derecho y calidad para ejercitar

616. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1958. No. 178, pp. 1229- 1231.

617. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1963. No. 232, pp. 625- 627.

618. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre de 1974. No. 368, pp. 1119- 1120.

—como en el caso de autos— acción reparatoria directa contra la compañía aseguradora”⁶¹⁹.

La misma decisión y el mismo texto justificatorio se reproduce en la Ejecutoria recaída con fecha 13 de julio de 1971 en el juicio seguido por don Leonidas Lazo Pancorvo contra el Comité No. 4 San Judas Tadeo, don Luis Gaspar Camacho Pelliser y la Compañía de Seguros La Nacional⁶²⁰. Es interesante comprobar que en este caso la Compañía de Seguros litigaba por sí misma y como poderdante del asegurado; lo que confirma el hecho de que es realmente el asegurador quien asume el pleito, mientras que el asegurado se desentiende del mismo por considerar que está cubierto por el seguro: el verdadero interés en juego por la parte demandada —si el monto del seguro es suficientemente alto— no es el del responsable directo sino el de la Compañía de Seguros. También debe destacarse el hecho de que la votación de la Sala no fue unánime, dado que uno de los Vocales emitió un voto singular favorable a la acción contra el asegurador; pero, lamentablemente, no fundamentó su opinión discrepante, por lo que no podemos conocer los términos en que se discutió el caso en la Corte Suprema.

La Ejecutoria de 1º de julio de 1971, recaída en el juicio seguido por doña Fermina Elías viuda de Soto contra don Juan Infantes Merel y El Sol Compañía de Seguros Generales, después de repetir las frases consabidas, agrega algunas consideraciones adicionales: “no obstante el interés de la Compañía en el caso sub-litis, por su condición de aseguradora, debe considerársele como un tercero y, por lo tanto, ajena a la relación jurídica existente entre la actora y el causante directo del daño, por lo que para ella la controversia resulta ser ‘res inter alios’ tanto por el objeto de la misma como por la causa que la motiva”⁶²¹.

Otra Ejecutoria con el mismo texto —sin las adiciones hechas en la Ejecutoria anterior— es la recaída con fecha 2 de noviembre de 1971 en el juicio seguido por doña Artencisa de Pelloci y doña Claudia Pachas de Amado contra don Víctor Macaguo, don Nicolás Maumeire Huanca y la

619. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre, enero de 1971. No. 324, p. 117.

620. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1971. No. 333, pp. 1242- 1243.

621. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Agosto de 1971. No. 331, pp. 1005- 1006.

Compañía de Seguros y Reaseguros Peruano—Suiza S. A. ⁶²². Es de destacar que en este juicio se había producido incluso un allanamiento parcial de la Compañía de Seguros, que se declaró improcedente. Y la Ejecutoria de 11 de junio de 1973, recaída en el juicio seguido por don Miguel Landa Machuca contra la Granja San Bosco S. A. y la Compañía de Seguros El Sol, nuevamente repite el mismo texto ⁶²³. En 1975, habiendo cambiado la composición de la Sala, encontramos sin embargo otra Ejecutoria recaída en el juicio seguido por la sucesión de don José Manuel Munar Matute contra don Percy Bejarano Torres y La Colmena Compañía de Seguros en la que se utiliza exactamente el mismo fraseo para denegar la acción contra el asegurador, que ya había sido admitida por las dos instancias inferiores ⁶²⁴.

Sección II: Fundamentos de la acción

415. *Alternativas*. La acción directa de la víctima contra el asegurador podría estar fundamentada ya sea en considerar que el contrato de seguro implica una estipulación en favor de tercero, ya sea en la acción oblicua, ya sea en un derecho especial concedido por la ley a la víctima.

416. *La estipulación en favor de tercero*. El primer camino consistiría en considerar que la ley ha caracterizado el contrato de seguro como un acuerdo entre un asegurado-estipulante con un asegurador-prominente, en virtud del cual éste último promete al primero abonar las sumas que le correspondan a un tercero (beneficiario-víctima) de acuerdo a las reglas de la responsabilidad extracontractual y dentro de los límites de la póliza.

En esta forma, se justificaría el derecho de la víctima de cobrar la indemnización directamente del asegurador. De otro lado, la víctima tendría también un derecho de valuta contra el causante, es decir, una acción basada en un hecho distinto del contrato entre asegurado y asegurador (aunque previsto por éste) como es el que se deriva de la responsabilidad extracontractual. Cabe recordar que una de las aplicaciones más importantes de los contratos en favor de tercero se encuentra en el campo de los seguros: el seguro

622. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1971. No. 334, pp. 1377- 1378.

623. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio de 1973. No. 354, p. 840.

624. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, noviembre de 1975. No. 382, pp. 1230- 1231.

de vida es un ejemplo típico ⁶²⁵. Y, de otro lado, el contrato de seguro de responsabilidad civil se encuentra tan cerca de esta institución que incluso es también denominado “seguro de tercera persona” (*third party insurance*).

Esta tesis fue adoptada por alguna Ejecutoria Suprema de las antes mencionadas. Es así como en el juicio seguido por don Washington Arrunátegui Ríos contra don Jorge Bazán y contra la Compañía Italo-Peruana de Seguros Generales, la Resolución de la Corte Suprema admite la acción contra el asegurador justificando esta admisión en que “conforme al artículo 1345 del Código Civil, el tercero por el solo hecho de la estipulación en su favor tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación” y que “producido el evento, aquella (la Compañía de Seguros) se sustituye el asegurado cubriendo los daños derivados del hecho” ⁶²⁶.

417. *Crítica*. Sin embargo, pensamos que quizá este camino no es el más adecuado para configurar la acción directa de la víctima contra el asegurador.

En primer lugar, tradicionalmente el contrato de seguro de responsabilidad civil es entendido como celebrado en interés del asegurado y no de la víctima y, cuando menos, es esta interpretación la que se ajusta mejor a la efectiva voluntad de las partes: lo que intentan las partes a través de tal contrato es mantener indemne al asegurado frente a las reclamaciones de un tercero; por tanto, este seguro *garantiza al asegurado* la conservación de su patrimonio. Ninguna de las partes tiene intención alguna de estipular en favor de tercero: el asegurado estipula con el asegurador en su propio favor, para evitarse problemas en el futuro. Por consiguiente, este tipo de contrato se celebra en interés del asegurado y no del tercero-víctima. Es verdad que el contrato en favor de tercero no excluye —por el contrario, más bien supone— que el estipulante tenga un interés propio ⁶²⁷. Pero parecería que en el caso del seguro de responsabilidad civil, ese interés propio es el único que existe en el *ánimo* de quien adquiere un seguro, sin que el interés del tercero esté presente en la mente de los contratantes.

625. Manuel de la PUENTE y LAVALLE: “*Estudios del contrato privado*”. T. II. Editorial Cuzco S. A. Lima, 1983, p. 227.

626. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1958. No. 178, pp. 1229- 1231.

627. Cf. artículo 1457 del Código Civil peruano.

En segundo lugar, en el contrato en favor de tercero, el derecho de tal tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. En cambio, en el seguro de la responsabilidad civil el derecho de la víctima contra el asegurador surge sólo cuando se produce el daño. Es cierto también que actualmente se discute mucho sobre la posibilidad de que “personas futuras” pueden ser beneficiarias de los contratos en favor de terceros y que quizás los autores más importantes —ALESSANDRI, BOULANGER, CAPITANT, COLIN, JOSSERAND, MESSINEO, PLANIOL, RIPERT y otros— son partidarios de la tesis permisiva. Sin embargo, nuestro Código —posiblemente por influencia de Manuel de la PUENTE y LAVALLE⁶²⁸— ha adoptado la tesis de que “el derecho del beneficiario debe formarse *directamente* del contrato y nace *inmediatamente* de celebrado éste, razón por la cual no puede estipularse a favor de una persona inexistente desde que todo derecho debe tener un titular”⁶²⁹. Ahora bien, una “víctima” que todavía no es víctima, es una víctima inexistente: por consiguiente, aunque exista la persona físicamente, no existe todavía como beneficiario frente al asegurador en el momento en que se celebra el contrato de seguro: para ese asegurador, tal víctima es una “persona futura”. De modo que, independientemente del hecho de que nos encontremos de acuerdo o no con la tesis que sobre esta materia prevaleció en el Código, por razones de mera concordancia no podríamos asimilar la acción de la víctima contra el asegurador al contrato en favor de tercero.

418. *La acción oblicua.* Otra posibilidad era considerar que la acción de la víctima contra el asegurador era una aplicación de la acción oblicua.

Como es sabido, la acción oblicua permite al acreedor ejercer los derechos del deudor, contra los terceros deudores de éste último, con el objeto de asegurar sus propios derechos. El Código Civil de 1936 permitía expresamente la acción oblicua en su artículo 1233 y el actual Código de 1984 la ha incorporado también a su artículo 1219, cuyo inciso 4to. establece: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para... ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita re-

628. Cf. Manuel de la PUENTE y LAVALLE: *Op. cit.* T. II, pp. 262- 264.

629. *Loc. cit.*

cabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudo en el juicio que promueva”.

Dentro de este orden de ideas, hubiera podido pensarse que bastaba esa norma para posibilitar que la víctima pudiera demandar al asegurador conjuntamente con el asegurado—responsable, ejerciendo en vía de acción los derechos del responsable (que es deudor de la indemnización desde el momento en que causa el daño) contra el asegurador (quien también es deudor frente al responsable, desde el momento en que se produce el siniestro, es decir, desde que éste causó el daño).

419. *Crítica.* Esta solución parece más convincente que la estipulación en favor de tercero debido a que no fragua una falsa voluntad de los contratantes ni recurre a promesas en favor de personas inexistentes.

Sin embargo, aun cuando puede ser quizás la única salida en caso de que no exista una norma expresa en la ley, consideremos preferible crear legislativamente una acción directa por las razones que señalamos a continuación.

En primer lugar, utilizar la acción oblicua con este propósito es de alguna manera forzar la tradición doctrinaria de la institución. Esta acción está pensada en función de deudores negligentes o insolventes. Y este no es necesariamente el caso del responsable.

En segundo lugar, lo que parece más grave, la acción oblicua no tiene por objeto que la víctima obtenga un pago directo del indemnizador sino únicamente lograr que el monto de la indemnización del seguro pase efectivamente a formar parte del patrimonio del asegurado-responsable del daño. Esto significa que, como dice OSTERLING, “el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor”⁶³⁰. Por tanto, los terceros pueden caer sobre ese monto indemnizatorio y alegar derecho preferentes o concurrentes al de la víctima, produciéndose así la situación que daba origen a la justa indignación de Cesare VIVANTE⁶³¹.

630 Felipe OSTERLING PARODI: *Exposición de Motivos y Comentario al Libro VI del Código Civil. (Las obligaciones)*, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS, in “Código Civil”, compiladora Delia Debakey de Revoredo. Lima, 1985. T. V, p. 376.

631. *Vide supra.* No. 412, n. 611.

420. *La acción directa.* No existe una acción directa de la víctima contra el asegurador basada en un beneficio estipulado por terceros en su favor, porque esos terceros (asegurador y asegurado) no tuvieron jamás intención de estipular en favor de la víctima sino de sí mismos. Tampoco parece que la acción oblicua cumple los fines propuestos. ¿Cómo puede concebirse, entonces, la acción de la víctima contra el asegurador del responsable?

Dado que la voluntad de las partes no es una fuente de obligación directa alguna del asegurador frente a la víctima, sólo puede serlo la ley.

Los hermanos MAZEAUD sostienen que no se soluciona nada afirmando que la ley es la fuente de tal obligación, porque la ley es fuente de toda indemnización civil. Las partes no pactan la indemnización en el caso de la responsabilidad contractual y ciertamente no pueden hacerlo en el caso de la responsabilidad extracontractual. Es la ley quien impone, ya sea que se trate de un daño originado en el incumplimiento de un contrato o no, que el responsable pague a la víctima una reparación. Por consiguiente dicen estos autores, afirmar que la ley es la fuente de la acción directa no nos permite esclarecer la naturaleza misma de ella, puesto que ello no distingue la obligación del asegurador de la indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual⁶³².

Sin embargo, aun cuando es exacto que es la ley la que crea la responsabilidad en todos los casos (y no la voluntad de las partes), no cabe duda de que crea diferentes mecanismos en función de las diferentes circunstancias. Tratándose de la obligación del asegurador frente a la víctima, la ley la instaure como contrapartida de un derecho que otorga a la víctima para obtener una reparación. Hemos dicho que la teoría moderna de la responsabilidad civil se encuentra centrada fundamentalmente en la víctima, a la que quiere auxiliar. Dentro de ese orden de ideas, la ley considera que el monto de la indemnización que corresponde pagar por el seguro debe ir directamente a la víctima y sin mayores dilaciones. Es por ese motivo que, mediante el otorgamiento de una acción directa a la víctima, coloca a esa indemnización al abrigo de terceros acreedores del responsable directo del daño y simplifica los procedimientos para que la víctima sea reparada a la mayor brevedad.

632. Henri y León MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ta. Ed. t. III, Vol. II. Editions Montchrestien, París, 1983. No. 2698- 2, pp. 349- 351.

421. *Socialización del contrato de seguro.* No cabe duda de que la creación de una acción directa de la víctima contra el asegurador afecta radicalmente la naturaleza del contrato de seguro, otorgándole un contenido más social.

Como antes se ha visto, el contrato de seguro de responsabilidad civil tradicional tiene por objeto proteger al asegurado contra una disminución de su patrimonio debida a reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual. Puede decirse así que el contrato de seguro clásico no pretende proteger al tercero dañado sino al asegurado que celebra el contrato: el asegurado toma un seguro en su propio beneficio, persigue “egóístamente” cubrir su propia responsabilidad⁶³³. En cambio, después de la promulgación del Código Civil de 1984, con su artículo 1987, el contrato de seguro de responsabilidad civil se preocupa también de la víctima: no sólo pretende dejar al asegurado indemne frente a “ataques económicos” (por la vía judicial) de la víctima sino que además tiene ahora en cuenta el interés de la víctima misma, que debe ser indemnizada.

Sección III: La solidaridad

422. *Obligación de mano común.* Creada la acción directa contra el asegurador, nos encontramos que la víctima tiene ante sí deudores: el responsable directo y la Compañía de Seguros. ¿Cuáles son las relaciones de estos dos deudores entre sí?

Ante todo, es necesario establecer si se trata de dos obligaciones diferentes o de una misma obligación a cargo de dos personas.

