



# **UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES**

Tesis de Doctorado

Título: La acción del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil. Análisis de sus alcances a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Autor: Jorge Omar Frega.

Director: Dr. Dante Cracogna.

Fecha de presentación: 20/12/16

Dedicatoria:

A mi familia que me apoyó incondicionalmente: Pelu, Luciana y Delfina.

A mis padres que siguen presentes.

A mis hermanos de sangre y a los de la vida.

A quien me marcó como docente, Eduardo Favier Dubois (p).

### Agradecimientos:

A las autoridades de la Universidad por darme esta oportunidad, en especial, al Director del Doctorado, Dr. Eduardo Gregorini Crusellas y a la coordinadora académica Dra. Viviana Kluger.

A todos los docentes del doctorado con los que pude crecer y abrirme a nuevas ideas. Muy en particular, a la Dra. Paola Urbina por su dedicación más allá de su deber.

Al Dr. Dante Cracogna, más que un tutor, un verdadero maestro.

A Adrián Cetrángolo que me alentó a iniciar este camino.

No nombré a todos, son muchos, todos valiosos, he hecho mención de los que considero más representativos.

Al Estado –y a la seguridad jurídica que él organiza- no puede serle indiferente el espectáculo del derecho de la víctima insatisfecho por la pasividad del asegurado, o por el desastre de su patrimonio, o defraudado por la colusión con el asegurador, o por la distracción de la suma asegurada del fin asignado.

Halperín (2001, p. 739).

## Resumen

El seguro de responsabilidad civil tiene una función social relevante. Ello se debe a su función bifronte, ya que, a su vez procura mantener indemne el patrimonio del asegurado, responsable de un daño y, también resarcir, en la medida del contrato, a la víctima del mismo.

El propósito principal de este trabajo es analizar si la acción directa del tercero contra el asegurador resulta un instrumento eficiente para cumplir con ese objeto del contrato. A tal efecto, se sistematizan las diversas posturas sobre sus alcances, vigencia en nuestro sistema y los de distintos países.

Frente a la regulación genérica de la acción directa en el Código Civil y Comercial evaluamos las implicancias sobre el régimen del seguro, por lo que consideramos que se pone en juego el régimen de la especialidad de la ley de seguros por sobre aquel.

Hemos podido concluir que la acción directa ha sido instaurada para facilitar el acceso a un derecho de manera más inmediata y cierta. Además se evita de esa manera que el destino de la prestación se desvíe de su destino natural.

Más allá de que el instituto de la citación en garantía configure o no una verdadera acción directa en el seguro de responsabilidad civil, podemos sostener que ella es la forma más adecuada de cumplir con el fin del contrato.

Por medio de este trabajo constatamos que la acción directa requiere cumplir con las condiciones de inmediatez y autonomía de ejercicio para hacer efectiva la doble función de indemnizar al perjudicado y mantener indemne al asegurado.

Apreciamos el nivel evolutivo del instituto estudiado y determinamos que se produce la necesidad -y correlativa tendencia- de priorizar la protección del damnificado, por lo cual resulta de esencial utilidad el reconocimiento de la acción directa sin limitaciones de ejercicio.

## Índice general.

Introducción	10
Capítulo I. Estado del arte	15
Capítulo II. Fundamentos de la acción directa. Autonomía y citación en garantía	28
II.1. Introducción.	28
II.2. Conceptualización de la acción directa.	28
II.3. Fundamentos de la acción directa en el seguro.	34
II.4. El fin práctico	40
II.5. Autonomía.	44
II.5.1. Falta de autonomía.	44
II.5.2. Autonomía de origen.	47
II.5.3. Autonomía de ejercicio.	49
II.6. Citación en garantía y autonomía.	53
II.7. Conclusión.	56
Capítulo III. Justificación de la acción directa como medida de protección.	60
III.1. Introducción.	60
III.2. La acción directa en el contrato de seguro.	60
III.3. La relación entre asegurado, asegurador y tercero damnificado.	66
III.4. Función del seguro de responsabilidad civil y las medidas de protección.	74
III.4.1. Protección del asegurado.	84
III.4.2. Protección del tercero damnificado.	91
III.5. Conclusión.	95
Capítulo IV. La citación en garantía.	97
IV.1. Introducción.	97
IV.2. Antecedentes.	98
IV.3. Función y utilidad.	102
IV.4. Efectos y alcances.	104
IV.5. Conclusión.	122
Capítulo V. La acción directa en el proyecto de ley general de seguros de Halperín.	125
V. 1. Introducción.	125

V.2. El proyecto de ley general de seguros de Halperín.	126
V.3. La acción directa en el proyecto.	132
V. 5. La citación en garantía.	141
V. 6. Evolución final del proyecto.	142
V. 7. Conclusión.	146
Capítulo VI. Las defensas oponibles por el asegurador contra el tercero damnificado	153
VI. 1. Introducción.	153
VI. 2. La relación entre las partes del contrato y el tercero.	154
VI. 3. Tipos de Defensas	156
VI. 4. Alcance y límites de las defensas	164
VI. 5. Defensas y autonomía	182
VI. 6. Conclusión	185
Capítulo VII. La obligación de accionar también contra el asegurado	189
VII. 1. Introducción.	189
VII. 2. La cuestión procesal.	190
VII. 2.1. Los sujetos del proceso y su función	196
VII. 2.2. El derecho de defensa y la economía procesal	204
VII.3. La cuestión sustancial	208
VII. 3.1. El alcance de la obligación del asegurador	212
VII. 3.2. El conflicto de intereses entre asegurado y asegurador	214
VII. 4. Conclusión	216
Capítulo VIII. La acción directa en el seguro de responsabilidad civil en el derecho comparado.	220
VIII. 1. Introducción.	220
VIII. 2. La acción directa en Europa.	221
VIII. 2.1 Alemania	222
VIII.2.2. España	224
VIII. 2.3. Francia	228
VIII. 2.4. Italia	230
VIII. 2.5. Inglaterra	231

VIII. 3. La acción directa en América.	232
VIII.3.1. Brasil	233
VIII.3.2. Bolivia	238
VIII. 3.3. Chile	240
VIII. 3.4. Colombia	246
VIII. 3.5. Cuba	251
VIII. 3.6. Estados Unidos de América	252
VIII. 3.7. México	256
VIII.3.8. Paraguay	257
VIII.3.9. Perú	259
VIII.3.10. Uruguay	260
VIII. 3.10 Venezuela	262
VIII. 4. Clasificación de los sistemas frente a la acción directa	263
VIII.5. Conclusión	264
Capítulo IX. La acción directa y la citación en garantía en nuestra jurisprudencia.	266
IX.1. Introducción	266
IX.2. La jurisprudencia Nacional	267
IX.2.1. Evolución de los conceptos	270
IX.2.2. Situación actual	277
IX.3. La jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires	278
IX.4. Estado actual de la cuestión	279
IX.5. Tendencia de la jurisprudencia	280
IX.6. Conclusión	282
Capítulo X. La acción directa en el Código Civil y Comercial de la Nación	285
X.1. Introducción.	285
X.2. Antecedentes de la acción directa en nuestra legislación.	285
X.3. Fundamentos de la acción directa en el Código Civil y Comercial	288
X.4. La estructura y alcances de la acción directa en el Código Civil y Comercial	289
X.5. Análisis comparativo con la acción directa en el seguro	293

X.6. Principio de primacía de la ley especial	298
X.7. Conclusión.	304
Capítulo XI. Marco metodológico	307
Capítulo XII. Conclusiones y propuestas	313
Capítulo XIII. Bibliografía y fuentes de información	327

## Introducción

Las ventajas del seguro como forma de traslación del riesgo se amplifican en el de responsabilidad civil, toda vez que el efecto directo -la protección indemnizatoria del asegurado por medio de la dispersión y atomización del riesgo- y el indirecto -la de los terceros que negocian o dependen de algún modo de la actividad sujeta al riesgo- se repotencian en este tipo de contratos.

Ello ha motivado que el seguro de responsabilidad civil haya sido considerado un instrumento muy difundido y reconocido socialmente. A tal punto que se impulsa la obligatoriedad de su contratación para ciertas actividades de mayor interés común, como lo son el transporte o el uso particular de automotores.

Ahora bien, esa denominada función social del seguro requiere de una regulación que la respete, que permita cumplir con ese rol de forma efectiva y acorde a las necesidades de la comunidad.

La acción directa ha sido establecida en nuestra legislación con el objeto de facilitar el acceso a un derecho de manera más inmediata y cierta. Se ha instituido para ciertas situaciones jurídicas donde el titular de la misma se vería impedido de acceder a una composición adecuada de su interés si ella no existiera.

Se trata de una facilitación en el acceso al cumplimiento de una obligación que originariamente corresponde a un tercero pero que le ha sido concedida por vía del ordenamiento legal.

Sostenemos junto con Halperín (2003) que el seguro de responsabilidad civil ha tomado en nuestra legislación la forma de la citación en garantía (artículo 118 de la ley 17.418) que supone determinados condicionamientos que la limitan.

La misma adquiere dos formas. Por un lado, la citación en garantía propiamente dicha, esto es, la realizada por el asegurado en el proceso donde es demandado por un hecho del que nace su responsabilidad y que está previsto en el contrato de seguros; y, por el otro, la que hace el tercero damnificado que configura, en rigor, una acción directa contra el asegurador. Ambas cumplen ciertamente una clara función bifronte o dual.

Ello significa que el seguro de responsabilidad civil procura mantener indemne al asegurado y resarcir al tercero, víctima de esa responsabilidad. La

manera de cumplir con ese doble fin es concediendo al damnificado un derecho de accionar directamente contra el asegurador.

Es claro que obligar al tercero dañado o al asegurado a promover un nuevo juicio por el cobro de las sumas condenadas en el proceso donde se discutió la responsabilidad de éste, ahora contra el asegurador, resulta un dispendio de actividad jurisdiccional, amén de impedir al asegurador participar directamente en el pleito.

De esa forma se garantiza al tercero que la obligación de la aseguradora no se desvíe de su destino lógico y, por otra parte, que el asegurado no deba desprenderse de su patrimonio para luego recuperar lo pagado a la víctima de su aseguradora.

Resulta importante evaluar el método más eficiente para obtener esa finalidad y determinar cuáles son las condiciones que deben cumplirse para ello.

Frente a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que regula en forma genérica a la acción directa es necesario analizar cómo ha quedado enmarcada la misma en su aplicación específica dentro del seguro y su normativa.

En consecuencia, el interrogante que ello suscita es: **¿Qué condiciones requiere la acción directa en la regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil para el cumplimiento de su función a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación?**

El objetivo general de esta tesis es determinar qué condiciones requiere la acción directa en la regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil para cumplir con su función a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello nos proponemos analizar la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con especial énfasis en Alemania, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Inglaterra, México, Paraguay, Perú y Venezuela respecto de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil. También buscamos identificar los distintos sistemas de cumplimiento de la obligación principal del asegurador en el seguro de responsabilidad civil. Finalmente, procuramos determinar el modo para

cumplir con el pago de la indemnización al tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil conforme su función.

La hipótesis que pretendemos constatar es si la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador en la regulación jurídica del seguro de responsabilidad civil requiere cumplir con las condiciones de inmediatez y autonomía de ejercicio para hacer efectiva su doble función, indemnizar al perjudicado y mantener indemne al asegurado. Por lo que la hipótesis es de constatación y tiene como fin de determinar si la acción directa es un instrumento adecuado para cumplir el objeto bifronte del seguro de responsabilidad civil. Ello, considerado con relación a la vigencia del Código Civil y Comercial.

Nos proponemos abordar nuestro objeto de la investigación desde distintos aspectos: Por un lado, la fundamentación de la acción directa en tanto a su autonomía y condicionamiento estructurado por medio del instituto de la citación en garantía. Y por el otro, la justificación de la acción directa como medida de protección de un derecho crediticio, y la forma de instrumentación en la ley argentina y en el derecho comparado. Ello se conjuga con otro aspecto que también consideraremos: la naturaleza jurídica que ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina. Finalmente, evaluaremos las condiciones en que debe producirse para que pueda cumplir su función.

Luego de establecer el estado del arte en el primer capítulo, desarrollaremos el marco teórico en nueve capítulos. En el capítulo segundo trataremos los fundamentos de la acción directa en relación a su eventual autonomía y si se encuentra instrumentada por medio del instituto de la citación la garantía. Estos conceptos resultan la estructura que se ha establecido en nuestra legislación especial y que ha dado motivo a un importante debate doctrinario y jurisprudencial.

Luego analizaremos la justificación de la acción directa como medida de protección tanto de la víctima -o tercero damnificado- como del asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

En el cuarto tratamos a la citación en garantía, instituto nacido en nuestra legislación y con antecedentes en la legislación, doctrina y jurisprudencia italiana. Ello nos conduce a desarrollar a continuación una evaluación sobre la citación en

garantía en el anteproyecto de ley general de seguros de Halperín, dada su importancia en la evolución de la temática.