Pensamos que no puede hablarse de obligaciones enteramente independientes porque, aun cuando su nacimiento sea distinto (una requiere simplemente la comisión del daño y la otra requiere adicionalmente la existencia de un contrato de seguro), en ambos casos se persigue un solo propósito: reparar a la víctima. Esta obligación de reparación puede no tener la misma extensión en cuanto a su monto, pero no cabe duda de que una se superpone a la otra y la cancela en la parte del monto común: si el asegurador paga a la víctima, éste no puede exigir ese mismo monto al responsable directo (sin

633. Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *La acción solidaria contra el Asegurador. Artículo 1987 del Código Civil de 1984.* Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, p. 70.

perjuicio de que pueda exigirle el exceso a que crea que pudiera tener derecho). Por consiguiente, el pago efectuado por el asegurador cancela, hasta por ese monto, la obligación del responsable directo.

La obligación del responsable directo y la obligación del asegurador no constituye dos obligaciones diferentes sino dos caras de la misma obligación de reparar, que a su vez es el correlato del derecho de la víctima a ser reparada. Esta obligación de reparar puede estar a cargo de una sola persona (el responsable directo o de varias (entre las que se incluye al asegurador); pero se trata siempre de una y misma obligación. Y es claro que se trata de una sola obligación si tenemos en cuenta que el pago hecho por cualquiera de los deudores a las víctima, libera a los demás deudores frente al acreedor- víctima hasta por el monto pagado. Si la Compañía de Seguros paga I/. 10'000.000 a una víctima, ésta no puede reclamar esa misma suma al responsable directo (asegurado), aduciendo que se trata de dos obligaciones diferentes: la deuda *común* ha sido cancelada hasta por esa cantidad. Por otra parte, en ciertos casos, el asegurador puede repetir contra el propio asegurado; lo que implica que no pagó una obligación propia e independiente sino que, atendiendo a las circunstancias pagó una obligación que era común.

Una mera acción directa de la víctima contra el asegurador, facultada por la ley, sin referencia a una mancomunidad con el causante, implicaría que el derecho de la víctima contra el asegurador tiene un carácter completamente independiente. Tal *acción directa* a secas conllevaría que la víctima tiene una *relación directa* con el asegurador; lo que no es verdad porque su relación es por interpósita persona: el causante- asegurado. En verdad, para los efectos de la justificación de la obligación del asegurador, el causante o responsable directo está siempre de por medio entre la víctima y el tal asegurador.

No hay, pues, dos obligaciones distintas (hasta por el monto de la póliza) sino una obligación con dos deudores, es decir una obligación de mano común o mancomunada.

423. *Mancomunidad simple o solidaridad.* Establecido así que se trata de un caso de mancomunidad, es preciso determinar si estamos ante una mancomunidad simple (cada uno de los deudores paga su parte) o de mancomuni-

dad calificada o solidaria (en la que cada deudor responde por el íntegro de la obligación común)^{633bis}.

No queremos en este punto entrar en la discusión francesa respecto de la distinción entre la *obligatione in solidum* y la solidaridad. Como es sabido, de acuerdo a la doctrina francesa, la *obligatio in solidum* no es lo mismo que la obligación solidaria: en la primera como en la segunda, cada uno de los deudores responde por el todo; pero, en la simple *obligatione in solidum* (a veces llamada solidaridad imperfecta) no se produce entre los deudores de mano común (o acreedores, según el caso) una representación común: a diferencia de lo que sucede con la solidaridad propiamente dicha, en la *obligatione in solidum* la constitución en mora de uno de los deudores no surte efecto respecto de los otros o la interrupción o suspensión de la prescripción no interrumpe ni suspende para los otros⁶³⁴. Además de esos efectos —llamados “antiguos”— de la solidaridad que la hacen distinta de la simple obligación *in solidum*, la doctrina francesa reconoce “nuevos” efectos basados siempre en la representación común que es la característica de la solidaridad, como el hecho de que la sentencia contra uno de los deudores sea oponible a todos, incluyendo a los que no participaron en el juicio⁶³⁵. Dentro del marco de tal distinción, la jurisprudencia francesa considera que el asegurador y el asegurado tiene frente a la víctima una obligación *in solidum*, pero no una obligación solidaria⁶³⁶.

La doctrina alemana, en cambio, no admite esta distinción entre la *obligatione in solidum* y la solidaridad sino que considera como solidaridad a la obligación *in solidum* (rechazando la *representación* común, como característica esencial de la solidaridad).

Nuestro Código de 1984, posiblemente influenciado por la tendencia alemana, tampoco reconoce la distinción. Aquello que el Código peruano llama solidaridad es un híbrido entre la *obligatione in solidum* (sin represen-

633^{bis}. El uso de la palabra “mancomunidad” tanto para la mancomunidad simple como para la mancomunidad solidaria o solidaridad, ha sido ya comentado supra, nota 462.

634. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français. T. VII. Les obligations*. Librairie Generale de Droit de Jurisprudence. París, 1931. No. 1084, p. 294.

635. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, No. 1086, p. 396.

636. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, T. III, vol. II. 6ta. ed. No. 2716, p. 399; *etiam illi ipsi auctores*, T. II. 6ta. ed. No. 1963, pp. 1093-1096.

tación recíproca) y la solidaridad francesa (con representación recíproca), pero más cercano a la concepción alemana. Así, aunque admite que la novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación libera a los demás codeudores (art. 1188) y que la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios interrumpe frente a todos (art. 1196), no admite que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios surta efecto contra todos (art. 1124) ni que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios surta efecto para los demás (art. 1197) ni, menos aún, que la sentencia contra uno de los deudores surta efecto contra los demás codeudores (art. 1193).

Dado que el Código peruano llama a esta figura con el nombre de "solidaridad", utilizaremos esta misma palabra para designar los efectos de la regla del artículo 1987 dentro del contexto del Código de 1984, sin adoptar ninguna posición crítica ni utilizar en adelante (para evitar en confusiones) la expresión de "*obligatio in solidum*".

424. *Solidaridad o simple acción directa.* Uno de los aspectos más discutidos del artículo comentado es el hecho de haber introducido la noción de solidaridad. Hay quienes sostienen que el mismo resultado se hubiera logrado estableciendo únicamente una acción directa a secas (sin mención de la solidaridad) contra el asegurador, como lo hacen las legislaciones de otros países.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente sobre las obligaciones simplemente mancomunadas y las obligaciones mancomunadas solidarias, puede aclarar buena parte de ese debate. Dado que estamos ante una obligación de "mano común", no cabían sino dos alternativas: la obligación mancomunada simple y la obligación mancomunada solidaria. Empero, la acción directa sin solidaridad (obligación mancomunada simple) habría significado desconocer la naturaleza de la relación entre la víctima, el responsable directo y el asegurador.

En efecto, si descartamos la interpretación de que se trata de dos obligaciones diferentes e independientes y consideramos consiguientemente que es una obligación de "mano común", pensamos que no cabe duda al respecto: tiene que ser solidaria. Si no lo fuera, sería mancomunada simple; no cabe otra cosa. Y la mancomunidad simple nos llevaría a la solución absurda de tener que admitir un prorrateo del monto de la indemnización debida

a la víctima entre los dos deudores. El asegurador podría decir: "Dado que somos dos deudores (mancomunados) de una misma obligación, deben aplicarse las reglas de las obligaciones divisibles (art. 1182 del Código Civil). Como toda obligación de pagar una suma de dinero es divisible, yo me libero pagando únicamente mi parte de la deuda; es decir, como somos dos deudores (responsable directo y asegurador), pago a la víctima la mitad del monto de su daño, aunque el monto asegurado pudiera ser mayor".

Esa solución es inaceptable. El asegurador es tan deudor como el responsable directo (con las limitaciones del monto de la póliza que hará valer como excepción, según veremos después) y tiene que reparar el íntegro del daño (si la póliza lo cubre todo). Por consiguiente, la relación de mancomunidad que existe entre el responsable directo y el asegurador frente a la víctima es de solidaridad y no de una mancomunidad simple que conduciría a un prorrateo de la indemnización.

425. *La solidaridad en la jurisprudencia peruana.* Es importante señalar que la discusión sobre la responsabilidad directa del asegurador se dio siempre en el Perú en términos de solidaridad.

Aquellos que negaron la acción directa contra el asegurador; arguyeron que "el contrato de seguro por responsabilidad derivada de acto ilícito no genera *solidaridad* entre el asegurado y el asegurador.." ⁶³⁷. Por consiguiente, el tema en debate era la solidaridad y nunca una mancomunidad simple o la existencia de obligaciones paralelas.

A su vez, prácticamente todas las Ejecutorias que admitieron la acción de la víctima contra el asegurador, lo hacen en términos de solidaridad, salvo uno o dos que simplemente no califican la relación entre "deudor-responsable directo" y "deudor-asegurador" (aunque se sobreentiende que cada uno de ellos resulta obligado por el íntegro), posiblemente porque no vieron el problema ⁶³⁸.

De manera que nuestros Tribunales han discutido usualmente el punto, desde antes de que existiera la norma del Código de 1984; y siempre lo hicieron desde la perspectiva de la solidaridad: en algunos casos sostuvieron

637. Vide las Ejecutorias citadas, *supra*, No. 414, notas 619- 624.

638. Vide *supra*. No. 414, n. 616- 617; sin fundamentación, notas 617- 618.

que no había solidaridad y declararon infundada la demanda de la víctima contra el asegurador; en otros casos, resolvieron que existía solidaridad y que la víctima podía cobrar directamente la indemnización del seguro. Pero el concepto en juego era el de solidaridad.

426. *El Código Civil de 1984.* El nuevo Código decide la discusión en los mismos términos en que se había desarrollado la discusión jurisprudencial: la víctima puede demandar al asegurador porque éste responde solidariamente con el causante.

En otras palabras, el asegurador y la víctima son ambos responsables en la medida en que el primero es una suerte de fiador solidario del segundo, por mandato de la ley. En esta forma, la naturaleza de la obligación del asegurador es clara: no es otra (en cuanto a su entidad, pero no necesariamente en cuanto al límite del monto) que la obligación del causante directo. Es por esa obligación extracontractual que responde tanto el causante directo como el asegurador en tanto que fiador solidario, y no por otra misteriosa e invisible obligación directa del asegurador frente a la víctima (con quien no tiene relación contractual), sin causa conocida. El problema se centra en el daño y en la víctima: se ha producido un daño y hay una víctima que tiene derecho a cobrar una reparación; puede cobrarla (ésta única reparación que subyace a las obligaciones del responsable y del asegurador) sea contra uno o contra otro. Esto es todo.

427. *Críticas a la solidaridad.* Esta norma del artículo 1987, que garantiza la buena fe y evita demoras innecesarias en la reparación de las víctimas, ha sido objeto de severas críticas por parte de los aseguradores en razón de temores que, en nuestra opinión, carecen de fundamento legal.

Las Compañías de Seguros —una vez promulgado el Código— han manifestado su preocupación por el hecho de que se haya establecido una solidaridad entre ellas y sus asegurados frente a las víctimas, porque piensan que pudieran ser requeridas a efectuar pagos superiores al monto pactado en el contrato de seguro: la víctima podría reclamar al asegurador no solamente hasta por el monto asegurado sino hasta por el monto total del daño causado.

Esta inquietud se encuentra en parte justificada por el hecho de que la Comisión Revisora modificó la redacción original de este artículo pervirtiendo su sentido, al punto que puede dar la impresión de que el texto del mismo está orientado a responsabilizar a las Compañías de Seguros hasta por el monto del daño sin tener en cuenta el límite de la póliza.

En efecto, el Proyecto redactado por el autor de este trabajo para la Comisión Reformadora establecía que “la víctima tiene acción directa contra el asegurador del causante, quien responde solidariamente con éste”. Pero la redacción definitiva que le otorgó la Comisión Revisora dice que “la acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador *por el daño*, quien responde solidariamente con el responsable directo de éste”. El agregado de las palabras “por el daño” da lugar a pensar que el asegurador responde por el monto total del daño. De otro lado, la supresión inexplicable de la expresión “acción directa” —que ya se ha hecho clásica en el Derecho comparado— puede sugerir que la acción que la víctima contra el asegurador es la misma que la que tiene contra el causante, en vez de ser una acción diferente basada en la existencia del contrato de seguro, lo que reforzaría una absurda interpretación en el sentido de que el asegurador y el responsable directo tienen una misma posición frente a la víctima y, consiguientemente, pueden ser demandados con la misma acción y por el mismo monto.

428. *El problema en la legislación comparada.* Este problema no se presenta en Francia porque, como la acción de la víctima contra el asegurador y la acción de la víctima contra el responsable directo son consideradas independientes, cada una se encuentra regida por su propia fuente.

De esta manera, la acción contra el asegurador se encuentra regida por el contrato de seguro que, aunque no participa en él la víctima, es el instrumento que le otorga a la víctima el acceso al patrimonio del asegurador. Por consiguiente, “El Derecho del asegurador tiene sus fuentes y sus límites en el contrato (de seguro)” y “el hecho de que la demanda esté dirigida por la víctima (y no por el propio asegurado que suscribió el contrato de seguro) no puede cambiar ni la extensión ni las condiciones de la obligación del asegurador. Este no debe más a la víctima que lo que pudiera deber al asegurado”⁶³⁹.

Por consiguiente, la obligación *in solidum* del asegurador se encuentra inscrita dentro de los límites de la indemnización estipulada en el contrato de seguro: la víctima puede exigir sea del asegurador, sea del “responsable-asegurado”, la indemnización que corresponde a sus daños y que se encuentra garantizada por el contrato de seguro. “En cuanto a la parte de la indem-

639. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703, pp. 374- 375.

nización que pueda exceder el máximo garantizado por el asegurador, no sería ser colocada —esto va de suyo— a la carga del asegurador”⁶⁴⁰.

429. *Nuestra interpretación.* En nuestra opinión, el Derecho se supone que es un sistema razonable de regulación de conductas razonables, que persigue fines razonables y que es aplicado por personas razonables. Por consiguiente, ni aun la infeliz redacción final de la Comisión Revisora puede crear una norma absurda (cuando menos en nuestro medio), como sería la de responsabilizar al asegurador por el monto total del daño, sin tener en cuenta los límites del contrato de seguro, como si fuera responsable directo del daño.

Las relaciones jurídicas no pueden existir sin una justificación o razón de ser: el reino del Derecho es el reino de la inteligibilidad. Un sistema jurídico compuesto por normas sin explicación, que no son consistentes entre sí y que se explican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos.