Las defensas oponibles por el asegurador contra el tercero damnificado son tratadas en el capítulo sexto en razón de ser las que delimitan los alcances de la acción directa. Allí veremos las soluciones que las distintas legislaciones encontraron sobre el punto determinando el grado de prioridad a la accesibilidad del tercero a la indemnización que poseen los diversos sistemas jurídicos.

En el siguiente capítulo trataremos la cuestión relativa a la obligación del tercero damnificado de accionar contra el asegurado para también poder hacerlo contra el asegurador. Ello conlleva conflictos prácticos y ha generado cuestionamientos respecto de la real existencia de la acción directa en nuestro sistema, o su concreta necesidad, entre otros.

Nos detendremos en la acción directa en el derecho comparado en el capítulo nueve. En éste advertiremos los distintos sistemas que se han adoptado internacionalmente respecto del instituto que estudiamos.

En el capítulo diez veremos cómo ha sido tratada la acción directa y la citación en garantía en nuestra jurisprudencia marcando las principales tendencias sobre su naturaleza.

Frente a la trascendente modificación legislativa que significó en nuestro país analizaremos luego la situación emergente de la regulación de la acción directa en el Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la normativa de seguros.

Finalmente, en el capítulo doce, desarrollamos la conclusión a la que arribamos respecto de la utilidad de la acción directa como instrumento ordenado a cumplir con el objeto bifronte del contrato de seguro. Por supuesto, la misma no pretende ser definitiva sino un avance sobre este complejo y relevante tema.

El tema de la acción directa se enmarca dentro del ámbito del seguro, más genéricamente, dentro de la responsabilidad civil, pero, sobre todo, del derecho de daños. El eje central que éste último coloca sobre la víctima de un infortunio hace cuestionar todo el esquema jurídico sobre la reparación y sobre quién debe soportarla. A su vez, genera la preocupación sobre la capacidad económica del que debe afrontar la obligación indemnizatoria.

El sistema instaurado por la ley 17.418 para este tipo de seguros tiene por fin lograr el resarcimiento de los daños a las víctimas y, a la vez, mantener indemne al asegurado. Comprender la correcta función de la acción directa está relacionado directamente con el cumplimiento de ese doble objetivo.

Todo ese complejo y debatido sistema resarcitorio tiene su vértice en la existencia de instrumentos ágiles y eficientes para cumplir con su función social. De eso se ocupa esta tesis, de ese instrumento generado por el derecho para facilitar el acceso a la reparación: la acción directa del tercero contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

Los fines más altos de una sociedad justa se ven plasmados en su ordenamiento jurídico, siendo éste la herramienta desarrollada para su cumplimiento, mejorar los medios para la percepción de la reparación a la víctima de un hecho dañoso es, sin dudas, una forma de lograrlo.

## Capítulo I Estado del arte

El tema de esta tesis fue ampliamente debatido en la doctrina nacional e internacional como pasaremos a analizar en los siguientes capítulos. La discusión se centró en la naturaleza jurídica de la acción directa y si era conveniente su incorporación en el seguro de responsabilidad civil a favor del tercero damnificado.

A su vez, en nuestro ámbito, la incorporación de la figura de la citación en garantía ha generado el planteo sobre el reconocimiento o no de esa acción en el derecho argentino.

Podemos afirmar que actualmente existen dos fuertes posturas en nuestros tribunales y en la doctrina. Una tendiente a reconocer en la citación en garantía una verdadera acción directa no autónoma y otra contraria a reconocerle tal naturaleza. Ellas son fruto de larga evolución pero se han mantenido con algunas variantes hasta el presente.

En tal sentido, una de esas posturas ha sostenido que la citación en garantía que se ha establecido en el art. 118, ley 17.418, si bien tiene los alcances de una acción directa, no es autónoma. Ello desde el punto de vista que no puede ser ejercida por el damnificado en contra del asegurador en las mismas condiciones que otra que no tenga esa restricción.

Entonces, sólo resulta posible su promoción cuando se cumplen los supuestos previos que así lo permiten. Es por ello que no existe autonomía sustancial –ya que el derecho no le es propio sino derivado del contrato de seguro en el que no es parte-, ni tampoco de ejercicio, debido a que debe ejercerse junto con la dirigida al asegurado (Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, DJBA 26/04/83, 126-354; ED 107-205; DJBA 28/12/95, 150-2470, entre otros). En una tendencia semejante se pronunciaron la mayor parte de los Altos Tribunales de cada provincia como el Tribunal Superior de Córdoba (La Ley, Córdoba, 20/08/92, 1993-2599).

En otra postura, esto es, sosteniendo la negación del carácter de acción directa de la citación del art. 118 de la ley 17.418 se ha dicho que se trata de un mero resorte procesal (Morello, 1975) y no de una verdadera facultad del tercero

de demandar directamente al asegurado. Se resalta fuertemente, ya no como la otra posición, la falta de autonomía, sino que se avanza más aún, y se rechaza la existencia de acción directa en el seguro de responsabilidad civil. La citación en garantía -según esta corriente- habilita al demandado y al damnificado a traer obligadamente al asegurador al juicio donde se debate la responsabilidad de su asegurado, dándole a aquel cierta amplitud defensiva -excepto la inoponibilidad de ciertas defensas- con la consecuencia de extender una eventual sentencia al asegurador en la medida del seguro. Pero ello no significa que exista en lo sustancial un reconocimiento legal del derecho de la víctima a accionar en contra del asegurado (Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 28/12/93 DJ 1994-2-33; DJBA 146-1508; 22/2/94 ED 157-619, entre otros).

Se sostiene también que la acción de la víctima es directa, pero no es autónoma toda vez que la ley requiere que se demande también al asegurado para poder hacerlo contra el asegurador. Así, lo afirman Barbato (2001), Palmieri (1970) y Morandi (1971). Ello, implica de algún modo no diferenciar entre el derecho o pretensión sustancial que motiva la acción y los requisitos para su ejercicio. La falta de autonomía a que se refiere apunta, en realidad, a un requerimiento legal para el ejercicio de la acción.

Cima (2003) expresa que el artículo 118 otorga al tercero damnificado, estrictamente, una legitimación procesal activa no autónoma. Comparte entonces que se trata de una acción no autónoma en el sentido procesal, pero luego agrega que el derecho propio de la víctima nace cuando el asegurador del responsable civil es condenado por sentencia firme junto con su asegurado.

Siguiendo en el análisis del estado actual de la evolución del tema materia de estudio del presente no podemos dejar de considerar que el derogado régimen de la ley 9.688 eximió al obrero damnificado por un accidente de trabajo de la necesidad de accionar contra el asegurado para hacerlo contra el asegurador de éste. Fuera de esa excepción, ya inexistente, el sistema no tuvo variantes. En la derogada ley la acción fue reconocida sin que fuera menester la citación del asegurado al proceso donde el accidentado reclamaba su indemnización. Ella explicita un fuerte antecedente en nuestra legislación que no sólo es de antigua

data, sino que tuvo una muy extensa y pacífica vigencia en la práctica jurídica argentina. Ese régimen generó una propia doctrina y jurisprudencia siendo que contó con pocos inconvenientes en su aplicación. La práctica laboral utilizó de la herramienta de este especial tipo de seguro de responsabilidad civil por infortunios laborales otorgando las prestaciones de la ley especial durante un largo período. Halperín (2003) lo menciona como uno de los más importantes precedentes legislativos que, atento lo antes apuntado, son una clara demostración de la factibilidad de la instauración de la acción directa y de ejercicio autónomo en nuestro ámbito.

El proyecto de ley general de seguros de Halperín (1959), incorporaba la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador del responsable del daño. Este fue un antecedente relevante de la actual ley de contrato de seguros que, si bien no logró obtener su aprobación legislativa, permite sostener que no se trata de una figura que resulte extraña a nuestra doctrina y da fundamento a quienes aseveran su existencia condicionada en la ley 17.418.

Se ha sostenido que el motivo de la obligación de la víctima de accionar contra el asegurado para accionar contra el asegurador es la protección de los derechos del asegurador. Es, para esta postura, una forma de defensa de los principios técnicos del negocio del seguro. De tal modo se estaría protegiendo a la mutualidad de asegurados ya que el asegurador es en definitiva el administrador de sus riesgos. Se afirma que ello se encuentra incluso en la naturaleza misma de la figura establecida por el artículo 118, la citación en garantía. Esto último debido a que no puede haber citación de un tercero que preste garantía asegurativa si no existe un principal demandado.

En tal sentido, algunos autores como Fontanarrosa (1972), Michelson (1970), Stiglitz (1997), Soler Abreu (1970) y Steinfeld (1970) sostienen la inexistencia de la acción directa en nuestra ley de seguros. Pérez Ríos (1997) afirma que la referida norma no puede conceder un derecho propio de la víctima.

La ley 26.994 aprueba la unificación del régimen civil y comercial en un mismo cuerpo normativo, regulando nuevos institutos, incorporando algunos criterios doctrinarios y jurisprudenciales y generando una nueva sistematización

que impone la necesidad de revisar los criterios utilizados hasta antes de su sanción.

Respecto del tema que nos ocupa, el Código Civil y Comercial regula expresa y genéricamente la acción directa en el capítulo donde trata “Las acciones y garantía común de los acreedores” –Libro III, Título I, Capítulo 2, artículos 736 a 738-.

Aclara el artículo 736 de dicho cuerpo legal, entre otros puntos, que esta acción solo procede “en los casos excepcionalmente previstos por la ley”. También exige la necesaria convocatoria al proceso del deudor -citación del deudor a juicio, artículo 737 inciso e-. O sea que ahora, todas las acciones directas, lo seguirán siendo, pero la citación del deudor será siempre obligatoria.

Pero además de regularla en forma general y establecer sus efectos, especifica los supuestos especiales donde es factible su aplicación. Así, el subcontratado goza de todas las acciones que emergen de su contrato contra el subcontratante –artículo 1071-, también la establece para las locaciones y sublocaciones en su artículo 1216 y en el caso de sustitución del mandato conforme el artículo 1327. Como podemos advertir, el actual Código considera todas situaciones donde se producen dobles vinculaciones siendo que no depende de las partes alejar las obligaciones de sus destinos ya que hay un interés de orden público en que se mantenga el destino de esos créditos. Entonces aparece un interés general de asegurar el fin económico del contrato y el perseguido por las partes. Resulta manifiesta la intención legal de preservar la vinculación estrecha entre ambos créditos.

Como lo expresa Borda (1987), la acción directa se ejerce por propio derecho y en beneficio exclusivo del accionante. De esa afirmación emanan cuestiones sustanciales y procesales. Las primeras relacionadas con la importancia de no desvirtuar el objetivo tenido en miras para el establecimiento de la acción directa. Las segundas tienen relevancia al evaluar la situación del asegurador, el asegurado y el damnificado en el proceso, los efectos de su participación en éste y los principios aplicables.

Entonces surge la cuestión de por qué es necesario convocar al proceso al deudor. Distinto es que la necesidad puntual de tener que probar la existencia del crédito que da lugar a la acción directa imponga el hecho de traerlo al juicio.

La normativa del Código Civil hoy derogado no tenía una regulación genérica de la acción directa. Al momento de regular cada caso donde la reconocía, no fijaba la obligación de citar al juicio al deudor originario. El nuevo Código la impone dejando, por lo tanto, de ser facultativa.

La ley 17.418 en su artículo 118 no menciona a la acción directa, pero, como ya expresamos, se produjo un debate sobre su naturaleza, es decir, si dicha norma supone el reconocimiento de tal acción.

En el ámbito internacional también se ha producido una intensa actividad científica dirigida a evaluar la conveniencia y alcances de una acción directa en el seguro de responsabilidad civil.

Encontramos posiciones que rechazan tal posibilidad como en Chile lo hace Sateler (2004), otras que admiten la posibilidad de su existencia por vía interpretativa como ocurre en Venezuela o por imposición legal como en Colombia, México y Perú.

Podemos relevar, en un principio, varios países que reconocen al referido instituto, aunque algunos sólo lo hacen respecto de los seguros obligatorios – como parece ser lo interpretado en Brasil y Uruguay desde su última reforma legislativa- o con ciertas limitantes o condicionantes, como, por ejemplo, las defensas que puede oponer el asegurador al tercero damnificado o las situaciones excepcionales donde se la reconoce –Bolivia-.

Para los supuestos de seguros obligatorios es importante resaltar que existen coberturas fundadas en la responsabilidad civil y otras impuestas como obligación legal autónoma. En ambas, se establece la acción directa pero con distintas conceptualizaciones.

En efecto, mientras que en el supuesto de seguros de responsabilidad civil obligatorios cabe el cuestionamiento sobre la naturaleza de la acción directa, entendida ésta como un reconocimiento legal a un tercero ajeno al contrato, mientras que el caso de la obligación legal autónoma ésta configura un

reconocimiento expreso de un derecho de la víctima, única destinataria de la indemnización de la que nace una acción y no solamente el reconocimiento de ésta última.

Entre las legislaciones que establecen un seguro de responsabilidad civil se encuentra el caso de Alemania en la ley sobre seguro automotriz obligatorio - *Gesetz über die pflichtversicherung für kraftfahrzeughalter*-, donde se consagra la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador -artículo 3-. (Contreras Strauch, 2004).

De igual modo lo hace la ley cubana el seguro para la matrícula diplomática, exenta y consular. Esta otorga la consiguiente autorización para circular un vehículo por parte de personal con la referida categoría; para lo cual están obligados a suscribir previamente un seguro de responsabilidad civil en virtud de la Ley 1089, de Franquicias diplomáticas, que tiene como reglamento la Resolución 166-A, del Ministro de Relaciones Exteriores.

También podemos incorporar dentro de este grupo el caso de la ley de seguros de Nueva York que en su artículo 167 b), otorga acción directa al tercero si una sentencia contra el asegurado en el cobro de lesiones sufridas o pérdida o daños ocasionados durante la vigencia de la póliza o contrato, permanece insatisfecho al expirar treinta días desde la notificación de la sentencia. Sin embargo vale destacar que en la legislación del mencionado estado norteamericano se establece un seguro automotor obligatorio denominado *no fault* –sin culpa- que proporciona el reembolso de una parte de las pérdidas financieras, incluyendo gastos médicos, pérdida de ganancias y otros gastos razonables tales como medicamentos, viáticos y ayuda doméstica. En ese caso no se evalúa la culpa del asegurado para cumplir con la prestación obligada por el contrato.

Entre las que establece la acción en el marco de obligación legal autónoma se encuentra el régimen de Bolivia el que la incorpora por medio del artículo 37 de la Ley 1883 de Seguros. El mismo es sólo aplicable a accidentes de tránsito de vehículos automotores, por muerte, daños y lesiones físicas sufridas por ocupantes del vehículo o terceros transeúntes. En forma semejante lo hace la ley uruguaya.

Es destacable advertir que la acción directa del damnificado en los seguros automotores ha sido un camino que ha alentado su reconocimiento aún frente a la duda sobre su reconocimiento general.

Ello equivale a decir que cuando la comunidad política advierte la existencia de un riesgo social entiende aceptable que se imponga un seguro obligatorio con reconocimiento de acción directa a la víctima de su concreción. Este parámetro se advierte fácilmente en el caso del riesgo vial, ello debido a su extensión y franco crecimiento.

Entonces es posible decir que el seguro de responsabilidad civil, si bien posee un objeto bifronte –mantener indemne al asegurado e indemnizar al damnificado- refuerza su función indemnizatoria en detrimento de la de indemnidad cuando tiene en miras la protección de las víctimas.

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil ha conocido su comienzo en Francia como creación de la jurisprudencia, siendo que desde allí se extendió a varios países europeos y luego de nuestro continente.

La internacionalización de los mercados, la regionalización y la primacía del derecho convencional sobre el nacional han influido también en las normas internas de los países sobre la materia.

Así podemos encontrarlo en Reglamento Roma II de la Comunidad Económica Europea respecto de la acción directa en los seguros de responsabilidad civil. En América el Convenio sobre transporte internacional terrestre, suscripto por nuestro país el 1 de septiembre de 1989 ha puesto el marco jurídico para las naciones de Sudamérica.

La doctrina italiana, muy influyente en nuestro país durante el siglo XX, ha sostenido mayoritariamente el rechazo a la acción directa, siendo los principales exponentes de esta postura Viterbo (1980), Graziani, (1935), Vivante (2002) y Donati (1969). En tal sentido, la legislación de ese país no reconoce la acción directa y la figura de la citación a la causa es antecedente directo de nuestra citación en garantía.

La legislación española incorporó la acción directa siendo la doctrina de esta nación muy cercana a nuestra concepción jurídica. Por eso es importante

considerar la opinión de aquellos autores. Así, De Ángel Yagüez (2006) afirma que se ha reconocido a la víctima un derecho propio distinto del que ostenta contra el asegurado causante del daño; o la de Sánchez Calero (2005) que sostiene la existencia de una solidaridad impropia entre el asegurado y el asegurador frente al damnificado.

La situación evolutiva del tema en América tiene quizás su más importante concreción en Colombia donde de la expresa negativa al reconocimiento de la acción directa se pasó a su consagración normativa en el artículo 76 de la ley de seguros de ese país.

Así, la doctrina colombiana es muy rica en cuanto al análisis de una normativa que ha recogido sin graves limitaciones la figura en cuestión. En tal sentido, encontramos la opinión de diversos autores como Soto Nieto (2001) y Olivencia Ruiz (1994) que reconocen en la acción directa un derecho propio del damnificado contra el asegurador de su dañador. Jaramillo (2013) expresa que lo instituido en el mencionado artículo 76 de la ley de Colombia supone entender que el seguro de responsabilidad civil configura un verdadero contrato a favor de tercero.

La cultura aseguradora anglosajona tanto en Inglaterra como en Estados Unidos de América ha tendido a una recepción acotada de la acción directa, siendo que su sistema de responsabilidad reconoce un esquema diferente al de los demás países, resulta obligado realizar un estudio detenido de los mismos.

Respecto de la autonomía de la acción directa de la víctima contra el asegurador el tema se ha tratado desde el punto de vista procesal -o de ejercicio de la acción- y, de manera indirecta, desde el punto sustancial –en cuanto al origen del derecho del tercero-.

En cuanto a la autonomía procesal, como lo veremos más adelante –infra capítulos II, III, IV y, en especial, el capítulo VII- ha habido un debate centrado en tres puntos primordiales:

a.) Los alcances del ejercicio de la acción y sus efectos. En este sentido, la cuestión discutida es si la obligación de demandar al asegurado para poder hacerlo contra el asegurador supone la inexistencia en nuestro sistema –y en

aquellos donde está también es requerida, cual es el caso en la actualidad de Paraguay- de una verdadera acción directa. En caso de ser así, cuál es su sentido y cuáles son sus alcances.

Respecto de esto último se ha planteado si la presencia del asegurador en el proceso judicial donde se discute la responsabilidad del asegurado es sólo a los efectos de que oponga las defensas que pueda tener en razón del contrato de seguro o, por el contrario, todas las que correspondan a él y a su asegurado. Por ello se han sostenido dos posturas: la que sostiene que sólo le es permitido alegar y probar lo que hace a las referidas excepciones contractuales –postura restringida- y la que afirma que el asegurado puede esgrimir incluso las defensas de fondo, entendidas ellas por las que hacen a la responsabilidad del asegurado. La última postura ha sido la que tuvo acogida definitiva de la jurisprudencia argentina (Dávila Millán, 1997).

b.) El otro punto de discusión ha sido si el seguro de responsabilidad civil configura un contrato a favor de tercero. Así se han sostenido dos posturas:

b.1.) La negativa, que entiende que no se trata sino de un contrato que tiene en miras la indemnidad del asegurado y que sólo indirectamente, en cumplimiento de ese objeto el asegurador tiene la función de indemnizar al tercero damnificado. Entonces, cuando se le otorga la acción directa a la víctima, no se le concede un derecho propio más allá del ejercicio de la misma (Cima, 2003).

b.2.) La postura afirmativa sostiene que hay una verdadera estipulación a favor de un tercero aún no determinado, pero determinable. Las partes del contrato de seguro de responsabilidad civil tienen en miras a ese tercero eventual como destinatario de la indemnización ya que indemnizarlo es la única forma eficaz de mantener indemne al asegurado. Desde esta visión el tercero pasaría a contar con un derecho propio, autónomo en lo sustancial pero limitado a los términos del contrato y los impuestos por la ley para su ejercicio.

c.) En la faz procesal ha habido un debate respecto del carácter de la participación del asegurador y del asegurado en el juicio donde se discute la responsabilidad del último y se cita al primero. La cuestión radica esencialmente en la naturaleza del litisconsorcio que se forma entre asegurado y asegurador

citado en garantía en virtud de la necesidad del tercero de demandarlos en el mismo juicio donde se discute la responsabilidad del primero. Por un lado, la necesidad de demandar al asegurado y asegurador en forma conjunta para poder lograr la condena del último impondría considerarlo un litisconsorcio necesario. Pero la citación al asegurador es de por sí facultativa, ello quiere decir que sólo existirá esa necesidad si se pretende hacerle extensiva la sentencia. Es por ello que existe una postura que sostiene que nos encontramos frente a litisconsorcio necesario ya que ley impone un ejercicio vinculado de la acción contra el asegurado (Halperin, 2003).

Otra cuestión debatida ha sido el alcance de la prestación del asegurador frente al tercero damnificado. La ley impone al primero la obligación de indemnizar en la medida del seguro. Ello viene ligado al análisis de las limitaciones del contrato y, también, a las defensas que son oponibles a la víctima.

Nuestra ley de contrato de seguros ha impuesto un criterio específico para determinar las defensas que no son oponibles por el asegurador al reclamo del damnificado más allá de su derecho de repetición contra el asegurado. Así el artículo 118 establece que "... En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro...".

A pesar de la claridad de la norma, se han suscitado inconvenientes al momento de su aplicación. Ellos relacionados con distintos factores de la evolución jurídica y doctrinaria como el derecho de consumo, el seguro obligatorio y su naturaleza y el principio de protección del asegurado como parte débil del contrato.

La aplicación de las normas de consumo al contrato de seguro ha sido discutida. Mientras algunos autores como, Cracogna (2001), Sobrino (2010), Piedecabras (2014), Stiglitz (2015), Ghersi (2006) y Caballero Sanchez (1997), afirman que le es aplicable, otra parte de la doctrina, destaca la no aplicación de la regulación sobre consumo. Esta postura explica que los contratos de seguros están regidos exclusivamente por las leyes 17.418 y 20.091 que no habían sido derogadas ni expresa ni tácitamente por la ley 24.240 ni sus modificatorias (Bulló,

1999). En definitiva, hacen primar la especialidad del derecho de seguro que, además, tiene su propio régimen tuitivo (Schwarzberg, 2004).

La jurisprudencia se ha inclinado por la aplicación complementaria y no sustitutiva de las normas de consumo al contrato de consumo (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A in re: "Rodríguez, Antonino c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario"). Sin embargo, la doctrina judicial no es pacífica existiendo fallos que han aplicado el derecho del consumidor al seguro (Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Sala I, in re: "Gomez de Olivera, Jorge R. c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Daños y perjuicios"). Esta última aparece como la tendencia, ello principalmente con la sanción del Código Civil y Comercial que introduce el régimen de los contratos de consumo y de adhesión. Cabe poner de resalto el carácter transversal de estas normas de consumo que no encuentra barreras en las leyes especiales como la del seguro -artículos 1093 y 1094 del Código Civil y Comercial-.

En cuanto a los seguros obligatorios para el transporte público automotor, lo dispuesto en el art. 68 de la ley nacional de tránsito -24.449- motivó la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Esta aprobó para los seguros impuestos por aquella norma una póliza entre cuyas cláusulas se incluía una franquicia o descubierto obligatorio que fue considerado por diversos fallos muy elevado y que desnaturalizaba el sentido de ese tipo de seguros (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *in re* "Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios").

Entre tanto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas –por supuesto con la limitante del artículo 118 de la ley 17.418-, aun aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener (Acuerdos N° 65.395 y 83.726). En ese sentido y con esos fundamentos importante parte de la doctrina -Bullo (1999), Córdoba (2016), López Saavedra (2006) y Speyer (2006) entre otros- afirman la oponibilidad al tercero de la mencionada defensa.

A su vez, Mosset Iturraspe (2001), Stiglitz (2015) y Sobrino (2010) se pronuncian sobre su inoponibilidad o abusividad en el supuesto que se altere la naturaleza del contrato, en especial en aquellos seguros que brindan una mayor función social como lo son los obligatorios del transporte.

Por medio de la resolución 39927/16 el órgano de control de la actividad aseguradora en las pólizas de seguro obligatorio volvió a imponer la franquicia aumentando su suma pero dejando a cargo del asegurador su pago al tercero damnificado con derecho a reembolso del asegurado dentro de los diez días de efectuado.

La limitación cuantitativa a la que pareciera referirse el artículo 118 de la ley de contrato de seguro al expresar que el asegurador responde en la medida del seguro, generó que diversos autores sostengan que el tope indemnizatorio pactado contractualmente no puede ser dejado de lado bajo la excusa de la desnaturalización del objeto de contrato y la protección de la víctima. Así lo afirman Pennino (2014), Compiani (2014), López Saavedra (2003) y Bulló (1999).