¿Cuál es la justificación de una solidaridad del asegurador con el responsable directo frente a la víctima? Únicamente la existencia de un contrato que asegura la obligación de la víctima hasta por un cierto monto. A excepción de esta situación, el asegurador es un tercero tan ajeno al daño como cualquier otra persona que pasa por la calle; y de la misma manera como no podríamos interpretar una norma en el sentido de que cualquier ciudadano escogido al azar puede ser responsabilizado por un determinado accidente, tampoco podemos interpretar el artículo 1987 con prescindencia del hecho irrefutable y comprometedor de que existe un contrato de seguro.

Ahora bien, si la fuente (por mandato legal) del compromiso del asegurador frente a la víctima es la existencia de un contrato de seguro entre el asegurador y el responsable del daño, entonces la responsabilidad del asegurador frente a la víctima no puede rebasar los límites y términos de tal contrato de seguro.

Y esto es así ya sea que lo veamos desde la perspectiva de la culpa o desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva.

640. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2716, pp. 399-400.

En términos de culpa o responsabilidad subjetiva no hay justificación alguna para la responsabilidad del asegurador por encima del monto asegurado. El asegurador nunca tiene culpa: si responde es sólo en razón de la extensión creada por la ley de los efectos del contrato de seguro. Más allá de los límites del seguro, el asegurador no tiene ni la obligación legal mencionada ni tampoco culpa. Entonces, ¿en base a qué respondería por la diferencia? Hacerlo responsable sería equivalente a hacer responsable de un accidente a quien resulte sorteado al azar. Dentro del marco de los principios de la responsabilidad subjetiva, esto es insostenible.

Claro está que podría argüirse inteligentemente que la situación cambia cuando se enfoca la norma desde la teoría de la responsabilidad objetiva, especialmente con miras a lograr a través de ella una difusión social de los riesgos. Podría decirse que la responsabilidad del asegurador es objetiva, por mandato de la ley. De la misma manera como el empleador responde objetivamente por los daños de su servidor aunque no tenga literalmente culpa⁶⁴¹, así también el asegurador responde por el asegurado aunque no tenga culpa. Esta responsabilidad estaría orientada a promover la contratación de seguros ilimitados. Dado que el asegurador responde por el todo de acuerdo a tal interpretación del artículo 1987, las Compañías de Seguros no aceptarían (recordemos que estamos ante un caso de seguro voluntario) contratar un seguro de automóviles de tercera persona si no es por riesgo ilimitado. Un seguro de esta naturaleza no es usual, pero tampoco es impensable: todo el problema estriba en que las primas deben ser aumentadas hasta un monto que cubra el riesgo estadísticamente previsible. El seguro es una forma de domeñar el azar con la ayuda de la estadística. Por consiguiente, puede calcularse el riesgo estadístico anual global de accidentes por el conjunto de los asegurados y establecerse una prima acorde con tal riesgo. De hecho, muchos de los países que cuentan con seguros obligatorios han establecido que la reparación es ilimitada.

Sin embargo, todo texto de una norma jurídica debe ser entendido dentro del contexto de las demás relaciones jurídicas, sociales y económicas en que dicha norma opera. Desde esa perspectiva global, no cabe duda que en nuestro medio sería una interpretación equivocada (y hasta contraproducente) si los jueces ordenaran que las Compañías de Seguros paguen el monto total del daño con el objeto de alentar que los seguros de responsabilidad se contraten con riesgo ilimitado y, en esta forma, se contribuya a la

641. Vid. nuestro comentario al art. 1981. *Supra*, No. 298.

difusión social del riesgo. Todo lo que resultaría de ello es que las Compañías de Seguros establecerían primas altísimas —y quizás técnicamente irrefutables— para este tipo de seguros. Como consecuencia de ello, menor número de personas podría asegurarse; y, en vez de haber logrado una mayor difusión social del riesgo, se habría desalentado uno de los mecanismos esenciales a través del cual este principio actúa: el seguro, aun bajo su forma voluntaria.

En consecuencia, pensamos que la interpretación extensiva de este artículo —considerando que el *quantum* por el que responde la Compañía de Seguros es igual al monto total del daño— no es razonable dentro de nuestro medio; especialmente si lo que se quiere es distribuir socialmente el peso económico de los accidentes.

Cabe destacar que, de otro lado, el artículo 1987 tiene carácter general y no está limitado únicamente a los accidentes de automóviles. Ahora bien, en el campo de accidentes menos rutinarios y menos bien conocidos desde el punto de vista estadístico, la determinación técnica de la prima para un seguro ilimitado parece aún más difícil y errática. En general, el problema del seguro ilimitado debe ser replanteado cuando se establezcan seguros obligatorios para riesgos específicos. Podría suceder que el gran volumen de pólizas que resulta de la naturaleza obligatoria del seguro pueda absorber el mayor riesgo de la falta de límite en la indemnización sin producir un encarecimiento severo de las primas, como efectivamente ha sucedido en algunos países. Sin embargo, éste es un tema que debe ser discutido técnicamente y en base a cálculos y estadísticas.

430. *La Comisión de Asesores de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros* ^{641bis}. El problema no debe ser tan grave, dado que los asesores de los asesores de las Compañías de Seguros ni siquiera repararon en su existencia.

Antes de la promulgación del Código, la Asociación Peruana de Empresas de Seguros constituyó una Comisión especial de abogados con el objeto de preparar un informe sobre la Sección de Responsabilidad Extracontractual. El informe fue evacuado el 7 de febrero de 1983 y la Asociación lo presentó al señor Ministro de Justicia con comunicación de 10 de marzo del mismo año.

641^{bis} Este informe es discutido con más detalle al referimos al seguro obligatorio de accidentes, *infra*, No. 444.

Este informe tenía un carácter absolutamente reaccionario (en el sentido más gramatical del término, sin referencias políticas), porque constituye una verdadera "reacción" al Proyecto presentado por el autor de este libro: se limita a criticar los textos propuestos (de manera minuciosamente infundada) *sin proponer ninguna otra redacción o idea sustitutoria*.

Ahora bien, este informe obsesivamente meticuloso (y, a nuestro juicio, equivocado) en aspectos gramaticales, no formula observación alguna al primer párrafo del entonces artículo 2046 que contenía la idea de la solidaridad del asegurador con el responsable frente a la víctima. Sin embargo, dado que en ese entonces aún no había sido promulgado el Código y que había posibilidad de introducir modificaciones, hubiera sido muy interesante una contribución positiva basada en una nueva redacción que evitara la ambigüedad. Por ejemplo, si los Asesores hubieran propuesto que a la norma "La víctima tiene acción en todos los casos contra el asegurador del causante, quien responde solidariamente por éste" se agregara la frase "hasta por el monto de la póliza", tanto sus clientes aseguradores como los encargados de la redacción del Código hubieran quedado satisfechos y no hubiera existido la posibilidad alguna de confusión.

Pero el espíritu negativo de crítica total sin aporte alguno, impidió esta colaboración de tan importantes juristas.

431. *Solidaridad y limitación de responsabilidad*. Una de las objeciones que se han formulado más frecuentemente a la aplicación de la solidaridad en este caso es que existe una limitación en cuanto al monto de su alcance: el responsable directo responde por todo el daño, mientras que el asegurador responde solidariamente sólo hasta por el monto de la póliza. Por consiguiente, se dice, no hay solidaridad porque no hay identidad absoluta entre las dos obligaciones pretendidamente solidarias.

En otras palabras, la unidad de prestación sería un elemento característico de las obligaciones solidarias. Y la prestación sería entendida como un monto determinado, de manera que cualquier diferencia en el monto entre una y otra obligación haría imposible la solidaridad ⁶⁴².

642. Vid. en ese sentido la inteligente tesis de Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *La Acción Solidaria contra el Asegurador. Artículo 1987 del Código Civil de 1984*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985, pp. 104- 108 *et passim*.

No creemos que tales críticas sean fundadas. La solidaridad no impide que, una vez identificada la prestación, el co-deudor se encuentre vinculado a ella de manera limitada. La unidad de prestación se refiere exclusivamente a aquellos rasgos de la obligación que hacen que ésta sea una sola; pero no impiden que esa obligación, así tipificada, sea co-adeudada solidariamente dentro de ciertos límites y condiciones.

El artículo 1184 del Código Civil dispone que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor. Por consiguiente, si los codeudores solidarios pueden obligarse por plazos distintos o unos en forma pura y otros bajo condición, ¿por qué no pueden obligarse por montos distintos, con limitaciones en cuanto el alcance de su responsabilidad?

La prueba más evidente se encuentra en el contrato de fianza. Nadie discute la posibilidad de pactar una fianza *solidaria* pero limitada a ciertos montos o condiciones. *Marcellus* puede requerir un préstamo de 10'000,000 HS de la *Argentariae Romanorum Thesauri*, pero le exigen una fianza solidaria. *Trasus* puede estar en disposición o en capacidad de otorgar tal fianza hasta por 5'000,000 HS, pero no por diez. El Banco podría perfectamente considerar que *Marcellus* bien vale un riesgo de 5'000,000 HS y que, si ya tiene los otros 5'000,000 HS garantizados por *Traso*, no hay inconveniente en prestarle el íntegro de lo que pide. De esta manera, la obligación de *Marcelli* sería por diez millones de sestercios y estaría afianzada *solidariamente* hasta por cinco millones por *Traso*.

Dentro de este orden de ideas, no vemos tampoco inconveniente alguno para que el asegurador responda solidariamente frente a la víctima con el responsable directo hasta por un monto determinado en la póliza; el exceso es obligación exclusiva del responsable directo.

En nuestra opinión, el nuevo Código ha decidido la cuestión en esos términos. El asegurador y la víctima son ambos responsables en la medida en que el primero es una suerte de *fiador o garante solidario* del segundo, por mandato de la ley. Pero como su posición de co-obligado solidario nace (conforme a la misma ley) de la existencia de un contrato de seguro, su solidaridad se encuentra limitada por lo pactado en tal contrato. Esto es lo que justifica que el asegurador pueda deducir excepciones distintas de las del responsable directo, como la falta de vigencia de la póliza por incumplimiento (anterior al daño) del pago de las primas u otras derivadas del con-

trato de seguro; entre ellas, la excepción de que el monto asegurado es menor que la suma que se le exige pagar como indemnización a la víctima.

Sección IV: La aplicación del sistema

432. *Excepciones deducibles.* El asegurador demandado puede deducir tanto excepciones que son comunes con su asegurado como otras que le son propias.

433. *Excepciones comunes.* La principal de las excepciones comunes es la derivada de la falta de responsabilidad del asegurado.

Tanto el “asegurado-causante” como el asegurador pueden ampararse en el hecho de que no existió responsabilidad de tal asegurado. Evidentemente, la situación es distinta según se trate de un caso de responsabilidad por culpa (artículo 1969) o de un caso de responsabilidad objetiva (artículo 1970).

En los casos de daños sujetos al régimen de la culpa, el asegurador puede exceptuarse probando que su asegurado no tuvo culpa en los hechos o que no existió relación de causalidad entre el asegurado y el daño demandado. Dada la presunción de culpa de la última frase del artículo 1969, no es a la víctima a quien corresponde probar la culpa del asegurado sino que al asegurador le corresponde probar la ausencia de culpa de éste. La situación de responsabilidad —que es el hecho que configura el siniestro asegurado— se define entre víctima y causante; por consiguiente, para hacer valer esta excepción, el asegurador tiene que colocarse en la situación del causante, *i.e.*, tiene que liberarse de la presunción de culpa que afecta a éste.

En los casos regidos por la responsabilidad objetiva, la ausencia de culpa no liberará al asegurador. La culpa o no culpa del asegurado (causante del daño) es irrelevante para configurar la responsabilidad. Pero todavía el asegurador puede hacer uso de otras excepciones que son igualmente comunes con su asegurado: puede demostrar que el hecho estuvo incurso en las causales de los artículos 1971 a 1973 del Código Civil o, de manera general, que no existió relación de causalidad entre el hecho de su asegurado y el daño de la víctima.

434. *Excepciones propias del asegurador.* Paralelamente a las excepciones comunes, el asegurador tiene excepciones propias derivadas del contrato de seguro.

Podría cuestionarse la facultad de oponer excepciones provenientes de un contrato de seguro del cual el demandante no ha sido parte. Pero la acción contra el asegurador no tiene otro objeto sino que éste cumpla con su obligación contractual como asegurador⁶⁴³. En consecuencia, el asegurador puede oponerle a la víctima todas aquellas excepciones derivadas de aquel contrato sin el cual no existiría acción de la víctima contra dicho asegurador.

Ahora bien, es preciso distinguir entre excepciones fundadas en hechos anteriores al daño y excepciones fundadas en hechos posteriores al daño.

Como la víctima se convierte en titular del crédito a la indemnización desde el momento en que se produce el daño, las excepciones que puede oponer el asegurador son sólo aquellas basadas en hechos anteriores a ese momento⁶⁴⁴.

Estas excepciones pueden ser muy variadas se basan en el texto del contrato o en hechos de consecuencias contractuales que tiene lugar antes del daño. Entre ellas, debemos contar el monto de la póliza: el asegurador puede excepcionarse por toda suma adicional a la contratada en la póliza aduciendo que su contrato no lo obliga a ello. Recordemos que la norma comentada responsabiliza al asegurador en tanto que “asegurador”. Ahora bien, tal asegurador no es “asegurador” con relación al monto del daño que excede a la suma contratada en la póliza para el siniestro. Respecto de tal exceso, la Compañía de Seguros demandada no es “asegurador” sino que es igual a cualquier hijo de vecino; y ya hemos dicho que la ley no puede razonablemente obligar a cualquier hijo de vecino a que pague un daño ajeno. Además, el asegurador puede ampararse en las cláusulas que invalidan el seguro si se producen ciertas circunstancias, tales como hecho doloso del asegurado, daños causados en estado de embriaguez o bajo el influjo de drogas, etc. También puede ampararse en las condiciones que recinden de pleno derecho el seguro o lo dejan en suspenso, como la falta de pago de las primas si esto era una causal estipulada de suspensión o de rescisión de pleno derecho del contrato de seguro, etc.

643. Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO: *Op. cit.*, p. 154.

644. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703- 3, p. 378.

En cambio, ninguno de los hechos posteriores a la ocurrencia del daño puede modificar la obligación del asegurador, porque ésta nace en el momento mismo del daño. En otras palabras, la producción del daño equivale a una fotografía que congela los hechos: todo lo que sucede después, ya no está en la fotografía y no puede tomarse en cuenta. Si el asegurado deja de pagar las primas después de ocurrido el daño —aunque esta causal se encuentre señalada en el contrato de seguro que tiene fecha anterior al daño— el asegurador no puede exceptuarse frente a la víctima: tendrá que pagar, porque esa falta de pago no ha ocasionado una suspensión del contrato de seguro anterior al daño; sin perjuicio de que el asegurador pueda repetir contra el asegurado por el monto de la indemnización que ha tenido que pagar a la víctima. Tampoco puede alegar la Compañía de Seguros que el asegurado no cumplió con darle aviso oportuno del siniestro conforme a lo pactado en la póliza: éste también es un hecho posterior al daño que no puede afectar a la víctima.