Respecto de las demás defensas contractuales y legales nacidas antes del siniestro y, por ende, oponibles a la víctima se ha planteado su abusividad pero su declaración no ha sido pacífica por parte de los órganos jurisdiccionales. Hablaremos sobre este particular en el Capítulo VI.

Aún antes del desarrollo del régimen del consumo la ley de contrato de seguro se había preocupado por la defensa del asegurado. La masividad propia del contrato y su reconocido carácter de contrato de adhesión lo motivaron. Frente a ello se fue elaborando una doctrina tuitiva del asegurado en su condición de parte débil del contrato. A ello se suma la particularidad de los seguros de responsabilidad civil donde concurre otro interés a proteger, el de la víctima del daño.

La búsqueda de toda esta estructura jurídica ha sido la de garantizar la perdurabilidad del sistema asegurativo respetando sus bases técnicas, pero a su vez, orientar la actividad al cumplimiento de la función social del seguro de responsabilidad civil.

Ese equilibrio entre el objeto de la indemnidad del asegurado y el resarcitorio del damnificado ha provocado una tensión permanente que ha tenido una variada evolución. Ello abonado por la decisión política estatal de sostener uno y otro fin.

Tal como hemos enumerado en este capítulo, ha existido una nutrida discusión y estudio del tema de la citación en garantía y la acción directa. Ella tanto a nivel nacional como internacional.

Sin embargo, frente al profundo cambio legislativo producido en nuestro país con la sanción del Código Civil y Comercial, entendemos que es necesario analizar nuevamente la cuestión.

De tal modo, en el punto, el estado actual de la situación jurídica en nuestro sistema se encuentra frente a una cierta incertidumbre que resulta importante abordar.

## Capítulo II Fundamentos de la acción directa. Autonomía y citación en garantía.

### II.1. Introducción.

Parte de la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que la citación en garantía establecida por el art. 118 de ley 17.418 es una acción directa no autónoma, lo que significa que se encuentra condicionada por el contrato de seguros, y por ende, impone la obligación de que sea ejercida también contra el asegurado en el proceso donde la víctima reclama al asegurador los daños nacidos del hecho del que nace la responsabilidad prevista en el contrato (Halperín, 2003).

Entonces surge la cuestión de si es un derecho propio pero no autónomo sino nacido de la ley y del contrato de seguros, “lo que significará reconocerle algo más que sólo una acción” (Halperín, 2003, p. 751).

Esta temática conflictiva que ronda tras la naturaleza jurídica de la acción directa y la citación en garantía es la que intentaremos explicar a continuación.

### II.2. Conceptualización de la acción directa.

El concepto de acción ha evolucionado surgiendo distintas doctrinas en torno a su naturaleza jurídica, la tradicional y la moderna. Ellas se basan en puntos de vista totalmente diferentes. La visión tradicional tiene a su vez dos vertientes: la que la entiende a la acción como el mismo derecho subjetivo material alegado ante el órgano jurisdiccional y la que la considera como un atributo o elemento del derecho material.

En el concepto moderno se concibe a la acción como una entidad jurídica independiente (Alsina, 1958).

Esta autonomía es reconocida por la doctrina con diversos alcances. Un grupo considerara a la acción como un derecho concreto dirigido a la obtención de una sentencia favorable y que sólo pertenece a los efectivos titulares del derecho subjetivo sustancial. Otro grupo concibe a la acción como un derecho abstracto a la tutela jurídica. Así se trataría de “un derecho público subjetivo que corresponde a todos los ciudadanos por el sólo hecho de serlo y cuyo objeto consistiría,

simplemente en la prestación de la actividad jurisdiccional, cualquiera sea el contenido” (Palacio, 1973).

La acción directa ha sido establecida en nuestra legislación con el objeto de facilitar el acceso a un derecho de manera más inmediata y cierta. Se ha instituido para ciertas situaciones jurídicas donde el titular de la misma se vería impedido de acceder a una composición adecuada de su interés si ella no existiera.

Nos dice Alterini, Ameal y López Cabana (1985):

La acción directa es la que compete al acreedor para percibir de un tercero lo que éste adeuda de su deudor: A, acreedor de D, puede percibir de T lo que éste lo debe a D. Debe tenerse especialmente en cuenta, no obstante que denominación puede resultar equívoca, que tal acción “directa” supone tres sujetos: el acreedor, su deudor, y el tercero deudor de este último; por consiguiente, no hay acción directa cuando el acreedor encara de modo inmediato a su propio deudor (p.247).

Fue reconocida por el Código Civil en distintos artículos 1591; 1592; 1593; 1594 y 1601, incisos 2 a 4 respecto del sublocatario contra el locador y de éste contra aquél; el artículo 1645 lo hace en favor del obrero a quien suministra materiales contra el propietario de la obra por lo que éste adeuda al empresario. Los artículos 1927 y 1928 del derogado código establecían la acción directa entre el mandante y el sustituido en el mandato, en el art. 1929 la subrogación en los derechos del mandatario que obró en propio nombre. En la evicción, la que otorgaban los artículos 2096 y 2109, Código Civil que se trata de una acción directa, ya que aseguraba sus efectos sin recurrir a la ficción de cesión presunta.

Ya en el ámbito del seguro y como su principal antecedente, el artículo 7 de la ley 9688, la más antigua en regulación de los accidentes laborales y que funcionaba como seguro de responsabilidad civil del patrón frente al trabajador, se otorgaba expresamente la acción directa contra el asegurador de aquél.

En el ámbito de las garantías reales, el artículo 3110 del Código Civil, como el art. 4 de la Ley de Prenda Agraria y el artículo 2 de la ley 929, de warrants establecieron la acción directa de los acreedores privilegiados, contra el asegurador de la cosa gravada.

El artículo 2780 del Código Civil concedía al propietario a perseguir al adquirente del no propietario, por el saldo del precio que adeude, solución al supuesto del comodato y de venta pro el depositario de la cosa depositada.

En lo relativo al derecho concursal se concede acción directa contra el subadquirente del fallido, por la parte del precio debido en el caso del artículo 141 de la Ley de Concursos y Quiebras, 24522 (Halperin, 2001).

Vuelve a ser reconocida y especialmente legislada por el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26994, en su artículo 736 que la define:

Acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos en la ley.

En particular, la acción directa es establecida por los artículos 1216 de éste último cuerpo legal para el locador contra el sublocatario y recíprocamente de éste último para el primero. Frente al supuesto de sustitución del mandato se le otorga la acción directa al mandante respecto del sustituto (artículo 1327 del Código Civil y Comercial). Del mismo modo el artículo 1605 del mencionado Código la establece al tercero beneficiario se constituye en acreedor de la renta desde su aceptación y tiene acción directa contra el deudor para obtener el pago de la renta vitalicia.

Se trata de una facilitación en el acceso al cumplimiento de una obligación que originariamente corresponde a un tercero pero que le ha sido concedida por vía del ordenamiento legal.

Se la entiende como “facultad de demandar o reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor de su deudor sin necesidad de que lo obtenido haya de pasar por el patrimonio del deudor intermedio” (Lazarte, 1998, p. 205). Pero esta definición no alcanza el análisis de cómo ejercerla, cuáles son sus limitaciones y excepciones. Otros autores que de manera limitada analizan la figura, son Diez-Picazzo y Ponce de León (1999), Borda (1998), así como Maduro Luyando (1989).

Doctrinalmente se reconoce que existe cierto parecido entre la acción directa y la estipulación a favor de tercero, con la diferencia principal en su nacimiento, tal como señala Baumeister Toledo (2003).

En tal sentido, en la estipulación a favor de terceros existe una relación entre dos otorgantes, llamada relación de cobertura, donde el estipulante ha celebrado el contrato con el objeto de favorecer a un tercero y el promitente u obligado se compromete a cumplir la prestación a favor del tercero. De esa relación contractual que se encuentra sujeta a los principios generales de los contratos y especiales del tipo del que se trate, nace un derecho para el tercero que como tal y como es obvio no es parte del mismo, aunque obtiene un beneficio de él.

Ahora bien, en cuanto a la relación existente entre el promitente u obligado y el tercero beneficiario, éste último tiene acción directa contra aquel para obtener el cumplimiento de la obligación (Borda, 1998). Entre los contratos de seguros es un ejemplo claro el del seguro de vida donde el tomador o asegurado celebra un contrato con el asegurador a favor del beneficiario de la indemnización convenida. Ha sido motivo de mayores cuestionamientos si el seguro de responsabilidad civil es un contrato que posee una estipulación a favor de un tercero determinable, volveremos sobre este punto.

La posibilidad de ejercitar la acción directa, entendida como la facultad del acreedor de demandar o reclamar el cumplimiento de la obligación directamente al deudor de su deudor sin necesidad de que lo obtenido haya de pasar por el patrimonio del deudor intermedio, es un derecho que se ha ido insertando paulatinamente en los distintos ordenamientos jurídicos, alcanzando un alto desarrollo actual, donde ocupa un importante papel en la protección de los derechos vulnerados de los terceros al contrato, (Perez Gallardo, 2001) con especial relieve en materia de seguros de responsabilidad civil.

La naturaleza de la acción directa ha sido discutida. Labbé (1889) en una posición minoritaria la asimila al privilegio, si bien ha tenido adhesiones, fue duramente criticada por la mayoría de la doctrina con fundamento en que se trata de instituciones distintas. Mientras que el privilegio supone insolvencia o concurso de acreedores del deudor, la acción directa no requiere de esos extremos. En ésta

última el producto de la misma no pasa por el patrimonio del deudor mientras que el privilegio se ejerce sobre un bien del deudor. El privilegio supone un rango superior del crédito que prevalece sobre los demás mientras que la acción directa excluye a los demás acreedores. De hecho ambas instituciones pueden ir acompañadas sin que por ello deban dejar de diferenciarse.

Llambías encuentra su naturaleza en el ámbito del enriquecimiento sin causa, ya que la acción directa impide que la indemnización no llegue al acreedor en beneficio del deudor. Ello no resulta preciso toda vez que la acción se otorga contra el subdeudor que no es el enriquecido, en suma no se dan los requisitos del enriquecimiento indebido, tan sólo la posibilidad de su existencia (Halperin, 2001).

Respecto de la acción entendida como derecho subjetivo de las partes (Carnelutti, 1956), la acción directa se instituyó como modo de reclamación por parte de quien sufre un daño contra quien lo causara o fuera responsable del mismo. En el derecho clásico romano, el “*damnum corpore corpori datum*” que conforme explica Díez Picazo y Ponce de León (1999) “...en las Instituciones (IV, 3, 16), se dice que la acción directa tiene lugar cuando alguno ha causado a otro el daño material con su propio cuerpo” (p. 66).

De tal modo se configura la acción contra quien provoca un daño (Fernández Camus, 1941), que se genera de una obligación principal, esa que otorga de manera definida la ejecución sobre los bienes del deudor como garantía genérica del derecho del acreedor. Ese concepto supone una acción que se detiene ante la insolvencia del deudor y su imposibilidad de perseguir bienes los que hacer efectivo su crédito.

Al respecto, expresa Pothier (2003) que “la acción que nace de obligación principal se llama *actio directa*, la que nace de esas obligaciones incidentes se llama *actio contraria*” (p. 18).

Es evidente que esa noción de acción directa no es la que nos encontramos analizando en el presente sino aquella que extiende sus límites más allá del obligado originario, el responsable del daño u obligación indemnizatoria. En tal sentido y atendiendo al interés de proteger al perjudicado en el sentido de ser resarcido con rapidez y seguridad, casuísticamente la ley le ofrece el mecanismo

para actuar de manera directa contra el deudor de su deudor, sin necesidad de sortear complejos y dilatados mecanismos para intentar su pretensión, de modo que la defensa del crédito que se genera en una obligación extracontractual, se alcanza mediante mecanismos de tutela y protección que la propia ley otorga.

Tampoco versa nuestro análisis sobre la acción cambiaria directa, la que corresponde al tenedor de una letra de cambio contra el aceptante y su avalista, otorgando una protección jurídica especial de los acreedores cambiarios, ni analizamos la acción directa de reclamación por responsabilidad objetiva del fabricante que posee el consumidor contra este, por daños que deriven de sus productos. Ellas tienen otra naturaleza y razón de ser que excede el marco del presente. Aquí nos ocuparemos de la acción directa como opuesta a la acción oblicua, indirecta o subrogatoria prevista en el artículo 739 del Código Civil y Comercial.

Borda (1998) expresa que “se las llama acciones directas por oposición a la acción indirecta, que es la subrogatoria”. Luego al enumerar los supuestos incluye a la “víctima de un hecho ilícito contra el asegurador de quien cometió el hecho (ley 17.418, artículo 118)” (p.128).