Igualmente, no son oponibles a la víctima la compensación, la transacción o la condonación del asegurador con el asegurado después del siniestro: todo ello no afecta el derecho de la víctima que ha nacido en el momento del daño, *i. e.*, antes de esas operaciones.

No todas las legislaciones aceptan esa distinción entre excepciones fundadas en hechos anteriores al daño y excepciones fundadas en hechos posteriores. Algunas consideran que el seguro paga siempre a la víctima, sin perjuicio de que pueda repetir contra el asegurado, cuando el pago excede los marcos del contrato de seguro. Por ejemplo, el artículo 11 de la ley belga de 1° de julio de 1956 sobre seguros de automóvil, prevé que “ninguna realidad, ninguna excepción o incumplimiento, derivados de la ley o del contrato de seguro, será oponible por el asegurador a la persona herida”. Este es el caso también de la ley española que, en su artículo 74, establece que “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste”.

435. *El problema de la fecha cierta.* La gran dificultad para aplicar esta distinción entre excepciones anteriores y excepciones posteriores al daño deriva de la probanza de la fecha de las estipulaciones.

Una ejecutoria de la Corte de Casación de Francia había decidido que todas las modificaciones de la póliza destinadas a reducir la cobertura de-

bían tener fecha cierta de antes del siniestro, para que fueran oponibles a la víctima. Sin embargo, las pólizas de seguros no están sometidas en Francia a ningún tipo de registro, por lo que no podía pedirse fecha cierta ni para la contratación de una póliza ni para su modificación. Por ello, la Corte de Casación ha variado su jurisprudencia y ya no exige fecha cierta⁶⁴⁵. Empero, no puede negarse que ello se presta a muchos fraudes en perjuicio de la víctima, mediante la concertación interesada de asegurador y asegurado.

En los casos de pólizas aprobadas por disposición gubernamental, el problema desaparece porque se trata de textos uniformes cuya validez anterior al daño es inobjetable. En cambio, los *addenda* y modificaciones de la póliza siguen constituyendo un problema difícil de manejar jurídicamente.

436. *El pago de la indemnización al asegurado.* Con el objeto de evitar fraudes y de que las sumas del seguro lleguen efectivamente a su destinatario final que es la víctima, la ley francesa ha establecido una norma bastante radical: los pagos efectuados por el asegurador al asegurado no lo liberan de su obligación frente a la víctima.

Esto significa que, aun cuando el asegurador abone al asegurado la suma correspondiente a la indemnización en el contrato de seguro, la víctima puede demandarlo para que le pague ese importe. La víctima es titular de un crédito directo contra el asegurador y ese crédito no puede verse afectado por la situación crediticia del “responsable-asegurado”; los acreedores de este último no pueden pretender una concurrencia o una preferencia frente al crédito de la víctima. Esta es una consecuencia de que la teoría que informa la acción de la víctima contra el asegurador no es una simple acción oblicua, sino un nuevo tipo de acción creado por la ley.

437. *La pluralidad de víctimas.* ¿Qué debe hacer la Compañía de Seguros ante una pluralidad de víctimas? ¿Tendrá que esperar que todas reclamen para pagarles a prorrata?

No. La ley no ha previsto una suerte de concurso de acreedores frente al asegurador. En consecuencia, el asegurador paga en la medida en que las

645. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, 6ta. ed. T. III, vol. II. No. 2703, pp. 379- 380.

víctimas se van presentando y hasta donde alcance. Una vez que se ha llegado al tope del monto asegurado, la Compañía de Seguros se encuentra liberada de responsabilidad frente a las víctimas que aún no han cobrado.

438. *La subrogación por el asegurador.* En virtud del contrato de seguro y del correspondiente pago de la indemnización a la víctima, el asegurador asume los derechos del asegurado contra un eventual responsable de los daños. En consecuencia, en este caso opera una subrogación convencional debido a que la víctima —quien es acreedora frente al responsable— recibe el pago del asegurador y lo sustituye voluntariamente en sus derechos contra tal responsable.

Empero, esta doctrina establecida y fundada en las reglas del Código Civil sobre pago, existentes tanto en el Código de 1936 como en el de 1984, ha sido cuestionada por una Ejecutoria de la Corte Suprema, poco anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código.

Panamericana Compañía de Seguros y de Reaseguros S. A. demandó a don Rolando Pérez Urteaga y otro para que le pagarán el importe de lo que ella había abonado a uno de sus asegurados, en razón de que los demandados eran autores del daño sufrido por el asegurado. La sentencia de Primera Instancia declaró fundada en parte la demanda —aceptó el derecho del asegurador a cobrarle al autor del daño, pero redujo el monto demandado— y la Corte Superior confirmó esa resolución. Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en Ejecutoria de 12 de abril de 1984, declaró *improcedente* la demanda^{645bis}; esto es, que no se trata de discutir si la demanda es fundada o no sino simplemente de rechazarla porque el asegurador no tiene acción contra el autor del daño. En los considerandos de tal Ejecutoria se expresa que el contrato de seguro de responsabilidad civil “no genera vinculación jurídica entre el asegurador y el actor del daño”, por lo que no tiene derecho a exigirle nada en base a la existencia de tal contrato. Por otra parte, el asegurador tampoco se sustituye en los derechos de su asegurado-víctima porque ello supone que sea un tercero quien pague; pero la Compañía de Seguros no paga en tanto que tercero sino en su calidad de deudora principal y directamente obligada frente a su asegurado. En otras palabras, el asegurador paga a la víctima para cumplir su contrato de seguro y no como sustituto del responsable, la relación con su asegurado es de naturale-

645^{bis}. *Corte Suprema de la República*. Ej. de 12 de abril de 1984. Exp. 799- 83. Procede de CA-JAMARCA.

za contractual, mientras que la acción contra el autor o responsable del daño es de naturaleza extracontractual. Dice la corte: “no se trata del caso de subrogación legal prevista en el inciso 2º del artículo 1269 del Código Civil (de 1936), ya que la subrogación se produce cuando, existiendo una determinada deuda, ésta es pagada por persona distinta de la principal y directamente obligada, naciendo para quien efectúa el pago el derecho de exigir al deudor una prestación igual a la satisfecha”.

No cabe duda de que este razonamiento confunde la naturaleza de las instituciones jurídicas involucradas en la situación.

Ante todo, notemos que la demanda que da origen a la Ejecutoria no está ejercitando la acción directa del artículo 1987. En este caso, la víctima es el propio asegurado (y no un tercero, que es el supuesto de la acción directa), por consiguiente, el asegurador ya le ha pagado sus daños de acuerdo al contrato de seguro. Por eso, aquí es el asegurador (y no la víctima) quien demanda por la vía extracontractual para obtener del tercero responsable el reembolso de lo pagado a su propio asegurado. En esas condiciones, no se trata de un caso de subrogación legal como la plantea la Corte, sino de subrogación convencional. La subrogación legal opera cuando un tercero, con legítimo interés pero sin acuerdo con el acreedor, le paga a éste la deuda y se sustituye en sus derechos frente al deudor como una consecuencia que la ley asigna a este pago. En tal hipótesis, es en efecto un extraño quien, sin relación contractual con ninguno de los sujetos activo ni pasivo de la obligación, realiza el pago simplemente porque tiene un interés legítimo. En cambio, en el caso del asegurador se trata de la subrogación convencional, que el Código de 1936 contemplaba en el inciso 1º del artículo 1261. Es convencional porque existe una convención o acuerdo entre quien paga (el asegurador) y el acreedor (asegurado-víctima) —constituido precisamente por el contrato de seguro— para que ese asegurador pague y se sustituya. Ahora bien, esta convención o contrato no altera la naturaleza extracontractual de la obligación del deudor: la relación de subrogación (entre el asegurador y la víctima) es contractual; pero la relación subrogada (entre la víctima y el responsable del daño) es extracontractual; la subrogación es el resultado de un contrato por el cual el asegurador resulta titular de una acción de responsabilidad extracontractual contra el responsable. No hay, pues, que confundir los dos planos de relaciones. La misma reflexión es aplicable a la observación de que el asegurador no es un tercero sino el obligado principal, es el obligado principal dentro de la relación de seguro, pero es un tercero dentro de la relación de responsabilidad extracontractual.

Si analizamos la Ejecutoria desde el punto de vista económico, es posible advertir que el planteamiento de la Corte subvierte el cálculo de costos de la actividad aseguradora.

¿Cómo se calcula una prima? *Grosso modo* (sin tomar en cuenta los sistemas de bonificaciones y ajustes, para facilitar la comprensión del esquema), el asegurador debe considerar estadísticamente el monto de siniestros que deberá pagar anualmente. A ello le deduciré, también en base a un cálculo probabilístico, el monto de recuperaciones a través de acciones judiciales contra los responsables. La suma resultante será dividida entre el número de asegurados: esto dará la “prima técnica”. Luego será preciso tomar en cuenta todos los gastos de administración del sistema, la ganancia de la Compañía de Seguros, etc. El total de ello será también dividido entre el número de asegurados y agregado a la prima técnica: de esta manera llegaremos a la “prima comercial”, que se cobra al asegurado. Por consiguiente, si la Corte decide eliminar la posibilidad de recuperaciones declarando improcedentes las acciones subrogadas contra los responsables, el seguro queda desfinanciado, una parte de sus costos —que debía ser cubierto con tales recuperaciones, ya que fue descontado de la prima técnica— quedaría sin contrapartida.

Si profundizamos el análisis económico, veremos que el perjuicio de una tal interpretación con la Corte Suprema no recaerá en última instancia sobre las Compañías de Seguros sino que, dentro de un sistema de mercado, éste sería a su vez diluido entre los asegurados. Evidentemente, durante la vigencia de los actuales contratos respecto de los cuales la prima ha sido calculada teniendo en cuenta el porcentaje de recuperaciones, el asegurador perdería con cada siniestro esa parte de su costo que no se encuentra cubierta. Pero al suscribir con sus asegurados el siguiente contrato por el próximo período, ciertamente la prima no sería la misma: el cálculo antes mencionado sería replanteado sin considerar las recuperaciones; de esta manera, las primas tendrían que ser mayores y el sistema volvería a funcionar normalmente.

En verdad, la corte percibió confusamente algo que no deja de tener sentido: el asegurador puede calcular actuarialmente su negocio de manera de no necesitar perseguir al responsable y crear así una víctima económica con el objeto de resarcir a la víctima física. La subrogación supone que el asegurador es un mediador entre la víctima y el responsable; sin embargo, puede concebirse el contrato de seguro como una forma de diluir los efectos

del daño antes que como un mecanismo de desplazar el daño de una persona a otra. De hecho, el seguro de vida, por ejemplo, no desplaza la carga a un tercero; sus primas no toman en cuenta ningún ingreso por recuperaciones de “responsables”: ocurrido el siniestro (fallecimiento del asegurado), se paga a los beneficiarios sin recurso contra terceros. Tampoco el seguro de accidentes de trabajo, ni aun cuando estaba administrado por los aseguradores privados (antes de que fuera integrado en la seguridad social), otorga derecho a recurso del asegurador contra el responsable del daño.

En otras palabras, la Corte había intuido las ventajas del principio de difusión social del riesgo para el caso de las reparaciones de accidentes. Sin embargo, cambiar radicalmente el principio de reparación de los daños no parece que es algo que se pueda hacer jurisprudencialmente: requiere una modificación por ley, la que a su vez debe ser el resultado de un minucioso estudio que logre un balance entre los distintos intereses legítimos que están en juego y determine hasta sus últimas consecuencias las opiniones económicas a que el cambio nos conduce.

Desde el punto de vista legal y aun cuando creemos en la importancia de una jurisprudencia creativa e inteligente, pensamos que la corte no puede hacer una interpretación *contra legem*: el inciso 1º del artículo 1261 del Código Civil no puede ser desconocido.

Desde el punto de vista económico, creemos que un cambio en este sentido por la vía de la jurisprudencia afectaría injustamente, como ya se ha dicho, los contratos ya celebrados por las Compañías de Seguros. Por otra parte, existe otra consideración que, aunque quizá menos importante en la práctica de lo que parecería en teoría, no puede dejar de estudiarse: la eliminación de la subrogación por el asegurador ocasionaría un incremento de primas; y esto haría que menos personas puedan asegurarse, lo que redundaría en contra de la aplicación del principio de difusión del riesgo por la vía de seguro. En realidad, la eliminación de la subrogación y, consecuentemente, del recurso contra el autor del daño, es más propia de los sistemas de seguro obligatorio que de los seguros voluntarios, como lo veremos en el capítulo siguiente al tratar sobre el sistema *no-fault*: la aseguración masiva en los seguros obligatorios permite beneficiarse con las economías de escala, de manera que la falta de ingresos por recuperaciones sea más fácilmente absorbida sin recurrir a un aumento dramático de las primas.

Decíamos que este efecto secundario —aumento de las primas— que podría resultar de la eliminación del recurso contra el autor del daño quizá

no reviste tanta significación económica. Indudablemente, habría que analizar el porcentaje efectivo de incidencia de tales recuperaciones en las operaciones de una Compañía de Seguros; lo que ciertamente la Corte Suprema no estuvo en posibilidad de hacer, frente a un caso particular que tenía que resolver. Pero es probable que ese análisis arroje una incidencia muy reducida. No debemos olvidarnos que tales recuperaciones se realizan muchas veces años después de pagada la indemnización al asegurado, luego de seguido un largo juicio entre el asegurador y el autor del daño. Con la inflación actual y a pesar de la regla del pago de intereses contenida en la última parte del artículo 1985, las cantidades percibidas por el asegurador por este concepto pueden llegar a ser ínfimas. De otro lado, si el autor del daño se encuentra también asegurado, la posibilidad de tal recuperación se hace irrelevante. Es conocido que entre aseguradores existe el acuerdo de aplicar el principio "golpe- por- golpe" (Knock- for- knock), según el cual cada Compañía involucrada en un accidente paga simplemente los daños de su propio asegurado sin subrogarse en la acción de éste contra el otro participante del accidente. De esta manera, ambas Compañías se evitan los costos de un juicio ⁶⁴⁶. En consecuencia, cuando ambos participantes del daño han celebrado pólizas de seguro voluntario, en la práctica el resultado querido por la Corte Suprema en la ejecutoria comentada, ya está en funciones; aunque las razones y los mecanismos sean diferentes.

Finalmente, es interesante hacer notar que la acción directa de la víctima contra el asegurador, teóricamente beneficia no sólo a la víctima sino también al asegurador.

En efecto, si no existiera el convenio "golpe- por- golpe", el asegurador también utilizaría tal acción directa —cuyos derechos habría asumido en virtud de la subrogación— para demandar no ya al autor directo del daño sino a su Compañía aseguradora, igual como podía hacerlo la víctima en base al derecho que le otorga el artículo 1987. De esta manera, es posible teóricamente que la acción directa pudiera ser utilizada por una Compañía aseguradora contra otra.

646. P. S. ATIYAH y Peter CANE: *Accidents, Compensations and the Law*: 4ta. ed. Law in Context. Weidenfeld and Nicolson. London, 1987, p. 229.

CAPITULO II

EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES

Artículo 1988.— *La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.*

Sección I: Un ensayo de modernización integradora

439. *Los seguros obligatorios y el Proyecto de la Comisión Reformadora.* Como se ha relatado en la primera parte ⁶⁴⁷, el Proyecto de la Comisión Reformadora, preparado por el autor de este trabajo, basaba la responsabilidad en los casos de accidentes rutinarios sobre la idea de la repartición social del riesgo. Para lograr la dilución de los costos del daño, ese Proyecto utilizaba fundamentalmente dos mecanismos: las características del mercado (sistema de precios) y las técnicas de seguros.

Dentro de ese esquema, el Proyecto insistía muy particularmente en la existencia de seguros obligatorios que cubrieran los daños causados por esos accidentes rutinarios.

440. *Técnicas de codificación: castración aceptada o ensayo de integración.* Sin embargo, esa propuesta legislativa no pretendía arrancar un área de tratamiento de los daños al régimen del Código Civil sino, por el contrario, integrar los nuevos principios y los nuevos medios con que cuenta la sociedad moderna, dentro de la normatividad del Código.

647. *Supra* 17-23 y 37.

En realidad, frente a las novedades que ofrece la vida moderna, se plantean dos posibilidades para el Código Civil: abandonar progresivamente ciertas áreas a la legislación especializada, reduciendo su campo de aplicación pero evitando incorporar dentro de su seno a las nociones jurídicas que considera ajenas a su propia tradición; o abrirse a lo nuevo, repensar imaginativamente las situaciones, aceptar las contribuciones de la técnica moderna (no sólo en los aspectos tecnológicos sino también en lo social y organizativo) y dar a luz nuevas instituciones y nuevos sistemas debajo del manto del Código.

La primera de las posibilidades mencionadas es más del gusto de los civilistas clásicos a quienes preocupan los nuevos conceptos y también del gusto de ciertos técnicos que -ubicados en el otro extremo del espectro- preferirían redactar reglamentos por su cuenta, con independencia frente a los principios jurídicos clásicos y a la estricta concordancia teórica que exige un Código. Empero, esta posibilidad presenta también el grave riesgo de que, a la larga, el Código Civil se esfume detrás de las leyes reglamentarias y carezca de aplicación práctica: sin perjuicio de la incoherencia legislativa y de las dificultades de interpretación resultantes.

El encastillamiento del Derecho Civil dentro de unas murallas que cada vez más se convierten en ruinas responde tanto a la dinámica de los defensores tradicionales como a la de los sitiadores revolucionarios. Los primeros -los juristas civilistas clásicos- intentan conservar la plaza sin cambio alguno y no tiene más remedio que retroceder ante los asaltos de la modernidad, para quedar relegados a las habitaciones íntimas de la antigua fortaleza. Los segundos -juristas sin ningún lastre o técnicos que desconfían del Derecho- se dedican a destruir el castillo a fin de construir en ese lugar un conjunto de edificios modernos sin ninguna vinculación con el pasado.

En contra de esa tendencia a la desaparición del Derecho Civil, abonda tanto por quienes lo cultivan como por quienes lo atacan o lo ignoran, el Proyecto intentaba salvar el castillo modernizando sus ambientes, adaptándolos a las exigencias actuales, integrando el pasado y el presente dentro de soluciones que aprovecharán todas las posibilidades del mundo de hoy sin que ello conlleve el abandono de la plaza. Dentro de ese orden de ideas, se pretendía crear un sistema de responsabilidad extracontractual dentro del Derecho Civil que incorpora los principios del seguro, sin perjuicio de que las leyes particulares regularan su aplicación en detalle a los diversos tipos de accidentes.

No se trataba de establecer un régimen de seguro *paralelo* o colateral y los viejos principios de la culpa y del riesgo, ni de plantear un seguro obligatorio concebido simplemente como una suerte de respaldo o garantía de la responsabilidad "civilmente" establecida, sino de ensayar una nueva totalización conceptual que incorporara este moderno mecanismo dentro del sistema del Código "por derecho propio". En consecuencia, el seguro no funcionaba a contragolpe, una vez determinada la responsabilidad por otros medios "propiamente civiles" (culpa, riesgo), sino como elemento constructor de la idea misma de la responsabilidad.

441. *El seguro obligatorio y el Código Civil de 1984*. Todo ello ha desaparecido en el Código Civil efectivamente promulgado.

Ahora no queda sino un artículo sobre el seguro obligatorio, colocado muy significativamente al final de la Sección de Responsabilidad Extracontractual, que no cumple papel jurídico alguno. Todo su sentido es el de recordar a los legisladores futuros que alguna vez hubo esta preocupación. Es como una señal colocada en el camino de la legislación, una flecha que indica un destino: pero ni siquiera tiene carácter obligatorio: el legislador futuro puede ignorar ese signo que lo invita a tomar una determinada dirección.

Por otra parte, la redacción del artículo 1988 ha sido tan despojada de todo lo que la vestía que, aun si en los tiempos venideros se decidiera implantar, por ejemplo, el seguro obligatorio de automóviles (como creemos que sucederá inevitablemente), ese artículo no dice nada sobre cómo hacerlo.

Sección II: Los seguros obligatorios y el mundo moderno

442. *El seguro obligatorio en el Perú: antecedentes*. El seguro obligatorio no es una novedad en nuestro medio.

Como es perfectamente sabido, éste se impuso desde ya hace muchos años para el caso de los accidentes de trabajo; primero bajo la forma de seguro privado y sólo más tarde se lo incorporó al sistema de seguridad social.

En una u otra forma, ante la impasibilidad de los civilistas que inmediatamente se rindieron frente al hecho, este seguro obligatorio se desprendió del Derecho Civil en vez de integrarse dentro de los preceptos del Código. Evidentemente, un sistema de reparación de daños de este tipo requería

nuevos conceptos y algo de imaginación jurídica creativa para ser integrado conceptualmente dentro del Código Civil; la falta de voluntad de esta disciplina jurídica para contribuir con una reflexión fresca sobre el tema movilizó otras fuerzas que hicieron suyo el nuevo campo teórico: la indiferencia de los civilistas entregó el campo a los laboristas.

443. *La oposición al nuevo Proyecto.* En cambio, con relación al Proyecto de la comisión Reformadora Extracontractual, que abría un lugar dentro del Código Civil para el seguro obligatorio, no se produjo la misma situación de indiferencia.

Este proyecto fue duramente atacado; pero lo fue desde el ángulo más sorprendente: tolerado por los civilistas hasta el punto de admitir que la idea se incorporara al Proyecto (aunque algunos no dejaron nunca de manifestar su incomodidad con estas ideas aparentemente nuevas), paradójicamente fueron los aseguradores (teóricamente, los adalides de las técnicas modernas) quienes rechazaron la adopción del sistema de seguro obligatorio.

444. *La Comisión de Asesores de las Compañías de Seguros.* El 10 de marzo de 1983, el Presidente de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros dirigió al entonces Ministro de Justicia, doctor Armando Buendía, la comunicación No. 100/83-P con la que adjuntaba un informe de sus Asesores Legales, tenazmente opuesto al Proyecto de la Comisión Reformadora basado en la idea de la difusión social del riesgo y en el uso de seguros obligatorios para ciertos accidentes.

Este informe revela una preocupación más bien gramatical que jurídica, ya que la mayor parte de sus observaciones no se refieren a los conceptos jurídicos sino al uso de las palabras y hasta el empleo de las comas. Lamentablemente, como quienes lo suscribieron son abogados y no lingüistas, su cooperación en ese campo era ilimitada e insegura; en cambio, se perdió una oportunidad para que desplegaran su talento jurídico en pro de la creación de un sistema más adecuado y moderno de responsabilidad extracontractual en el Perú.

Después de múltiples referencias a una pretendida "falta de semántica", tales como que no debe usarse la palabra "resarcir" sino "indemnizar" (a pesar de que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua las considera sinónimas) o que hubieran preferido un mayor número de comas en los artículos o que la palabra "daños" se repita y que hubiera sido preferible

sustituirla por “estos” o que un artículo presenta “defectos gramaticales” y carece de “adecuada terminología” o que no debe utilizarse la expresión “*difundir* socialmente el costo del daño” porque ese verbo significa propagar una noticia (a pesar de que ésta es ya segunda acepción en el diccionario de la Real Academia, mientras que la primera acepción es la de extender o derramar, que metafóricamente puede aplicarse a los costos del daño, al igual que “diluir”), etc, el informe concluye diciendo que, por todas estas” razones”, “no es conveniente que se ponga en vigencia la sustitución que propugna el Proyecto, en reemplazo de la fórmula que prevé el artículo 1136 y siguientes del Código Civil”. No hay una sugerencia, una propuesta, una mejora, un intento de contribuir de manera constructiva (aunque fuera desde otra perspectiva) al establecimiento de un sistema moderno de responsabilidad extracontractual con la ayuda del seguro, nada; *ergo*, hay que dejar las cosas como están, como fueron pensadas hace 50 años: el Código Civil de 1936 no debe tocarse.

En lo que se refiere al seguro obligatorio, el informe opina que se sustenta “en el principio de una solidaridad que resulta forzada, porque su contratación deviene en obligatoria, y desprovista a la vez de un elemento consustancial al seguro privado, cual es la selección del riesgo, ya que el Estado no podría dar seguro contra accidentes de toda la población, y menos contar con reaseguros sobre una cobertura indeterminable” Y a estas objeciones “principistas”, agrega un poco de paso algunas objeciones “realistas”: que el seguro obligatorio “es muy problemático y todavía no opera en el terreno de la realidad”.

Estas opiniones son extrañas si se tiene en cuenta que la Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES) —a la cual orgullosamente pertenece la Asociación de Empresas de Seguros, según aparece de su papel membretado en el que fue enviada su comunicación al Ministro Buendía— ha preparado un Anteproyecto de Ley Tipo de Protección a Víctimas de Accidentes causados por Automotores, cuyo primer artículo dice: “Todo propietario de un automotor definido en la presente ley está obligado a tomar el seguro que la misma establece”; y la Primera Conclusión de la XVIII Conferencia de tal Federación fue que “La industria aseguradora privada es el instrumento más idóneo para cumplir la función indemnizadora de daños”, en relación con el seguro obligatorio de automóviles.

445. *El seguro obligatorio en el mundo de hoy.* Por otra parte, a pesar de las discrepancias principistas y del escepticismo sobre la posibilidad práctica

de crear sistemas de seguro obligatorio, la realidad es que la mayor parte de los países del mundo hoy en día ha adoptado el régimen de seguro obligatorio, cuando menos para los casos de accidentes de la circulación automotor; existen otros riesgos (tales como accidentes en piscinas públicas o en locales escolares, etc) que comienzan también a beneficiarse del sistema.

En España, BROSETA explica la necesidad del seguro obligatorio en los siguientes términos: "Mas el considerable aumento del parque de automóviles y el aumento de la densidad de la circulación viaria, han convertido el uso y la circulación de los vehículos de motor en un verdadero peligro social (estado de riesgo) para los automovilistas y para quienes sin serlo son sus frecuentes víctimas, peligro que ha inducido a casi todos los países —y entre ellos al nuestro— a imponer individualmente a todo titular o conductor de un automóvil la obligación de estipular un seguro que cubra, en forma total o parcial, los daños que su circulación pueda generar a los terceros, de los que sus conductores sean jurídicamente responsables. El seguro obligatorio de automóviles así introducido, beneficia a las víctimas, al asegurarles una indemnización, aunque el conductor responsable sea insolvente o no sea hallado; beneficia al conductor responsable, pues elimina el gravamen que sobre un patrimonio representa la obligación de indemnizar a la víctima; y, en definitiva, crea una situación colectiva de cobertura que beneficia a todos"⁶⁴⁸.

De acuerdo al *survey* mundial realizado en 1980 por Sigma, el Departamento Económico de la Swiss Reinsurance Company de Zurich (Suiza), "el seguro de vehículos automotores es hoy en día obligatorio en más del 80% de los países, en particular en todos los países europeos, Australia y Nueva Zelanda, en la mayor parte de los Estados Unidos de Norteamérica y provincias del Canadá y en la mayoría de los países de Latinoamérica, África y Asia.

Los primeros países en utilizar el sistema fueron ciertamente los *europeos*. Entre ellos, iniciaron la aseguración obligatoria de accidentes de tránsito Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Portugal (en el Código de la Ruta) y Suiza, que tienen todos seguro obligatorio desde la década de 1950. Todos los demás países europeos adoptaron el seguro obligatorio en las dé-

648. Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1983, p. 517.

cadras de 1960 y 1970. La única excepción —bastante notable— a la adopción generalizada del seguro de responsabilidad (incluyendo el seguro voluntario) es la Unión Soviética que rechaza toda repartición social de los daños e insiste en la culpa. La prohibición existente en la Unión Soviética de asegurar los daños causados a terceros sólo fue levantada con relación a los accidentes de circulación y exclusivamente en favor de los turistas extranjeros, con motivo de los Juegos Olímpicos; pero, finalizado dicho evento, se ha vuelto a imponer de manera total ⁶⁴⁹.

En Asia tienen seguro obligatorio de vehículos Bangla Desh, Burma, Corea del Sur, Filipinas, Hong Kong, India, Indonesia, Irán, Iraq, Israel, Japón, Kuwait, Malasia, el Reino Hashemita de Jordania, la República Popular Democrática de Yemen, Singapur, Sri Lanka, Siria y Taiwán. En Africa, el seguro obligatorio existe en Alto Volta, Argelia, Benin, Burundi, Camerún, Costa de Marfil, Chad, Egipto, Gabón, Gambia, Ghana, Isla Mauricio, Kenya, Libia, Madagascar, Malawi, Marruecos, Mozambique (sólo obligatorio para extranjeros), Nigeria, República de Africa Central, República Popular del Congo, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Swazilandia, Tanzania, Túnez, Uganda, Zaire, Zambia y Zimbabwe.