Se diferencia de la acción subrogatoria en

1°) La acción oblicua tiende a hacer ingresar un bien al patrimonio del deudor; la directa, a hacer ingresarlo al patrimonio del accionante, 2°) La acción oblicua beneficia a todos los acreedores y al mismo deudor; la acción directa beneficia exclusivamente al accionante, 3°) La acción oblicua se ejerce por la totalidad del crédito que el subrogado tiene contra el demandado, aunque sea mayor que el que tiene el subrogante; en las acciones directas, el crédito del accionante marca el límite por el que la acción puede ser ejercida, 4°) Por último y según opinión de algunos autores (opinión controvertida), la acción oblicua se ejerce a nombre del deudor, en tanto que la directa se instaura a nombre propio. (Borda, 1998, p. 129).

La acción directa supone ciertas condiciones para su ejercicio que deben concurrir: un crédito exigible, lo cual es coherente con su carácter ejecutivo; una deuda correlativa y la deuda de un tercero, homogénea con relación a aquella (Alterini, Ameal y Lopez Cabana, 1985).

La ley otorga la acción directa toda vez que existe posibilidad o peligro de que el producto de la subdeuda sea desviado de su destino final y lógico. Se sigue de la naturaleza de la doble vinculación, que no depende de los contratantes ya

que el orden público, que en definitiva responde al interés general, se encuentre dirigido a lograr que se obtenga el destino del crédito.

Ello guarda estrecha relación con el fin económico perseguido por las partes, en tal sentido nos dice Danz (2006)

Importantísimo para la interpretación es conocer los fines económicos que perseguían las partes al contratar; el derecho ampara la consecución de esos fines y, por lo tanto, el juez para poder otorgar la debida protección del derecho al negocio jurídico o declaración de voluntad de que se trata, tiene que empezar por conocer exactamente aquellos fines (p.107)

### II.3. Fundamentos de la acción directa en el seguro.

El seguro en cualquiera de sus formas tiene una función social ya que “crea seguridad, capitales y crédito. (...) En ese sentido, socializa los riesgos, pues las personas sometidas al mismo riesgo soportan, mediante el pago de las primas, los siniestros que sufren algunas de ellas.” (Halperín, 2001, p. 23).

Pero también genera capitales, ya que las reservas que un asegurador debe constituir a partir de las primas que recauda con el objeto de hacer frente a sus obligaciones deben ser invertidas adecuadamente. Lo que, por otro lado, inyecta en la economía sumas destinadas al crédito así como una cierta libertad empresaria, fruto de esa mayor seguridad que otorga el seguro, para tomar u otorgar créditos (Halperín, 2001).

El costo de la reparación de un daño futuro e incierto, ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas la constituye el seguros en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina (Stiglitz, 1997, p.13)

Para Friedmann (1966) el objeto del contrato de seguro se encuentra identificado con una operación jurídica y económica cuya materia constituye el intercambio de una cotización o prima que debe abonar el asegurado y el resarcimiento de una daño si se produce el evento futuro e incierto previsto o el incumplimiento de una prestación por parte del asegurador. Ello significa que para él se trata del traslado de una carga económica. El asegurador se compromete,

contra el pago de un precio convenido, a eliminar total o parcialmente las consecuencias dañosas de un hecho sufrido por el asegurado si se verifican las circunstancias cubiertas. Pero también se puede obligar a abonar la prestación acordada sin perjuicio del daño concretamente padecido.

El seguro como operación técnica y económica sólo es posible dentro de la mutualidad de asegurado y con la intervención de la empresa como “administradora de riesgos”, esto es, como intermediaria entre la una pluralidad de sujetos expuestos a riesgos determinados. No se trata de una asunción aislada de riesgos sino de un negocio necesariamente colectivo, plural. Por ello, la idea de “transferencia del riesgo” como función individual de cada contrato ha sido desplazada como un instrumento al servicio de la eliminación de las consecuencias que se siguen de la concreción del riesgo.

La conformación de una mutualidad que afronta esas consecuencias sirve para neutralizar las consecuencias económicas del siniestro. Para Fanelli (1973) la causa-fin económico-técnica del seguros tiene sentido a la denominada “dispersión del riesgo”, entendida ésta como la distribución del riesgo individual entre una pluralidad o cantidad de economías individuales que forman esa comunión de riesgos o mutualidad.

Stiglitz (1997) expresa al respecto:

El método estadístico de relevamiento de probabilidades de los hechos humanos y naturales facilita una determinación anticipada del costo que afronta cada integrante de la mutualidad.

De la comparación entre la probabilidad teórica y su frecuencia práctica resulta una diferencia (saldo) que será menor en proporción inversa a la mayor cantidad y grado de homogeneidad por riesgo que participen en la mutualidad.

El éxito de la gestión técnico-económica de la misma consiste en eliminar o, cuanto menos, reducir sensiblemente aquella diferencia (saldo), a fin de que la contribución de cada individuo a la comunión o comunidad de riesgo sea en su totalidad suficiente para satisfacer las necesidades de aquellos que han sufrido la realización del riesgo (siniestro) (pp. 14/15).

Esta técnica obliga a la homogeneización de los riesgos de manera estadística lo que significa clasificar los riesgos en grupos homogéneos (cualitativa) para lograr homogeneidad de tarifas o precio (cuantitativa).

La aseguradora entonces necesita acumular la cantidad de dinero suficiente, proveniente de los premios para afrontar el pago de las indemnizaciones y prestaciones asumidas. Esa acumulación genera, a su vez, la necesidad de invertir las convenientemente para poder sostenerlas en el tiempo. De ello deviene el beneficio paralelo o lateral que para la economía significa esta acumulación de ahorro que refiriéramos anteriormente citando a Halperín.

Podemos así enumerar una diversidad de funciones del seguro que fueron englobados en el concepto general de función social.

a. Dar mayor seguridad a las actividades comerciales, sociales e individuales que en algunos casos no podrían realizarse si no fueran con el auxilio de esta herramienta jurídica.

b. Generar un aporte al sistema financiero y económico a través de la aplicación de las reservas de las aseguradoras.

c. El cumplimiento del pago de la indemnización permite a los asegurados recomponer su patrimonio y, por ende, impacta también en todos aquellos que tienen relación directa o indirecta con ellos, como pueden ser lo acreedores, proveedores y trabajadores dependientes del asegurado.

Esas ventajas del seguro se amplifican en el de responsabilidad civil, toda vez que el efecto directo -la protección indemnizatoria del asegurado por medio de la dispersión y atomización del riesgo- y el indirecto -la de los terceros que negocian o dependen de algún modo de la actividad sujeta al riesgo- se repotencian en este tipo de contratos.

Ello ha motivado que el seguro de responsabilidad civil haya sido considerado un instrumento muy respetado y aceptado socialmente. Es por ello que la mayoría de los seguros obligatorios sean de este tipo, como, por ejemplo, el de automotores o de transporte terrestre.

El origen del seguro de responsabilidad civil se encuentra en el resarcimiento del abordaje en el derecho marítimo. En una primera etapa su evolución se vio limitada por dos cuestiones: el principio que no hay responsabilidad sin culpa y que el asegurador no debía indemnizar los daños derivados de actos o hechos culposos del asegurador o sus dependientes. Su aparición se remonta al año 1825

en Francia para la cobertura de los trasportes tirados por caballos, siendo su mayor desarrollo en la etapa más industrial con los seguros de accidentes en el trabajo, el transporte ferroviario, el riesgo locativo y el uso de los automotores (Gasperoni, 1958).

Sanchez Roca (1959), define al seguro de responsabilidad civil expresando que es un:

... seguro contra daños a terceros y comprende la protección en juicio del asegurado o el pago de la indemnización debida al asegurado; sin que en cuanto al primer concepto asuma la compañía aseguradora, en caso alguno, la responsabilidad penal del asegurado cuyo delito, doloso o culposo, pueda determinar responsabilidades económicas a satisfacer.” (p. 389).

Por su parte la ley 17.418 establece que el seguro de responsabilidad civil es aquel por el cual: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia del hecho previsto en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

Llistosella de Ravaioli y Favier-Dubois (2002) explican que conforme los principios generales del derecho, toda persona responde civilmente frente a terceros por los daños que causare en su persona o en sus bienes por su culpa o imprudencia, propias o de quienes se encuentren bajo su dependencia, o por las cosas, actividad riesgosa o las que tiene a su cuidado. Son los supuestos previstos en los anteriores artículos 1109 y 1113. del Código Civil derogado y los actuales artículos 1708 a 1173 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Continúan diciendo los referidos autores que:

Mediante el seguro de responsabilidad civil, [...] el asegurador se obliga, precisamente, a responder frente a terceros de las indemnizaciones que éstos reclamen del asegurado por los hechos o actos dañosos previstos en el contrato. Es decir, como lo expresa la ley, deberá mantener “indemne” al asegurado, durante el plazo convenido. (2002, p.99).

Por su parte Roca Trías y Navarro Michel sostienen que:

Con este tipo de seguro, el asegurador se obliga a abonar al tercero perjudicado por la actividad o la acción del asegurado, la cantidad que éste debería pagar por daños que se le imputen y como consecuencia del nacimiento de la obligación de resarcir. La mecánica de esta obligación implica que sea el asegurador quien abone directamente al tercero los daños: no es necesario que se haga efectiva la cantidad al asegurado para que éste,

después, la abone al tercero. Por ello, la ley reconoce al perjudicado una acción directa frente a la entidad aseguradora (artículo 76 Ley de Contrato de Seguro) (2011, p.245).

Por lo cual debemos concluir que existe una doble función del contrato, resarcitoria hacia el tercero e indemnizatoria, en cuanto mantiene su indemnidad, hacia el asegurado. De ello, a su vez, puede seguirse que la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador es el modo hacer efectiva ambas funciones.

Sin embargo existen distintos fundamentos para denegarla en el seguro de responsabilidad.

La primera es la falta de vínculo entre el asegurado y el asegurador. Graziani (1935) ha sostenido que el fin del contrato se limita a resarcir al asegurado del daño que le deriva la satisfacción de crédito de la víctima. Por lo que pretender garantizar ese fin dándole acción al tercero respecto de la relación asegurativa atentaría contra la voluntad contractual, en suma contra la libertad de contratación.

Finalmente, se ha afirmado que el seguro de responsabilidad civil no se celebra en beneficio de la víctima sino del asegurado (Viterbo, 1944), se niega entonces lisamente su doble función.

Dupuich (1911) analiza, en materia de seguro social colectivo, una sentencia de la Corte de Lyon en la que un grupo de obreros víctimas de accidente reclaman el pago a una aseguradora, donde se declara que el contratante de un seguro de responsabilidad no tiene otro objeto que garantizarse él mismo contra la acción que un tercero pudiera intentar contra él, en razón de un acontecimiento ulterior, y valora que el asegurador por su parte, no consiente en tener como acreedor al tercero que pudiera eventualmente ser víctima de un daño, y del conjunto de tales consideraciones, saca esta consecuencia: que concediendo una acción directa a la víctima del daño, se llegaría a desconocer la voluntad de los contratantes y a destruir la economía del contrato. Según este autor el seguro de responsabilidad cede, exclusivamente en beneficio del contratante, por lo que no debe conferir a nadie más que a él la acción contra el asegurador, pues la víctima del accidente no debe ser admitida a invocar contra este asegurador un derecho personal al beneficio del seguro que ni ha contratado ni provocado, y en la culminación del

mismo. Por último, reflexiona que la estipulación de un pago directo a la víctima no debe confundirse con la concesión de una acción directa en provecho de esta misma víctima.

En defensa de la acción directa se ha sostenido que la falta de vínculo entre víctima y asegurador no resulta suficiente fundamento para denegarla. Justamente se trata de conceder una acción a quien carece de un vínculo directo, pero que se ve afectado por una situación jurídica determinada. Es cierto que el seguro de responsabilidad civil cubre asegurado del daño patrimonial que resulte del crédito de la víctima, pero ello no obsta que la forma de obtener dicho fin es desinteresarse a la víctima. Ese es el único medio eficaz para mantener indemne el patrimonio del asegurado.

Siguiendo a Halperín (2003) podemos enunciar las distintas teorías para justificar la acción directa de la víctima contra el asegurador. La de la Delegación que en Francia ha aceptado la existencia de una delegación legal, esto es, que la ley ha conferido una acción fundada en el derecho que le asiste. Otra Teoría sostiene que la obligación del asegurador es un hacer: relevar al asegurado de su responsabilidad, en consecuencia sólo puede hacerlo satisfaciendo a la víctima.

Existen algunas teorías que afirman la extensión analógica de las reglas del reaseguro o que se trata lisa y llanamente de un contrato o estipulación contractual a favor de un tercero. Ésta última posición llegó a ser sostenida en algún momento por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (ED 17-835 del 06/12/1966).

También se ha sostenido que se trata de una acción oblicua con la particularidad de que su producto no se incorpora al patrimonio del asegurado, sino que la víctima se lo apropia directamente, solución reconocida en la jurisprudencia y doctrina italiana.