En América Latina tienen seguro obligatorio de vehículos Antigua, Argentina, Barbados, Brasil, Chile (en proceso de organización), Costa Rica, República Dominicana, Haití, Jamaica. Puerto Rico, Santa Lucía, Trinidad y Tobago y Venezuela (en estudio). El *survey* mencionado no incluye información sobre Colombia, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay.

446. *El Perú dentro del mundo de hoy. ¿Qué pasa, entonces, con el Perú?* Se nos dice que somos un país pobre y un país de pobres, por lo que no se puede gravar a todo propietario de un automóvil con la obligación de contratar un seguro. Sin embargo, todos sabemos que si el seguro se encuentra generalizado (porque es obligatorio) las primas bajan. Se nos dice que nuestros automóviles son viejos y mal cuidados, por lo que todo cálculo actuarial del riesgo resulta desbordado; se nos dice también que, con el carácter del peruano, el seguro se prestaría para muchas trampas.

Pero, ¿somos acaso un país tan atípico que no podemos hacer lo que todo el mundo puede hacer? ¿Estamos tan atrasados que resulta "irreal" pro-

649. André TUNC: *La Responsabilité Civile*. Economía. París 1981. p. 75.

poner entre nosotros una ventaja moderna que es perfectamente natural en países con similares dificultades a las nuestras como las naciones de Africa y de Asia? La Uganda de Idi Ammin implantó el seguro obligatorio de automóviles ¿Debemos ser tan pesimistas respecto del Perú para pensar que tenemos menor capacidad que Uganda para organizarnos adecuadamente?

447. *El subdesarrollo como fenómeno total.* La discusión de este tema es interesante porque nos permite completar la comprensión del subdesarrollo.

Este consiste no solamente en las deficiencias de nuestro parque automotor, en la escasez de recursos de nuestros seguros o en una mala formación cívica de nuestros ciudadanos que los lleva a hacer trampas. El subdesarrollo es un fenómeno total; de modo que así como hay una economía subdesarrollada, un Estado subdesarrollado, un ciudadano común subdesarrollado, un chofer de autos subdesarrollado, hay también Compañías de Seguros subdesarrolladas, capitalismo subdesarrollado, hombres de negocios subdesarrollados, profesionales subdesarrollados, el mal nos afecta a todos. Paul BARAN decía que hasta una revolución en un país subdesarrollado es una revolución subdesarrollada.

Y es una muestra de ese subdesarrollo la actitud pre-capitalista de muchas de nuestras empresas pretendidamente capitalistas que, lejos de arriesgarse en nuevos negocios que suponen un cierto esfuerzo pero que ofrecen interesantes posibilidades de ganancia (como el seguro obligatorio), prefieren quedarse como están, no innovar porque las novedades pueden traer ventajas pero indudablemente traen desafíos que es preciso superar.

El seguro obligatorio puede ser una interesante ocasión de ampliar el negocio de seguro en el Perú, dado que es obligatorio, es probable que el Estado tenga que intervenir en estos programas de manera más intensa para cautelar el interés del público; y hay riesgo de que las tarifas se fijen con criterio político. Además, las Compañías de Seguros se verán enfrentadas a reclamos de un gran número de personas sin vinculación con ellas mismas, de personas que ya no son "conocidas" ni escogidas previamente a través de los seguros voluntarios sino que forman parte del común de la gente, con los riesgos que ello también supone: ya no se tratará exclusivamente con clientes vinculados por varios negocios (y no solamente a través del seguro del vehículo) sino con personas desconocidas.

Conclusión: mejor es oponerse. Un empresario capitalista es un jugador, en el sentido más sano del término: es un hombre que arriesga, que trata siempre de abrirse nuevos caminos, que no teme las dificultades ni la competencia sino que las enfrenta audazmente. En cambio, el empresario subdesarrollado —público o privado— encuentra todas las razones para no tomar riesgos por su cuenta: en el fondo, conserva un resabio de rentista pasivo.

448. *El subdesarrollo de la información.* El subdesarrollo es así no solamente un mal económico sino también —y quien sabe si fundamentalmente— un mal psicológico que afecta las actitudes sociales.

Y sus efectos paralizantes y retrógrados se manifiestan igualmente en el campo de la información: la carencia subdesarrollada de información al día nos lleva a considerar revolucionarias las ideas que se han implantado en todo el mundo desde hace décadas y que se consideran conservadoras en los países capitalistas más adelantados. Todo ello configura un subdesarrollo de nuestra capacidad creativa que nos vuelve impotentes, que nos hace pensar que nosotros no podemos hacer lo que los demás han hecho. Así, no podemos pensar más “modernamente” porque el subdesarrollo de las cosas limita en la práctica nuestras ideas; pero a su vez no podemos desarrollar las cosas porque nos lo impide el subdesarrollo de nuestras ideas. En esta forma se genera una suerte de círculo vicioso de subdesarrollo que es importante percibir: un pretendido realismo puede no ser sino la manifestación de un pesimismo subdesarrollado y subdesarrollante.

449. *El subdesarrollo como vejez prematura.* Los países subdesarrollados viven sumergidos en los trastos y los prejuicios del pasado.

Porque, paradójicamente, un país subdesarrollado no es un país todavía joven, como usualmente se cree, un país inmaduro, que está en proceso de cuajarse. Un país subdesarrollado es, más bien, un país enfermo de vejez: vejez de métodos y técnicas, con el consiguiente artritismo intelectual que nos hace resistentes al cambio. Mas propiamente un país subdesarrollado es un país joven, pero que se ha hecho viejo antes de tiempo: es algo lamentablemente tan monstruoso como un niño revejido, cuyo entumecimiento prematuro le impide crecer.

Rousseau denunciaba la existencia de personas que confunden lo que se puede hacer con lo que se hace. Grave situación si en un país como el nuestro, donde todo está por inventar, caemos en tal confusión. Más grave aún si la pólvora aparece como una invención novedosa entre nosotros.

Sección III: Naturaleza y regímenes del seguro obligatorio

450. *Finalidad social.* Los sistemas de seguros obligatorios persiguen un objetivo diferente del seguro voluntario: mientras que éste último se orienta a liberar al asegurado de una carga económica, los primeros se orientan a asegurar que la víctima perciba la indemnización que le corresponde. Así, mientras el seguro voluntario tiene una finalidad eminentemente individual y en función del cliente, el seguro obligatorio tiene una finalidad social en función de las víctimas.

Por consiguiente, si ya la instauración de una acción de la víctima contra el asegurador cambia de alguna manera la naturaleza del contrato del seguro al incorporarle el interés social por la víctima, el seguro obligatorio da un paso más allá en tal sentido y, a diferencia del seguro voluntario, casi puede considerarse como una estipulación en favor de tercero.

451. *Campos de aplicación del seguro obligatorio.* El seguro obligatorio puede ser concebido como un régimen general que cubra todo tipo de accidentes personales como un régimen que comprende riesgos específicos.

452. *El seguro general de accidentes.* El ejemplo más notable del régimen general es el de Nueva Zelanda.

Este joven e imaginativo país ha organizado un sorprendente sistema de compensación para los accidentes en general, cualquiera que sea su clase, que ocurran dentro de su territorio. Juristas y especialistas en seguros con espíritu creativo prepararon la ley denominada *Accident Compensation Act*, que entró en vigencia el 1° de abril de 1974 y cuyos beneficios son profusamente divulgados en Nueva Zelanda mediante campañas destinadas a que todo ciudadano tome consciencia de sus derechos. El artículo 4 de la Ley señala que sus propósitos son promover la seguridad general con miras a prevenir accidentes y minimizar daños; promover la rehabilitación de toda persona que percibe un ingreso por remuneraciones o utilidades (*earner*) y que haya sufrido daños personales por accidentes y de toda persona —perci-ba o no un ingreso del tipo antes mencionado— que sufra un accidente de la circulación, de manera de devolverles “el máximo que sea posible de sus capacidades físicas, mentales, sociales, vocacionales y económicas”; y proveer una rápida, equitativa y razonable compensación de manera que cada accidentado pueda ser tratado de acuerdo a sus verdaderas necesidades. En los folletos explicativos del sistema se señala que “El precio que tenemos

que pagar por el tipo de sociedad en que deseamos vivir hoy en día incluye una avalancha de accidentes que aumenta su potencial dañino año a año. Nuestra comunidad debe realizar su máximo esfuerzo para reducir o contener esta avalancha, atenuando los sufrimientos que estos accidentes causan y, a través de una justicia simple, dar a la víctima los medios económicos para hacer frente a sus responsabilidades o para conservar el tipo de vida que ellas normalmente hubieran mantenido por sí mismas". Por ello, "la comunidad reconoce su responsabilidad tanto respecto del número de accidentes como de sus efectos" y ha decidido "la comunidad misma" financiar el sistema a través de un seguro obligatorio de accidentes en general.

El seguro obligatorio neozelandés cubre solamente los daños personales, quedando fuera de su alcance los daños a la propiedad (vehículos, etc). Pero gozan de los beneficios del seguro las personas que sufran daños ocasionados por todo tipo de accidentes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y el tipo de actividad que realicen. En consecuencia, no tiene importancia que el accidente ocurra en el centro de trabajo, en la carretera, en casa o en el campo deportivo, manejando una máquina industrial, conduciendo un automóvil en día de paseo o participando en una cacería. Además, están automáticamente comprendidos en el seguro todos los extranjeros que se hallen de paso en Nueva Zelanda, incluyendo los simples turistas. Por otra parte, aun cuando el seguro tiene una base territorial, cubre también excepcionalmente a los ciudadanos neozelandeses que viajen temporalmente al extranjero por razones de trabajo; las Embajadas y Consulados pueden recibir y tramitar las reclamaciones por accidentes.

La filosofía del sistema, expuesta en sus publicaciones de divulgación, consiste en que la comunidad como un todo acepta la responsabilidad por los accidentes que inevitablemente afligen a un cierto porcentaje de sus miembros. No se trata de caridad estatal. La comunidad paga por su seguridad de la siguiente manera: (a) empleadores y trabajadores independientes pagan una contribución a través del Departamento de Impuestos; (b) Los propietarios de vehículos pagan una prima, y (c) el Estado financia solamente el seguro de las personas que no perciben ingresos: turistas, niños, estudiantes, amas de casa y jubilados. Este tercer grupo de personas se beneficia gratuitamente del seguro porque el Estado paga por ellos.

Frente a quienes amenazan con que la implantación del seguro obligatorio de automóviles en el Perú sería muy onerosa, es interesante hacerles notar que la prima obligatoria en Nueva Zelanda para el propietario de un

automóvil particular con la cual se obtiene todas las ventajas antes descritas —es de aproximadamente US \$ 12— por año.

A pesar de todos los ataques que el sistema ha recibido por numerosos intereses colectivos y de las dificultades propias de todo lo nuevo, André TUNC nos dice que el balance es ampliamente positivo: el número de accidentes se ha reducido y el “hombre de la calle” siente que tiene tras de sí una verdadera protección, rápida, poco costosa y eficaz. Según TUNC, el seguro obligatorio de accidentes de Nueva Zelanda es “la respuesta no solamente más moderna y más radical sino también la más racional y práctica frente al problema que le plantea al jurista —quien actualmente no lo percibe sino desde alguno de sus aspectos— ese fenómeno tan fundamental que es el accidente”⁶⁵⁰.

Sin embargo, el mismo TUNC señala que no es una experiencia fácilmente repetible en otros países, debido a los problemas políticos, administrativos y técnicos que es preciso resolver⁶⁵¹.

453. *El seguro obligatorio por áreas de riesgos.* La mayor parte de los países ha entrado dentro de esta nueva forma de reparar los daños, no a través de un seguro general sino de seguros por áreas específicas de riesgos.

Usualmente se ha implantado el seguro obligatorio para actividades que son generalmente productoras de riesgos y cuyos daños son fácilmente determinables y categorizables.

El primer seguro obligatorio que se generalizó universalmente fue el de accidentes de trabajo. Y en los últimos 50 años, como antes se ha visto⁶⁵², el seguro obligatorio de accidentes causados por vehículos automotores se ha extendido por los cinco continentes. La elección generalizada de estos

650. André TUNC: *Op. cit.*, pp. 82-3.

651. *Loc. cit.* No obstante, en los Estados Unidos se viene formulando, desde hace más de 20 años, algunas propuestas sobre la posibilidad de sustituir la responsabilidad extracontractual por una forma de incorporación de los accidentes a la seguridad social. *Vide exempli gratia*, Marc A. FRANKLIN: *Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement*. Virginia Law Review. Vol. 53, No 4, 1967; etiamque, Stephen D. SUGARMAN: *Doing Away with Tort Law*. California Law Review. Vol 73, Nos. 3. Diciembre de 1985. Con relación a nuestra posición contraria a una solución estatista, *vide infra*, No. 454.

652. *Supra*, No. 445.

dos campos de riesgo para aplicar este sistema de compensaciones es comprensible si se tiene en cuenta que tanto los accidentes de trabajo como los de tránsito constituyen un verdadero problema social en el mundo moderno. En Inglaterra, el 45.7 % de las indemnizaciones pagadas por daños y perjuicios fue por accidentes de tránsito y el 42.5% fue por accidente de trabajo⁶⁵³. No tenemos estadísticas sobre el Perú, pero pensamos que los juicios de indemnización por accidentes de tránsito constituyen la inmensa mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual que resuelven nuestros Tribunales; y si a ello sumáramos la cantidad de indemnizaciones pagadas por la seguridad social por accidentes de trabajo, tendríamos probablemente, como en Inglaterra, más del 90% de las reclamaciones de daños que se plantean en el país.

Sin embargo, poco a poco, la idea del seguro obligatorio se ha ido extendiendo a otros campos de riesgo.

En Francia, por ejemplo, un gran número de actividades no pueden ser ejercidas por quien no cuenta con un seguro de responsabilidad civil. Y no se trata de regímenes muy recientes, por lo que no puede decirse que sean soluciones hipermodernas ni propuestas en estado de experimentación.

Sin pretender enumerar todas las actividades sometidas al seguro obligatorio, nos limitaremos a informar sobre algunas particularmente significativas, que han sido señaladas por los hermanos MAZEAUD y por François CHABAS⁶⁵⁴.

En el campo del *transporte*, es en 1935 que se crearon los seguros obligatorios para los transportes públicos de pasajeros y mercaderías. En 1958 se creó el régimen general de seguro obligatorio de automóviles y demás vehículos automotores. En 1977 la ley exigió seguro a los bancos petroleros por el riesgo de contaminación del mar. Y en 1970 se dispuso la obligatoriedad de un seguro especial para los profesores de manejo.

En el campo de la *responsabilidad profesional*, ya en 1928 los arquitectos fueron obligados a tomar un seguro para participar en la construcción

653. P.S. ATIYAH y Peter CANE: *Accidents, Compensation and the Law*. 4ta. ed. Law in Context. Weidenfeld and Nicolson. London, 1987, p. 198.

654. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Traité Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T. III. Vol. II. Editions Montchrestien. París, 1983. No. 2741, pp. 440-446.

de viviendas de interés social y en 1940 fueron obligados a asegurarse para ejercer su profesión en general. En 1943 se impuso el seguro obligatorio a los hospitales y en 1953 a los responsables de farmacias. En 1955 se exigió que los Notarios estuvieran asegurados por riesgo profesional, en 1961 los centros de transfusión de sangre, en 1963 los manicomios. Los agentes inmobiliarios fueron obligados a asegurarse en 1965, los administradores de bienes fueron también sujetos a seguro obligatorio en 1970, los mecánicos de automóviles en 1972; y en 1971, la ley impuso este mismo seguro a los abogados. Las obras de construcción deben estar aseguradas desde 1978. En 1981 se sometió a seguro obligatorio a los auditores y a los estudiantes de enfermería. Los hermanos MAZEAUD y CHABAS comentan que, paradójicamente, los médicos todavía no han sido obligados a tomar seguro ⁶⁵⁵.

En el campo de las *actividades recreativas y deportivas*, los cazadores fueron los primeros a quienes se les impuso un seguro obligatorio por daños a terceros. Pero los organizadores de carreras de automóviles fueron obligados también a contratar seguro desde 1935, los organizadores y participantes de competencias deportivas en general en 1955 y en 1963 se exigió el seguro a los centros vocacionales para menores, los centros de educación física y los responsables de teleféricos y funiculares.

Cuando recordamos los accidentes habidos en el Perú en competencias automovilísticas⁶⁵⁶ y aquel caso de desbarrancamiento de un funicular de un conocido hotel y centro de esparcimiento que causó daños personales muy graves a los ocupantes, no podemos dejar de pensar que también en el Perú una política de seguros obligatorios hubiera sido necesaria desde hace mucho tiempo, aunque no tenga todavía, evidentemente, el mismo alcance que en Francia.

454. *Seguro estatal o seguro privado*. Algunos mecanismos de seguro son estatales y otros privados.

El caso más conocido de seguro estatal es el de Nueva Zelanda, al que antes nos hemos referido.

El seguro estatal ha sido intentado también por ciertos países socialistas, algunas provincias de Canadá y varios de los Estados Africanos.

655. *Loc. cit.*, p.441.

656. *Vide supra*, nota 97.

La única experiencia que hemos tenido en el Perú de seguro obligatorio de daños —el caso de los accidentes de trabajo— se encuentra actualmente en manos del Estado. Como es conocido, la compensación por accidentes de trabajo fue originalmente provista a través de un seguro obligatorio contratado con aseguradores privados. Pero, más tarde, este riesgo fue trasladado al sistema de seguridad social.

Sin embargo, en razón de la desconfianza que nos produce las debilidades y los problemas operativos de toda solución estatista, pensamos que la administración estatal de un seguro de esta naturaleza resulta extraordinariamente complicada en cualquier país, y aún más en un país subdesarrollado, con escasez de recursos, burocracia y otros males conocidos y por conocer. Es probablemente por ello que, en casi el 75% de los países, la elección del asegurador es libre, según el *survey* de Sigma antes mencionado. Es también por ello que en nuestro Proyecto ante la Comisión Reformadora abogamos por un seguro obligatorio privado, con elección libre del asegurador, sin perjuicio de un control razonable del estado para garantizar los intereses del público y los fines sociales implícitos ⁶⁵⁷.

455. *¿Quién paga la prima?* Una decisión que debe adoptar todo sistema de seguro obligatorio consiste en la determinación de un tipo de personas a quienes se puede legítimamente cargar el costo de las primas.

Los fundamentos de tal legitimidad para imponer el costo del seguro a unos y no a otros han variado de caso en caso: a veces, se ha escogido al participante en el daño que es quien más eficazmente y más económicamente puede contribuir a evitar su producción (*cheapest cost avoider*); en otros casos, se ha escogido a quien más fácilmente puede diluir este costo en la masa social; otras veces, se ha tomado simplemente a aquél que por razones

657. Cuando se escribieron estas líneas, no se había producido todavía la estatización del sistema financiero y de seguros del Perú, lo que sucedió mientras el libro estaba en prensa. De esta manera, parece que se llegará al seguro estatal —que, a nuestro juicio, no es la mejor de las opciones— por una vía completamente distinta: ni siquiera por el camino de crear técnicamente un seguro especial como el neo-zelandés (el cual, a pesar de que se trata de una extraordinaria experiencia, pensamos que no es la solución para nuestro país) sino por el camino simple de expropiar todas las Compañías de Seguros.

Dentro de este nuevo contexto, debemos reiterar nuestra opinión en el sentido de que no creemos que el aparato estatal permita operar eficientemente un sistema de seguros en nuestro país, como lo ha demostrado el fracaso de la seguridad social. Pensamos que un seguro obligatorio, contratado con aseguradores privados y debidamente reglamentado, constituye todavía la mejor opción.

prácticas era más fácilmente identificable y exigible. En gran parte de los casos, es una combinación de todas estas razones la que ha primado.

Por ejemplo, el costo del seguro obligatorio de daños personales por accidentes de tránsito sufridos por transeúntes podría haber sido impuesto a los peatones o a los automovilistas: unos u otros pueden tomar los seguros que cubran los accidentes de los primeros.

Sin embargo, todos los sistemas determinan que quien debe asegurarse es el propietario del vehículo y no el peatón. Y el fundamento para tal decisión de imponer la carga de las primas sobre los automovilistas en vez de hacerlo sobre los peatones es una mezcla de las razones antes señaladas. De un lado, si bien ambos —peatones y automovilistas tiene que actuar con prudencia para evitar accidentes— el automovilista es quien más eficientemente puede contribuir a reducir los riesgos de los propios transeúntes, manejando con cuidado y manteniendo su automóvil con la dirección, frenos, llantas, etc. en buen estado. En muchos casos, los vehículos pertenecen a empresas, que pueden trasladar el costo de las primas al precio de sus productos, mientras que este mecanismo de difusión es bastante más difícil de aplicar por las personas individuales. Por último, es más fácil controlar que los automóviles circulen con seguro a que los peatones no salgan a la calle sin haber contratado un seguro.

456. *La cobertura.* Los diferentes sistemas de seguro obligatorio limitado, sea en el tipo de daños que cubre, sea en el monto de las indemnizaciones que paga. Es así como prácticamente en el 50% de los países (particularmente en Asia, Africa y Latinoamérica), el seguro obligatorio de automóviles no comprende los daños materiales de los vehículos sino exclusivamente los daños personales.

En lo que se refiere al monto de la indemnización por accidentes automovilísticos, más de un tercio de los países tiene una cobertura ilimitada (y no parecen haber sido afectados por el “problema” de reaseguros señalados por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros en su informe antes comentado); pero la mayor parte de estos seguros ilimitados cubren exclusivamente daños personales. Sobre el particular, SAVATIER nos dice que “El seguro de responsabilidad no cumplirá plenamente su papel de garantía frente a la víctima sino en la medida en que sea contratado para un daño *ilimitado*. El seguro ilimitado, condenado en su origen como herético por la mayor parte de los aseguradores, ha conquistado ahora derecho de ciudada-

nía. Esta forma de seguro cubre verdaderamente el riesgo y no sólo una fracción arbitraria de éste”⁶⁵⁵.

El seguro obligatorio de automóviles de Francia cubre daños corporales hasta por un monto de 5 millones de francos (aproximadamente US \$ 800,000 por vehículo y por siniestro y daños materiales hasta 3 millones de francos (aproximadamente US \$ 500,000) por vehículo y por siniestro. Sin embargo, los hermanos MAZEAUD y CHABAS se lamentan de que el legislador no haya impuesto una cobertura ilimitada, que no habría sido mucho más cara que la actual⁶⁵⁶.

Es verdad que muchos de estos seguros establecen una franquicia razonable, que tiene la ventaja no sólo de eliminarle al asegurador las reclamaciones por los pequeños siniestros, sino que además evita una cierta despreocupación del chofer del vehículo, por el hecho de pensar que está asegurado: la franquicia es un contrapeso que equilibra esta tendencia peligrosa⁶⁵⁷.

453. *La determinación de la responsabilidad.* En lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad y al papel que ella juega dentro del contrato de seguro, existen tres tipos de regímenes: (a) aquellos aun basados sobre la idea de culpa (ya sea en su forma clásica, ya sea con inversión de la carga de la prueba); (b) aquellos que se organizan en torno a la responsabilidad objetiva; y (c) los que rechazan toda imputación individual del daño (*no-fault plans*).

Los dos primeros permanecen todavía dentro de los esquemas tradicionales y convierten al seguro en un mero respaldo económico de una responsabilidad determinada por criterios ajenos al propio seguro. En el tercero, el seguro no se agrega al sistema de responsabilidad civil sino que se integra con él, al punto de sustituirse a los criterios tradicionales de imputación del daño: no se trata ya de un mecanismo ancillar a la responsabilidad civil sino que es “el” medio de encarar la responsabilidad civil de manera más eficiente.

655. René SAVATIER: *Les métamorphoses économiques et sociales di Droit Civil d'aujourd'hui*. Première serie. *Panorama des mutations*. 3a. ed. Librairie Dalloz. París, 1964. No. 296, p. 356.

656. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS: *Op. cit.*, T. III, vol II. No. 2745, p. 452.

657. *Loc. cit.*

458. *El seguro basado en la culpa del causante.* El sistema más primitivo es el del seguro obligatorio basado en la culpa pura y simple.

En tal caso, la víctima tiene que reclamarle al seguro de quien le causó el daño. Pero, para cobrar la indemnización asegurada, tiene en primer lugar que demostrar que la otra parte —ese asegurado en la Compañía de Seguros a la que reclama— tuvo la culpa del accidente; y que ella misma —la víctima— no ha tenido culpa o que, cuando menos, su culpa ha sido menor que la de la otra parte. Todo ello la obliga a iniciar una acción judicial en la que tendrá que probar todos esos extremos.

El seguro obligatorio basado sobre la culpa pero con inversión de la carga de la prueba, mejora notablemente la operatividad del sistema: la inversión funciona como una presunción *iuris tantum* de culpa que ahorra a la víctima buena parte de la probanza. Pero, salvo que suscriba una transacción con el asegurador de quien le causó el daño (usualmente, por una suma manifiestamente inferior a lo que debería percibir), tendrá inevitablemente que seguir un largo y costoso juicio para cobrar lo que le corresponde. En este juicio, la Compañía de Seguros tratará de probar la ausencia de culpa de su asegurado y aducirá que por esta razón no tiene obligación de pagar por el siniestro; por lo que, en última instancia, la víctima tendrá que demostrar la culpa del causante. Otra línea de defensa de la Compañía de Seguros será tratar de demostrar que la víctima fue total o parcialmente culpable de lo que sucedió. Finalmente si la víctima no es culpable y además el asegurador no logra probar la ausencia de culpa de su asegurado, el seguro obligatorio le pagará la indemnización a la víctima, pero —también en este caso— intentará identificar al culpable del accidente; una vez que lo encuentre (y puede que sea el propio asegurado), le cobrará lo que ha tenido que pagar por el siniestro.

De esta manera, el seguro no actúa sino como un mecanismo financiador: la responsabilidad la tiene siempre “el culpable”; pero, para facilitar a la víctima el cobro de su indemnización, el seguro se interpone como banquero que “presta” a la víctima y “cobra” al “culpable”.

459. *El seguro obligatorio fundado en la responsabilidad objetiva.* El sistema de seguro obligatorio basado sobre la responsabilidad objetiva, que ha sido adoptado por una buena parte de los países europeos tiene una lógica y una operatividad bastante similar a la del seguro basado sobre la culpa con inversión de la carga de la prueba: la diferencia está en que el análisis del

responsable (¿quién, en última instancia, deberá reembolsarle al seguro lo pagado a la víctima?) no se realiza en términos de culpa sino de mera causalidad.

La víctima recibe casi siempre el pago de su indemnización porque el seguro ya no puede liberarse aduciendo ausencia de culpa del asegurado. Pero, por ejemplo, dentro de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, el asegurador todavía podría intentar evitar el pago aduciendo caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima (arts. 1972 y 1973); lo que evidentemente da motivo para un largo juicio.

Este seguro obligatorio basado sobre la responsabilidad objetiva aún participa del esquema de los sistemas tradicionales en el sentido de que el asegurador paga a la víctima —que es un “tercero”, razón por la que se habla de “seguro contra tercero”—sólo en la medida de que su asegurado sea “responsable”.

460. *El seguro obligatorio “no-fault”*. El tercer sistema del seguro obligatorio —llamado por la doctrina el *no-fault plan*— no es, como en los casos anteriores, un instrumento para garantizar una responsabilidad definida separadamente por el Código Civil (ya sea con el criterio de la culpa o de la responsabilidad objetiva) sino que es en sí mismo la forma de reparar el daño.

En este caso, el seguro ya no paga por cuenta de un responsable: no hay un responsable que proteger sino, más bien, hay una víctima a la que es preciso auxiliar. Como lo dice el Comité del Senado de los Estados Unidos para el Comercio, la Ciencia y el Transporte, en un informe en 1978, “Dentro del sistema *no-fault*, el individuo se asegura a sí mismo contra el riesgo de pérdidas económicas resultantes de sus propios daños personales, sin importar quien tiene la culpa; en vez de asegurarse contra pérdidas económicas de terceros que dicho individuo pudiera causar”⁶⁵⁸.

En realidad, en vez de funcionar exclusivamente como un “seguro de responsabilidad civil” —es decir, como un seguro contra reclamaciones de terceros— opera como un seguro mixto: cada individuo se asegura contra el riesgo de pérdida económica por los daños que él mismo pueda sufrir o que

658. Page KEETON, Robert E. KEETON, Lewis D. SARGENTICH y Henry J. STEINER: *Tort and Accident Law*. West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1983. p. 896.

puedan sufrir terceros que no estén a su vez obligados a contratar un seguro obligatorio.

Veamos un ejemplo. Dentro de un sistema de seguro obligatorio *no-fault* de automóviles, *Aulus* choca con el automóvil de *Tiberii* y de paso atropella a *Flaccum* que caminaba por el lugar. El seguro de *Auli* paga los daños de éste y también los daños de *Flacci* porque los peatones no están obligados a asegurarse; pero no paga los daños de *Tiberii* quien, estando sujeto también al régimen de seguro obligatorio, solicita el pago de su propio seguro.