Finalmente el propio Halperín (2003) piensa que existe un derecho propio y no una mera acción directa en el sentido tradicional. La acción directa requiere homogeneidad entre las obligaciones la que no existe entre las obligaciones del seguro de responsabilidad civil. El damnificado tiene acción para que se lo indemnice y el asegurado derecho a indemnidad. Si bien las obligaciones son

complementarias son ciertamente diversas. Por lo cual el tercero tiene un derecho propio respecto del asegurador que tiene como requisitos: a.- la existencia de un hecho generador de la responsabilidad y del daño que tiene que ser reparado y b.- la existencia de un contrato de seguro por el cual el asegurador se obligó a mantener indemne a su asegurado por cuanto deba un tercero en virtud de esa responsabilidad como hecho aleatorio previsto en contrato. Es por ello que, como veremos luego, este autor sostiene que la citación en garantía prevista en el artículo 118 de la ley 17.418 es más que una acción directa. Para él, se trata del efectivo reconocimiento mismo de un derecho a la víctima. Este sería un beneficiario por estipulación implícita de una “ventaja” o beneficio, los daños sufridos por la responsabilidad del asegurado, que nace como un derecho propio contra el promitente de la prestación de indemnidad, el asegurador.

La función esencial de este tipo de seguros no es –como ocurre en todos los patrimoniales- enriquecer al asegurado y, menos aún, a la víctima, sino protegerlo de la disminución eventual de su patrimonio. Es justamente la aplicación de esa función económica y social la que por la que se llega a la acción directa.

El fin y la naturaleza del seguro no toleran que tenga el derecho de exigir una indemnización que no sirva para resarcir un daño. Mientras que en los otros seguros contra los daños, el asegurado tiene derecho de destinar la indemnización a cualquier fin, aun distinto a la reparación en especie del daño sufrido [...] en cambio, en el seguro de responsabilidad civil, el derecho a la indemnización depende del destino efectivo de ésta a resarcir los daños producidos a los terceros o reintegrar al patrimonio del asegurado el resarcimiento ya cumplido (Vivante, 2002).

Es por ello que el art. 118 establece el derecho de la víctima a cobrar sobre la suma asegurada y sus accesorios, con exclusión del asegurado y de cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra y concurso civil.

#### II.4. El fin práctico.

Se ha afirmado que el fin práctico que significa el pago directo a la víctima por parte del asegurador no resulta fundamento suficiente para sostener la existencia de acción directa en el seguro de responsabilidad civil (Dupuich, 1911). Pero debemos destacar que la acción directa le asegura a esa indemnización el destino fijado en el contrato que le da nacimiento y, por lo tanto, se corresponde

con su naturaleza. Podemos decir que existe un interés social que la configura en una cuestión de orden público.

Ya la jurisprudencia francesa viene sosteniendo que la ley de 1913 que consagra en ese país la acción directa, es de orden público y se aplica, en consecuencia a los aseguradores extranjeros (Corte de Casación de Francia, 1936).

El Estado en cuanto tiene la función de preservar la seguridad jurídica no puede permanecer al margen frente a la víctima cuyo derecho a ser resarcido resulta vulnerado debido a la inacción del asegurado, su insolvencia o la connivencia con el asegurador, mucho menos aún por distraer de su patrimonio la suma asegurada destinada al indemnización. La pérdida o incapacidad económica que puede sufrir una víctima significa habitualmente una tragedia no sólo para el sino también para el grupo familiar donde se encuentra inserto y que sufre sus consecuencias, sean totales o parciales.

Es que se altera el orden social con esos hechos dañosos generando un disvalor en la organización comunitaria. Es un desamparo del siniestrado y de quienes dependen de su actividad económica que afecta el interés general, en definitiva, el orden público (Halperín, 1940).

La otra cuestión que debemos analizar es el momento del nacimiento de la acción directa. Definir cuándo nace la acción directa se relaciona con la definición de siniestro, respecto de la que existen dos tendencias generales, la de la reclamación o “clames mades” y la del hecho u ocurrencia. Una de ellas sostiene que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil se configura con el reclamo efectuado por el tercero damnificado en ellas se enrojan Halperín (1940) y Picard y Besson (Mármol Marquís, 1999). La otra posición sostiene que es la generación del hecho dañoso la que hace nacer el derecho a la indemnización y, por ende, conforma el siniestro. Entre estos últimos se encuentran quienes afirman que conceder indemnizaciones con la reclamación de tercero y no simplemente con la comisión del hecho dañoso bajo el concepto de la reclamación implicaría permite indemnizaciones sin siniestro, algo que no es tan absoluto y más se acerca a una defensa de un criterio parcial. Mármol Marquís (1999) sostiene que en seguro de

responsabilidad civil el siniestro es el acto lesivo mismo, defendiendo la conveniencia del acto, ya que de lo contrario obligará al beneficiario del seguro a proveerse, por cualquier medio, del dinero necesario para pagar a la víctima, y su presencia legal.

En la doctrina francesa (Lambert-Faivre, 1995) se acoge la idea que la reclamación es la generadora del siniestro, en base al artículo L-124-1 del *Code des Assurances*, que señala que el asegurador de responsabilidad civil solo está obligado a pagar si a consecuencia del hecho dañoso previsto en el contrato recibe el asegurado una reclamación, amistosa o judicial, por parte del tercero dañado. De tal manera, se acoge la tesis de que la obligación del asegurador nace cuando se recibe una reclamación, lo que muestra que no se trata de un simple seguro de reembolso de lo ya pagado, pues, en ese supuesto el asegurado aún no pagó nada.

Ahora bien, sea que el siniestro se configure con el hecho generador o solamente con el reclamo en el seguro de responsabilidad civil es claro que existe una convergencia de factores. Se trata de un conjunto de sucesos o un suceso complejo que comprende el hecho causante del daño y el hecho desencadenante de la prestación del asegurador en la cobertura del riesgo, el reclamo. Ello conduce a la consecuencia natural: el pago de la indemnización al tercero dañado en razón de esa responsabilidad prevista en el contrato de seguro.

La acción directa encuentra en ambos casos su razón práctica, permitirle al deudor un medio para alcanzar el pago de su resarcimiento. Se trata de una acción de la que es titular el deudor en razón del interés mismo que está llamado a proteger: asegurar el pago a su titular, independizándolo de las vicisitudes del paso por el patrimonio del deudor. Resulta una acción principal, ya que no se subordina a la constatación de la insolvencia del deudor principal, a la excusión, ni su papel es el de caución, por más que se otorga en garantía de un crédito.

Es una acción ejercida a nombre propio, sin invocar título alguno del deudor, ni requerirse ninguna declaración judicial previa (Halperín, 1940). Resulta lógica consecuencia del contrato y el cumplimiento de su fin práctico.

Es cierto que el tercero, en tanto que acreedor del responsable civil, posee otros mecanismos tendientes a obtener una satisfacción: la acción contra el responsable, la acción subrogatoria y la acción revocatoria, pero resultan insuficientes. La necesidad de ofrecer una protección superior al tercero con una acción propia se justifica por la propia evolución producida en el seguro de responsabilidad civil, sobre todo en su faz práctica.

El único destinatario de la indemnización es el tercero, quien tiene derecho a exigirla, con independencia de que la ley consagre la acción directa.

En este punto pasa a relucir claramente el principio indemnizatorio de los seguros patrimoniales, por cuanto si el asegurado no ha pagado al tercero, aún no ha sufrido el daño contemplado en el contrato, y, si el asegurado recibe la indemnización y no paga al tercero se está lucrando con el seguro, lo que atenta contra el mencionado principio.

Este fin práctico se concreta en la costumbre ejecutada habitualmente por los aseguradores quienes han entendido adecuado abonar la indemnización al damnificado como regla general en el seguro de responsabilidad civil.

El interés social y el orden práctico se encuentran íntimamente ligados. La necesidad de accionar al damnificado primero contra el asegurado para que, luego de obtenida una sentencia firme, sea posible hacerlo contra el asegurador, es sin dudas, una clara dilación que obstaculiza la factibilidad de acceder a la composición del derecho de la víctima.

Facilitar el acceso a la indemnización requiere de un instrumento ágil y eficiente que permita dicho objetivo.

La puja de intereses particulares se encuentra limitada por las dificultades que se le imponga a quienes demandan por ellos.

Una solución es meramente procesal, permitir o imponer la participación en el proceso en donde se reclama al asegurado al asegurador, tanto para que ejerza su defensa como para que sea alcanzado por la sentencia.

Otra opción es otorgarle un privilegio al crédito del damnificado sobre la suma asegurada destinada a la cobertura del riesgo de responsabilidad civil.

También lo es otorgar acción directa, o más aún derecho propio al tercero para actuar contra la aseguradora.

El reconocimiento de la acción directa supone permitir al tercero utilizar todos los instrumentos procesales y extraprocesales que se le reconoce al acreedor de una obligación indemnizatoria

Todo ello nos lleva a analizar otra cuestión: la autonomía de esa citación, acción o derecho.

## II.5. Autonomía.

Podemos analizar el tema de la posible autonomía de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil desde distintos aspectos.

La autonomía procesal o adjetiva y la de origen o sustantiva.

La primera de ellas a su vez plantea dos cuestiones: a.- La posibilidad de accionar contra el asegurador sin hacerlo previamente contra el asegurado y, b.- La posibilidad de accionar contra el asegurador sólo si también, paralelamente, en el mismo proceso, es citado o demandado al asegurado.

Mientras que la cuestión relativa a la autonomía de origen se relaciona con la fuente de la acción. Ello es, de donde nace y si se encuentra necesariamente conectada a ese origen.

Por supuesto que esta separación es a los fines del análisis toda vez que ambas formas de autonomía se entrelazan y corresponden en la conformación de un sistema integral y complejo.

### II.5.1. Falta de autonomía.

En el comienzo de la evolución del seguro de responsabilidad civil el contrato era considerado, de igual manera que en las demás ramas, como agotado entre asegurado y asegurador –eventualmente con el tomador- siendo su objeto la cobertura de su indemnidad.

El tercero, en un primer momento, sólo era considerado como una especie de referencia del siniestro para determinar su existencia, el monto de la

indemnización en la medida que no superara los límites establecidos en la póliza, si los hechos que produjeron el daño se correspondían con los descriptos al definir el riesgo, si existían eximentes de la obligación del asegurador, etc.

En esta etapa de evolución de esa clase de seguros no había duda alguna en que el único acreedor del asegurador era el asegurado quien había tomado el contrato en protección de su interés económico.

Tal entendimiento encontraba una importante dificultad en que la verdadera función del contrato, aún medido desde la relación asegurado y asegurador, es mantener la indemnidad del primero.

Más tarde, se generó una nueva visión que puso el acento en la protección del tercero damnificado. Ello ocurrió con el fuerte desarrollo del seguro de responsabilidad civil, en especial, con relación a los rubros industriales, de accidentes laborales y automotor, donde el número de víctimas aumentó exponencialmente.

Ante esta nueva situación se produjo otra problemática, la de los numerosos supuestos en donde la víctima no alcanzaba el resarcimiento debido a que el responsable del daño caía en insolvencia habitualmente por motivos extraños al siniestro. Se generaba la natural consecuencia, que su prestación entraba como una más de la masa de la quiebra sin ningún tipo de preferencia quedando a las resultas de ese proceso liquidatorio sin ventaja alguna. Ello mostró rápidamente a gran cantidad de víctimas que, a pesar de que el responsable se encontraba asegurado, no podían acceder a la indemnización en forma plena. (Morandi, 1971).

Tal injusticia motivó que las distintas legislaciones optaran por dos sistemas: uno, el del Código italiano -artículo 2767- que fuera parcialmente antecedente de nuestra ley, y que instaura un privilegio a favor de la víctima. El otro fue incorporado por la ley francesa -Codes des Assurances, artículo 124.3- y la mejicana. Esta última, en su artículo 147 expresa: "El seguro contra la responsabilidad civil atribuye derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro".

Puede advertirse el profundo alcance de la norma transcrita. No se trata de brindarle una acción directa, sino un verdadero derecho a la indemnización que conlleva lógicamente una acción para hacerlo valer. Se denomina al tercero dañado como “beneficiario del seguro” poniéndole su determinación exacta en el momento de producción del siniestro.

Volveremos más adelante (infra Capítulo III, 4.1. y 4.2.) en este trabajo sobre las distintas formas de protección de los créditos tanto de asegurado como de la víctima.

La falta de autonomía de la acción directa del damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil puede ser vista desde el origen, lo que implica que el derecho es de otro, el asegurado, pero la ley concede la posibilidad de accionar directamente en subrogación de esa facultad, o que la sólo existe en el ejercicio, lo que supone que el tercero tiene ese derecho pero no puede ejercerlo sin accionar también contra el asegurado.