Lo distintivo en el pago de todas estas indemnizaciones es que no están precedidas por investigación alguna sobre la culpa o sobre la responsabilidad en general: todo daño cubierto por el seguro, se paga. *Aulus* y *Tiberius* son pagados por sus respectivos seguros, sin preocuparle a nadie quien tuvo la "culpa" del accidente o quien es el responsable según el código: no hay responsables sino simplemente daños que indemnizar. A su vez *Flaccus* no requiere iniciar juicio contra nadie, para después cobrarle al seguro del demandado: el seguro de *Auli* le paga automáticamente.

En muchos aspectos, este sistema se parece a aquel basado en la responsabilidad objetiva. Pero, como se ha dicho, ya no se presenta en este caso la elucidación previa de responsabilidad; por lo que se evita toda alegación del asegurador de que el accidente obedeció a caso fortuito o a hechos determinante de tercero o incluso a imprudencia de la víctima (salvo que ésta hubiera actuado con dolo).

Una de las enormes ventajas de este tipo de seguro es que elimina (o reduce al mínimo) la negociación desigual entre la Compañía de Seguros y la víctima.

Toda Compañía de Seguros tiende a negociar el monto de la indemnización, con el objeto de pagar lo menos posible; es parte de su lógica comercial. El instrumento principal del asegurador dentro de tal negociación es el planteamiento de que su cliente no tenía responsabilidad y que, por lo tanto, si el "reclamante-víctima" sostiene lo contrario, tendrá que probarlo en juicio. Pero, claro está, los juicios duran mucho. y si el reclamante se aviene a recibir una suma menor, la Compañía de Seguros podría reconsiderar el asunto y pagar *ex gratia* la indemnización de inmediato, sin necesidad de juicio.

De esta manera, se da usualmente comienzo a uno de esos “juegos que la gente juega” como diría Eric BERNE ⁶⁵⁹, en el que ambas partes tienen un propósito claro detrás de las medias frases, amenazas y ruegos. Pero el asegurador tiene un mejor juego porque cuenta con la premura de la víctima por conseguir el pago de la indemnización y las posibilidades que la ley le franquea para dilatar dicho pago. Ahora bien, si adoptando un criterio objetivo de responsabilidad hacemos que la culpa sea irrelevante, resulta evidente que el asegurador ha perdido un argumento de discusión y que la víctima se encuentra en mejores condiciones de negociación. Pero, dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, todavía se puede aducir que el causante estaba autorizado para causar el daño (art. 1971) o que el presunto causante no tuvo nexo de causalidad, por lo que éste no causó realmente el daño (art. 1972 y, en cierta forma, art. 1973). El *no-fault* plan elimina también estas defensas dado que, en forma similar a la que ocurre en un seguro de primera persona, el asegurador paga aun si se trata de caso fortuito o de hecho determinante de tercero o incluso de imprudencia de la víctima.

No hay, pues, razón alguna para litigar. Luego no hay tampoco razón alguna para negociar. Todo lo que hay que determinar es el monto de los daños; lo que, en caso de discrepancia, habitualmente es dirimido de manera muy rápida por una Comisión técnica, que puede estar integrada por representantes de los aseguradores, de los asegurados, de los prestadores de servicios médicos y del Estado o por un sistema de arbitrajes. Es por ello que los folletos de divulgación del seguro de accidentes neo-zelandés. Sin embargo, algunos países permiten aún las demandas de responsabilidad civil en ciertos casos especiales o por las sumas en exceso a las indemnizaciones pagadas por el seguro obligatorio.

Es interesante examinar algunos casos concretos. Por ejemplo, en el sistema *no-fault* establecido en el Estado de Nueva York, dentro del plan básico (es decir, sin pagar primas adicionales para obtener mayor cobertura) la Compañía aseguradora paga, sin preguntarse quien causó el accidente, hasta US \$ 50,000 por los daños del propio asegurado (gastos médicos, salarios dejados de percibir, etc). hasta US \$ 50,000 por cada accidentado que estuviera dentro del automóvil asegurado y hasta \$ 50,000 por cada peatón atropellado; además de otros beneficios menores, como el pago adicional de US \$ 2,000 en caso de muerte, cobertura en viajes fuera del Estado en algu-

659. Eric BERNE, M. D: *Games People Play. The Psychology of Human Relationships*. Grove Press. New York, 1967.

nos casos, etc. Las discrepancias son resueltas por árbitros seleccionados de una lista formada por representantes del Colegio Médico y de otros Colegios Profesionales afines, representantes de la Asociación de Hospitales del estado de Nueva York y representantes de otras sociedades o asociaciones relativas a servicios vinculados a accidentes. El costo del arbitraje ha sido reducido recientemente de US \$ 25 a US \$ 15. Los litigios sólo son permitidos respecto de daños materiales al automóvil (no cubiertos por el seguro obligatorio) o en los casos de daños personales muy graves (muerte, mutilación, desfiguración, lucro cesante superior al pagado por el seguro, etc).

En Costa Rica, el sistema de seguro obligatorio *no-fault* cubre cuando menos 25,000 colones por persona accidentada y 50,000 colones por accidente (art. 47 de la Ley No. 5930 de Tránsito). La responsabilidad extracontractual subsiste por encima de la cobertura del seguro, pudiendo las víctimas o sus familiares demandar solidariamente al conductor y al propietario del vehículo por dicho exceso y en caso de muerte del accidentado. (arts. 51 y 63).

En Francia, André TUNC presentó en 1965 un proyecto de ley de accidentes de la circulación, con fuerte tinte *no-fault*. Inicialmente, fue muy criticado en los medios franceses. Sin embargo, luego de afinarlo, TUNC presentó nuevamente su proyecto a un comité internacional de expertos en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros, donde mereció una acogida muy favorable y desde entonces se lo cita frecuentemente como un intento interesante. En resumen, el Proyecto contempla la aseguración obligatoria de todo automovilista, lo que ya existía en Francia de acuerdo a la ley anterior. Pero este seguro está pensado fundamentalmente en términos de la víctima y no del automovilista asegurado. La víctima cobra en prácticamente todos los casos, sin ninguna discusión sobre las circunstancias del accidente. Las únicas situaciones que se excluyen de esta regla son las derivadas del dolo o de la culpa inexcusable de la propia víctima. Sin embargo, cabe destacar que —de la misma manera que en el Proyecto de la Comisión Reformadora peruana— la simple culpa o negligencia de la víctima no le hace perder su derecho a la indemnización, porque el seguro comprende incluso las propias negligencias (como en el caso de seguro de primera persona). El Proyecto establecía también la acción directa contra el asegurador. Como contrapartida de un sistema tan beneficioso para la víctima, se fijan límites a la cobertura tanto en lo relativo al monto de la indemnización como también en cuanto al tipo de riesgos, ya que sólo comprende los daños materiales (el daño moral no es objeto del seguro).

El juego de responsabilidades y reembolsos, propio de la responsabilidad extracontractual clásica, resulta profundamente alterado con el sistema que estamos describiendo. Ya hemos señalado que el asegurador *no-fault* paga sin preguntarse quien es responsable del accidente; pero además, tampoco se hace la pregunta después del pago porque no tiene recurso contra el responsable. En puridad, no existe responsable; el único que responde por el accidente, el único obligado a pagar algo es el propio seguro. ¿Cómo puede funcionar, entonces, el seguro si no obtiene de nadie el reembolso de lo que paga? Pues de la misma manera como funciona el seguro de vida, que tampoco le cobra a nadie las sumas que paga por cada persona que fallece: la prima es establecida mediante un cálculo actuarial que toma en cuenta el número de personas aseguradas (que, por tanto, pagan primas) y las probabilidades de pagar indemnizaciones durante el mismo período; la suma de las primas así calculadas tiene que cubrir el monto probable de las indemnizaciones a pagar, más los gastos administrativos y la ganancia del asegurador.

En realidad, este régimen de seguro es similar al utilizado generalmente para los accidentes de trabajo, que funciona también como un *no-fault plan*. Y es interesante comprobar que esta modalidad se hace cada día más habitual; al punto que muchos de los seguros obligatorios basados en el sistema de culpa con inversión de la carga de la prueba o en la responsabilidad objetiva se deslizan naturalmente hacia el *no-fault* mediante la supresión —contractual, legal o jurisprudencial— del derecho del asegurador a repetir contra quien hubiera sido normalmente considerado como responsable (salvo casos especialmente graves). Así, el seguro obligatorio de automóviles español estaba originalmente organizado sobre la base de la responsabilidad objetiva y facultaba al asegurador para, una vez efectuado el pago, repetir “contra el tercero causante de los daños y perjuicios” (art. 44 de la Ley de 24 de diciembre de 1962). Sin embargo, veinte años después de su implantación, en 1983, el jurista español BROSETA, nos dice que “No suele ser característico del seguro obligatorio de automóviles que, una vez pagada la indemnización a la víctima o a sus herederos, pueda el asegurador repetir lo pagado contra el causante responsable del siniestro. Precisamente para que ello sea factible, es preciso que concurren graves circunstancias en el responsable, las cuales en nuestro Derecho son las siguientes: (1) conducir sin el correspondiente permiso; (2) conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicos o estupefacientes; (3) conducir vehículos robados o hurtados; (4) cuando se omite el socorro a la víctima; (5) cuando la indemnización satisfecha fuera indebida (art. 30 del Reglamento de 19 de

noviembre de 1964)”⁶⁶⁰. E incluso el mismo BROSETA da cuenta de que las Ejecutorias españolas sostienen que no existe *causa* para que el asegurador —dentro del sistema de seguro obligatorio— reclame al causante por lo pagado a la víctima: el causante no le ha causado el perjuicio al asegurador, por lo que éste no tiene acción de responsabilidad extracontractual contra aquél; tampoco se subroga el asegurador en los derechos de la víctima porque no paga por cuenta del causante sino simplemente cumple con su propia obligación contractual de asegurador. No cabe duda de que el sistema se ha acercado notablemente del *no-fault*^{660bis}.

Por otra parte, el acuerdo que existe entre Compañías de Seguros para aplicar el principio “golpe-por-golpe” (*Knock-for-Knock*), constituye una suerte de *no-fault plan*.

En efecto, según este acuerdo, si hay varias Compañías de Seguros involucradas en un accidente, cada uno paga lo suyo sin preocuparse sobre cual de los “causantes-asegurados” tenga la culpa. De esta forma, el seguro de tercera persona es aplicado como si fuera un seguro de tercera persona. Este tipo de arreglos se produce exclusivamente entre aseguradores, al margen de la situación de responsabilidad civil entre las partes. El *no-fault plan* pretende llevar este mismo espíritu hasta el nivel de los asegurados.

461. *El Fondo de Accidentes*. Un último punto que debe ser tratado respecto de este tema es el de los accidentes causados por personas que no cumplieron con asegurarse o por aquellos que, aun siendo asegurados, incurrieron en alguna causal que hizo inválido el seguro para ese caso y por aquellos que se dan a la fuga sin que sea posible identificarlos (los casos llamados *hit-and-run*).

Todo sistema de seguro obligatorio debe proveer de alguna manera una solución a este tipo de casos, a fin de ser consistente.

En realidad, en los *no-fault plan*, si el daño es causado (por el vehículo no asegurado o por quien se da a la fuga) a una persona que viajaba en

660. Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1983, p. 522.

660^{bis}. Confer una Ejecutoria peruana que aplica este razonamiento incluso a los casos de seguro voluntario: *supra*, No. 438.

un vehículo debidamente asegurado, el sistema no se encuentra afectado: hay un problema de sanción contra quien cumplió las leyes del seguro obligatorio, pero el accidentado recibe atención ya que está a cargo de su propio seguro. En cambio, el problema es más complicado cuando la víctima es un peatón que no puede recurrir a seguro automovilístico alguno o cuando el seguro obligatorio ha sido organizado "a la antigua", sobre el modelo de los tradicionales seguros exclusivamente de tercera persona.

Son estos últimos los casos que más preocupan, desde el punto de vista de la filosofía del sistema. En general, la solución consiste en crear un Fondo suplementario para ayudar a estas víctimas. Ese Fondo es, en ciertos casos, cubierto por el conjunto de Compañías de Seguros autorizadas para contratar seguros obligatorios, como en Inglaterra con el Motor Insurer's Bureau; en esta hipótesis, lo usual es que la contribución de cada Compañía a tal Fondo sea incorporada al costo de la prima. En otros casos, el Estado cobra un impuesto sobre la circulación automotriz para constituir este Fondo. En el caso de Nueva Zelandia, mientras que el Plan de Accidentes No Automovilísticos es cubierto con las contribuciones de los empleadores (incluyendo la Corona) y de los profesionales independientes y el Plan de Accidentes Automovilísticos es cubierto con las contribuciones de los propietarios de automóviles, el Fondo suplementario es financiado por el Presupuesto Nacional. Tratándose de un seguro integral de accidentes, este Fondo suplementario beneficia no sólo a las víctimas que son peatones frente a daños causados por vehículos no asegurados o no identificados sino también a todos los que no tienen ingresos en Nueva Zelanda, como los turistas, los niños, las amas de casa y los jubilados.

462. *Requiem para una idea.* El seguro obligatorio de accidentes (o, al menos; de ciertos accidentes) es una idea extraordinaria que admite muchas variantes perfectamente adaptables a las idiosincrasias y realidades de cada país.

Lamentablemente, en el Perú esta idea fue condenada antes de nacer: se consideró que no era viable "por principio". Estos "principios" pueden estar constituidos por intereses creados de los abogados litigantes, por temores nocturnos de los aseguradores, por comodidad rentista o por simple pereza intelectual de quienes hubieran tenido que desarrollar conceptualmente, implantar y administrar el nuevo sistema.

No obstante, las ideas nunca mueren totalmente: son como el ave Fénix que renace de sus cenizas. Y muchas veces hace falta el fuego de un sa-

crificio para que se repare en la idea y ésta pase a formar parte de los temas de discusión, lo que es el comienzo de su introducción. Con el debate que ha habido en torno al seguro obligatorio y a la difusión social del riesgo, la semilla ha sido plantada. Dentro del medio asegurador peruano hay cerebros lúcidos que, superando los prejuicios de algunos, sabrán hacerse cargo de tal idea, abonarla adecuadamente con sus conocimientos especializados y colaborar con ella para que se convierta en árbol frondoso bajo cuyas ramas puedan encontrar protección y abrigo las víctimas peruanas que actualmente caen en la desesperanza frente a las maniobras de “responsables” irresponsables y de aseguradores cuya mira apunta únicamente a liberar a sus asegurados (y, de paso, a sí mismos) de una obligación económica, antes que a contribuir al resarcimiento de las víctimas.