Cuando se analizan los caracteres de la acción directa tal cual se ha plasmado en la ley argentina para el seguro de responsabilidad civil podemos encontrar los siguientes:

Se adquiere la calidad de acreedor directo desde la fecha del nacimiento de la obligación indemnizatoria original, o sea, desde la producción del accidente o hecho que provoca el daño. De ello se sigue que la víctima tiene que tener un crédito contra el asegurado.

La acción no es accesoria ni está subordinada a ningún otro recaudo previo, ello no obsta que deba citarse simultáneamente al asegurado y al asegurador siendo obligatorio actuar contra ambos. La sentencia se extenderá contra el asegurador en la medida del seguro y no será solidaria sino concurrente en los términos del artículo 850 del Código Civil y Comercial el que expresa: “Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

Además, se caracteriza la acción directa en nuestro sistema por que la obligación perseguida se limita al importe adeudado según el contrato y a la indemnización debida, por lo que el asegurador puede oponer las defensas

contractuales y las relativas a la responsabilidad civil del asegurado con los límites que impone la ley especial y general. La existencia de varios asegurados hace que deban dividirse sus importes entre todos los aseguradores debiendo ser citados todos.

Finalmente, el ejercicio de la acción contra el asegurador no excluye el ejercicio de la acción contra el asegurado por el monto no satisfecho (Halperin, 2003).

Por lo expuesto se dan una serie de condiciones que nos permiten sostener la existencia, al menos, de una falta de autonomía de ejercicio de la acción directa. Ello debido a la obligatoriedad de accionar simultáneamente contra asegurado y asegurador, no pudiendo prescindirse de ninguno de ellos.

La jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto. Sin embargo, existe una tendencia a sostener la existencia en nuestra ley de una acción directa no autónoma. Ello como consecuencia de la obligación de citación al asegurado antes mencionada.

## II.5.2. Autonomía de origen.

Existe una postura sostenida por Ruiz Quiroz (2002), Sanchez Calero y Tirado Juarez (1985) que el contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato a favor de tercero, basándose en la propia acción directa que se concede al tercero, víctima de algún hecho dañoso previsto en este tipo de contratos.

Con las modificaciones legales en Colombia, al otorgarse la calidad de beneficiario a la víctima y consagrarse en su favor la acción directa contra el asegurador, Jaramillo Jaramillo (2007) sostuvo:

Procurando estar a tono con las nuevas realidades sociales y económicas de la vida moderna, caracterizadas, en gran medida, por un estado de cosas generador de situaciones de riesgo potencial para los asociados, y por tanto, de nuevas circunstancias que comprometen la responsabilidad civil, el legislador de 1990 estimó necesario realizar sustantivas reformas, entre otras materias, a la aseguraticia y, particularmente al seguro de daños. [...] Trascendente, por tanto, la entonces reforma efectuada al seguro de responsabilidad en la esfera patria. De estar antes afincado en el asegurado y su patrimonio, así como tener por fin cardinal la protección de uno y otro, pasó a ser un seguro medularmente centrado en la víctima y encaminado a repararle a ella el perjuicio que le hubiere ocasionado, tanto que se le erigió en

beneficiaria de la indemnización, a lo que se le agrega que el seguro migró de ser un contrato a favor del asegurado para tornarse en un negocio jurídico a favor de terceros, fundamentalmente.

Coinciden diversa doctrina colombiana que el seguro de responsabilidad civil se convirtió en un seguro a favor del tercero, sosteniendo que la consagración legal de la acción directa confirma que el seguro está cambiando, y que no solo se debe mirar como una estipulación a favor de tercero, sino también debe valorarse como un ejemplo del seguro por cuenta ajena. (Zornoza Prieto, 2011).

En igual sentido Angeloni citado por Viterbo (1944), sostiene que se trata de un seguro a favor de un tercero en contemplación de los intereses sociales tutelados. Nos encontraríamos entonces en presencia de una asunción preventiva por el asegurador de las deudas eventuales del asegurado respecto de un tercero. El mismo Viterbo (1944) contrariamente afirma que la acción directa es inejercible si no cumple con los requisitos de la acción subrogatoria y que el contrato en cuestión no se configura como a favor de terceros. Se funda en lo dispuesto por la ley francesa de 1930. Según el referido autor interpreta de dicha normativa, el tercero no tiene frente al asegurador más que un derecho negativo: que el asegurador no pague a otros antes de que él quede pagado.

Otra parte de la doctrina (Hill Prados, 1995) pone el acento en el asegurado y considera que es en beneficio de éste que es celebrado para proteger su patrimonio frente a la posibilidad de verlo afectado por una responsabilidad civil. En el seguro de responsabilidad civil obligatorio se parte de la concepción que por imperativo legal se suscribe un contrato en beneficio de un futuro dañado cuando el beneficio es mutuo, propio y social, ya que protege el patrimonio del causante y se crea una mutualidad que posibilita asumir la indemnización de los damnificados sin afectar el patrimonio estatal.

Siguiendo a Pérez Gallardo (2001) no se configura en el seguro de responsabilidad civil obligatorio un verdadero contrato a favor de tercero, pues aunque se estructura una relación extracontractual entre el perjudicado y la aseguradora, se desconoce quién será el futuro tercero pues no se trata de un beneficiario designado previamente, ni posteriormente determinado bajo reglas o

signos que permitan identificarlo, y el derecho no le es conferido por beneficio de los contratantes, es otorgado por imperio legal.

El derecho lo otorga la ley que crea el seguro obligatorio, como mecanismo financiero estatal que busca la creación de un escenario donde se permita la existencia de fondos necesarios para indemnizar a un tercero sin llegar a recurrir a las arcas públicas, liberando al presupuesto de tal concepto. A larga vista, se obliga a contratar para beneficio del Estado, y así tener fondos para indemnizar. Y es que no puede confundirse el tercero perjudicado con el tercero beneficiario, cual elemento subjetivo imprescindible para la conformación del contrato a favor de tercero, que constituye "...el destinatario de la prestación, la persona a favor de quien se estipula y a quien irá la prestación prometida" (Pérez Gallardo, 2001, p.150), pues, el seguro de responsabilidad civil se pacta en favor del propio patrimonio del asegurado, sin mediar una promesa de prestación, en el interés de evitar así su propia afectación pecuniaria por el daño causado a otro y por este reclamado.

La acción directa nació de la necesidad de proteger al tercero perjudicado salvando las lagunas legales, por lo que en el marco jurisdiccional se dictaron sentencias que marcaron doctrina legal, lo que fuera después incorporado en numerosas legislaciones, con diferentes matices y construcciones, con dos posiciones principales, la acción directa y la llamada en garantía, respetando una diversidad de defensas oponibles respecto del tercero. Ello puede advertirse en las más recientes normas sobre el tema dentro de Latinoamérica como por ejemplo: Portugal, con el Decreto-Ley 72/2008; Cuba, por Decreto-Ley 263/2008; Perú, en la Ley 29946/2012; y Chile por Ley 20.667/2013.

### II.5.3. Autonomía de ejercicio.

La principal limitación que se analiza es la posibilidad o no de condenar al pago a la aseguradora sin que se haya condenado previa o simultáneamente al asegurado.

Hemos analizado el fin práctico de conceder la acción directa al tercero para garantizarle el acceso a su indemnización. También resulta necesario, o al menos

útil, facilitar el acceso al cobro de la misma simplificando el procedimiento judicial que es menester a tal fin. La necesidad de condenar previa o simultáneamente al asegurado para poder condenar al asegurador limita esa función o facilidad.

Por supuesto el sentido de la acción directa es poder accionar sin acudir a la subrogación lo que es una verdadera ventaja para el tercero, pero obligar a obtener una condena previa contra el asegurado de alguna manera lo desnaturaliza. Algo similar ocurre en los supuestos donde –como en nuestra ley- se permite obtener una condena simultánea contra el asegurado y el asegurador, éste último en la medida del contrato de seguro (artículo 118 de la ley 17.418). En éste último caso, si bien se simplifican los procesos a superar, la dificultad de traer al asegurado al juicio, sobre todo en los casos donde su participación surge claramente innecesaria o muy dificultosa –cuando no imposible- conspira con la dinámica que se pretende sostener al instaurarse la acción directa.

Las soluciones dentro de latinoamérica, han variado. Argentina y Paraguay imponen que se llame al asegurador juntamente con el asegurado para que la condena los alcance a ambos. A su vez, en México se requiere la declaración de responsabilidad del asegurado para poder condenar a la aseguradora. Sin embargo, este principio se ve atemperado por la Ley sobre el Contrato de Seguro la cual establece que resulta suficiente para cumplir con el requisito previo para reclamar al asegurador que el tercero perjudicado exija el importe indemnizatorio extrajudicialmente.

En Bolivia es posible su ejercicio en caso que el asegurado se haya ausentado, fugado, tenga impedimento o haya fallecido, tal y como lo dispone el Código de Comercio; mientras que en Colombia, aunque en la práctica hay discusión en cuanto a si hay o no litisconsorcio necesario, lo cierto es que si la aseguradora es demandada sin que se demande también al asegurado, ella podrá ser condenada en el evento en que el demandante pruebe la responsabilidad del asegurado.

Considerando la función social del contrato de seguro y, como se ha dicho, en particular la del contrato de seguros, aspecto que se ha impuesto en los últimos años en la doctrina extranjera, y el debatido carácter conmutativo del

contrato de seguro, podemos sostener que la acción directa nace con su ejercicio, considerando que es momento que el tercero ajeno se introduce en la relación contractual previa, y no debe entenderse el momento de la perfección del contrato, donde no interviene el tercero perjudicado, que puede recibir un daño y no reclamarlo; y de considerarse el momento de la ocurrencia del daño, faltaría determinar la relación causal con el asegurado, que ha provocado un daño. En la posición contraria, esto es, sosteniendo que la obligación indemnizatoria y, en consecuencia, el origen del derecho a ejercerla se encuentra en ese carácter social lo que hace que exista desde la celebración del contrato (Tzirulnik, 2007).

El titular de la acción directa debe ostentar un crédito contra el deudor, que ha nacido del siniestro sufrido y por el que se vincula al asegurado con el tercero perjudicado, de acuerdo con los supuestos legales, expresamente previstos.

El Código Civil y Comercial de la Nación al regular en forma genérica la acción directa establece entre los requisitos para el ejercicio de la misma que exista “un crédito exigible” y la citación del deudor al juicio (artículo 737 incisos a) y e)). Por lo que el nuevo ordenamiento legal condiciona el ejercicio de este tipo de acciones y en el aspecto procesal le resta autonomía al imponerle al acreedor a traer al deudor originario al proceso judicial.

A su vez, la falta de autonomía encuentra una importante excepción en la aplicación del plazo de prescripción para que el tercero pueda ejercer la acción contra el asegurador. Se entiende que el seguro de responsabilidad civil cubre la responsabilidad del actor asegurado, declarada judicialmente. Por tanto, para que sea declarada la responsabilidad civil debe estar vigente la acción y, por ende, no debe estar prescripta, razón por la que se aplica el plazo prescriptivo de la responsabilidad civil y no el de la ley del contrato de seguro, salvo que la ley expresamente otorgue uno para la acción directa, por lo que en caso de ausencia es de aplicación el referido plazo general, y en caso de ser diferentes, impera lo específico.

Respecto del momento en que comienza a correr el plazo prescriptivo es importante destacar que las acciones nacidas del seguro tienen su inicio en las circunstancias que surgen del contrato, en el caso del seguro de responsabilidad

civil desde que ocurre el hecho que genera la responsabilidad o el reclamo del tercero, pero no la declaración de responsabilidad, pues para eso se estipula, o bien la acción directa en contra del asegurador, o bien la posibilidad de llamar a ambos al mismo juicio.

Los plazos de prescripción de las normas del seguro y las que regulan la responsabilidad civil suelen ser diversos. En el ámbito legislativo americano se aprecian diferencias notables. En Uruguay el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de acuerdo con el Código de Comercio es de un año, contado desde el día en que las obligaciones se hicieron exigibles, mientras que el plazo general para la responsabilidad extracontractual es de cuatro años de acuerdo con el Código Civil, plazo aplicado para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual que no sean los que regula el seguro obligatorio de automóviles que tiene su plazo de prescripción propio para la acción directa, que es de dos años, lo que la ubica en los plazos cortos, variando la prescripción cuatrienal de la acción por responsabilidad extracontractual del artículo 1332 de Código Civil.

Conforme con el artículo 81 de la ley mexicana, las acciones derivadas de un contrato de seguro prescriben a los dos años del acontecimiento que les da origen, resultando tradicional considerar el siniestro como punto de partida para dicho cómputo, aunque existen obligaciones posteriores que se deben cumplir por parte del asegurado, beneficiario o causahabiente antes de que el crédito del contenido en el seguro se haga exigible, lo que conspira contra tal definición.

En la Argentina la Ley 17.418, del Contrato de seguro, fija un año para la prescripción de las acciones, desde que la correspondiente obligación es exigible. Mientras que el actual Código Civil y Comercial establece un plazo de tres años para el reclamo de daños derivados de la responsabilidad civil. En seguro de responsabilidad civil, el plazo debe contarse desde la fecha del siniestro (Mangialardi, 2008) en caso de demandar la víctima contra el asegurador, desde el hecho desde el que nace su responsabilidad.

Por su parte, en Estados Unidos la aplicación varía en cada Estado, para lo cual existen tablas publicadas, *Statute of limitations*, que definen los plazos,

aunque la mayoría son de dos años a partir del acontecimiento que da origen a la reclamación. Mientras, en Francia, se declara que la prescripción aplicada es la del Derecho común. En España la acción para “exigir responsabilidad por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia” corren desde el año desde que lo supo su agraviado -artículo 1968 del Código Civil-.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia colombiana se pronunció en junio de 2007, señalando que la prescripción aplicable a la acción directa es la extraordinaria, cuyo plazo es de cinco años lo que se ajusta para los casos de seguros sobre base ocurrencia o reclamación en que la delimitación de la cobertura se ha pactado bajo modalidad ocurrencia (Izasa Posse, 2010).

Venezuela en la Ley de tránsito Terrestre y, en especial, para seguros obligatorios, establece que las acciones civiles contra el asegurador para el pago de las indemnizaciones y las acciones de repetición del asegurador contra el asegurado prescriben a los seis meses y se aplica la prescripción trienal para los casos de seguros de responsabilidad civil, ajenos al seguro obligatorio que impone la citada ley -Decreto 1.505, con fuerza de Ley del contrato de seguro, artículo 56-. En este caso opera como general la norma del contrato de seguro, y como específico la del seguro obligatorio.

En Cuba se fijan plazos de prescripción diferentes para los distintos tipos de seguros, estableciendo el de dos años para los seguros en general, siendo que la legislación común la fija en un plazo menor, un año -artículo 116 del Código Civil-.

Esta variedad de plazos de prescripción permite reflexionar sobre la autonomía de ejercicio de la acción del tercero toda vez que, para éste, los mismos corren en forma distinta a los que poseen las partes del contrato de seguro. Ello resulta lógico y es consecuencia de la función del contrato, en particular de la obligación de indemnidad a la que se compromete el asegurador, que se vería burlada si se aplicara el plazo especial de la ley de seguros y no el que rige la responsabilidad civil en general.

## II.6. Citación en garantía y autonomía.

La particular figura de la citación en garantía que, como hemos expresado, encuentra su antecedente en el derecho italiano y fue incorporada por la ley argentina y paraguaya, ha sido fruto de una evolución de la que nos ocuparemos más adelante (infra Capítulos IV y IX).

Sin embargo debemos relacionar dicho instituto con el que ha sido uno de los principales fundamentos para su existencia: la falta de autonomía de la acción del damnificado contra el asegurador.

En efecto, aún para aquellos autores que sostienen la existencia de la acción directa, ésta carece de autonomía de origen ya que tiene su causa en el contrato de seguros. En consecuencia, se afirma que tampoco puede ejercerse autónomamente. Esto significa que, si la acción la ejerce el tercero con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil y, siendo que éste es el que conforme sus alcances fundamenta dicho ejercicio, la consecuencia necesaria es –para esta posición- que no pueda hacerla valer contra el asegurador sin accionar por dicha responsabilidad también contra el asegurado.

Se trata, en definitiva, de que se concrete judicialmente el riesgo de la pérdida patrimonial sobre el asegurado para que el asegurador deba intervenir.

Esa lógica que, como sostiene también Halperín (2003), tuvo excepciones en nuestro derecho como, por ejemplo, la ley 9.688 de accidentes de trabajo, que otorgaba la acción del trabajador contra el asegurador del empleador sin que fuera menester citar a éste último al juicio ni demandarlo. Entonces, contrariamente a los antes expuesto, resulta posible accionar directa y autónomamente contra el asegurador. Esta es una autonomía en el ejercicio de la acción y no así en sus fundamentos jurídicos sustanciales que harán al alcance de la obligación indemnizatoria del asegurador, que, sin dudas, es siempre acotada a los términos del contrato celebrado con el asegurado. Veremos luego que esa limitación también tiene sus excepciones: la inoponibilidad por parte del asegurador de ciertas defensas frente al tercero en el seguro de responsabilidad civil.

El artículo 118 de nuestra Ley de Seguros regula la citación en garantía que establece por una parte, la posibilidad de citar al asegurador al proceso de daños

y perjuicio donde se ventila la responsabilidad del asegurado tanto por éste como por el damnificado.

Como sostiene Barbato (2001), para algunos autores la expresión acción directa se refiere a la posibilidad que otorga la ley en ciertos supuestos para que un acreedor accione en forma directa y autónoma respecto del deudor de su deudor relacionándose ambos a pesar de no mediar un vínculo directo entre ellos. De ese modo se elude el pesado inconveniente de la acción subrogatoria.

Otros autores sostienen una variante de la anterior afirmando que la acción directa no es autónoma toda vez que se requiere para su ejercicio la citación al juicio del responsable civil. Así lo disponía el artículo 121 del Anteproyecto General de Ley de Seguros redactada por Halperín.

La expresión “citación en garantía” ha traído no pocas cuestiones al momento de tratar de determinar su naturaleza y efectos. Nos dice Rosas Lichstein:

Es ilógico que la víctima llame al pleito al asegurador de su contrario para que la ayude a ganarlo, vale decir, para que actúe en contra de sus propios intereses, pues si el demandado pierde, surge la obligación del asegurador ¡coadyuvante de la víctima! [...] la llamada en garantía que realiza el damnificado queda reducida [...] a la demanda eventual de pago, consecuencia que nos lleva a pensar que, en este caso especial, antes que una llamada en garantía se trata de una verdadera legitimación para poder demandar directamente al asegurador del responsable [...] la tal llamada en garantía se resuelve, en definitiva, solamente en una demanda directa contra el asegurador (1975, p. 381).

Abona esta posición el carácter de parte que se le otorga al asegurador en el juicio donde es citado con facultades defensivas ciertamente acotadas por el artículo 118 de la ley de seguros. Pero dichas limitantes no suponen que tenga una actitud de mero espectador o que su citación sea solamente a los fines informativos. Por el contrario, su participación en el proceso judicial es amplia.

Sin embargo, se ha discutido si existe una verdadera acción directa en el instituto de la citación en garantía y volveremos en lo sucesivo sobre esta cuestión. Pero no cabe dudas que de existir, su ejercicio no es autónomo en nuestro derecho debido a que la ley 17.418 en su artículo 118 establece que la citación en garantía puede ser efectuada por el tercero o por el asegurado, pero

siempre en el proceso judicial donde el primero reclama al segundo los daños y perjuicios de los que resulta civilmente responsable.

Esto significa que no cabe otra posibilidad que demandar al asegurado para que el tercero pueda demandar al asegurador. De ello se sigue que en el ejercicio de la acción del damnificado contra la aseguradora no existe autonomía en nuestra ley.

Ahora bien, ya hemos abordado el punto sobre si esa falta de autonomía es fruto de la ligazón originaria entre la acción del tercero y la del asegurado o si, como sostiene el mencionado Halperín (2001) aquel posee un verdadero derecho propio.

En este último supuesto, corresponde entonces evaluar qué alcance tiene la limitación impuesta por la citación en garantía como mecanismo para alcanzar al asegurado en una condena civil. Esto es, comprender si el requisito de deber accionar judicialmente contra el asegurado para poder hacerlo contra el asegurador obedece a la sustancia del derecho del tercero damnificado en relación al contrato de seguro, o, por el contrario es sólo un condicionamiento impuesto por la ley por una razón distinta, de política legislativa que no se corresponde con la naturaleza de la acción.

## II.7. Conclusión.

Hemos venido analizando los distintos aspectos de la acción directa en general y, con especial mención y detenimiento en la acción directa de la víctima contra el asegurado en el seguro de responsabilidad civil. Volveremos en lo sucesivo a intentar profundizar sobre éste último aspecto, pero podemos elaborar algunas conclusiones preliminares.

En esta primera instancia podemos advertir que la naturaleza de tal acción se encuentra discutida. Para algunos se trata de una acción subrogatoria especial, para otros deriva de un privilegio otorgado al crédito del tercero, mientras otra parte de la doctrina afirma que es una consecuencia lógica de un derecho propio reconocido al tercero.

Para justificar esta última posición se dan dos planteos: uno que la asimila a la estipulación o contrato a favor de tercero determinado o determinable y otro que establece que se trata de un reconocimiento que nace de la misma ley.

Es posible concluir sobre este punto que hay una diferencia sustancial entre aquellas posiciones que reconocen un derecho a accionar en forma directa – adjetivo- y las que afirman la existencia a un derecho crediticio directo.

Esa diferenciación que aparenta ser sutil, deriva en otra cuestión cual es la de la autonomía de la acción directa.

Al abordar los distintos sistemas adoptados para proteger el crédito del tercero damnificado nos encontramos con dos esquemas jurídicos que no se contraponen necesariamente y que, en algunos casos, se han servido de fundamento mutuo. Ellos son el de los privilegios y el de la concesión de un derecho a accionar directamente. Las bases de su justificación han variado en cada legislación y en el tiempo pero encuentran una importante analogía, el fin económico del contrato de seguro de responsabilidad civil y su función social.

Resulta ciertamente indiscutido que la concesión de la acción directa obedece en primer término a un fin práctico: facilitar el acceso al crédito en general y, en el caso especial del seguro, a la indemnización al tercero damnificado. Existe siempre subyacente un interés social en que el tercero acreedor del acreedor tenga una herramienta para evitar que su acreencia se vea burlada. También es aceptado que los otros instrumentos legales aplicables como la subrogación o el privilegio, no resultan tan eficientes como la acción directa.

Si a todo ello se le agrega que, como en el seguro, existe un interés social de proteger a la víctima de un hecho dañoso, el fundamento práctico se completa con una funcionalidad social o general.

La manera de lograrlo puede no ser idéntica pero se fundamenta esencialmente siempre en los mismos principios, el del resarcimiento efectivo de la víctima y el del mantenimiento de la indemnidad del asegurado. Todo ello armonizado con la obligación de respetar los principios técnicos y negociales de la actividad aseguradora, manteniendo así su equilibrio económico y financiero. Ello quiere decir, que también resulta trascendente proteger a la mutualidad de

asegurados de eventuales inconsistencias que alteren la solvencia del asegurador como administrador de riesgos ajenos.

Entendemos que existe una diferenciación que ha sido planteada en los distintos sistemas jurídicos. Hay la que llamamos autonomía de origen o sustancial y la autonomía de ejercicio o adjetiva. La primera se relaciona estrictamente con la naturaleza del derecho del tercero y la segunda con la forma ejercerla.

Así podemos afirmar que para que exista acción directa, la ley debe concederla en forma directa o indirecta, en forma ordinaria o excepcional, pero en todos los casos su vinculación con la causa que le da origen es siempre la existencia de una fuente obligacional previa, que la condiciona y es requisito para su operatividad.

La ley otorga una acción, sobre la base de una relación previa, en principio ajena al accionante y al accionado, pero que es requisito ineludible para que pueda ser ejercida.

En el supuesto del contrato de seguro de responsabilidad civil la ley concede una acción al tercero contra el asegurador pero con fundamento en el contrato y la obligación indemnizatoria nacida de él. Por ello, podemos afirmar que no existe autonomía sustancial en ese sentido. Eso quiere decir que no es posible sostener que la posibilidad de accionar sea autónoma del contrato o relación jurídica previa o concomitante existente entre el deudor y su propio deudor. En el caso del contrato de seguro, no hay autonomía entre la acción del tercero y la obligación de mantener indemne del asegurador respecto del asegurado.

Ahora bien, se ha visto en esa falta de autonomía sustancial una imposibilidad de autonomía de ejercicio o procesal. Esa posición ha influido fuertemente, como veremos, en la construcción de nuestra normativa legal (infra Capítulo IV). Ello por medio de la institución de la citación en garantía.

Hemos visto, y volveremos a analizar más adelante, la problemática que ha generado el esquema previsto en el artículo 118 de la ley 17.418. En una primera recorrida advertimos que no existe un sistema similar fuera de la ley de Paraguay y el antecedente, también discutido, de la ley italiana.

La cuestión que deberemos seguir analizando es si lo que llamamos falta de autonomía sustancial, genera necesariamente una falta de autonomía adjetiva o procesal. En otras palabras, si para accionar contra el asegurador es menester hacerlo también contra el asegurado para cumplir con el requisito sustancial del contrato y la ley. Ello, sobre todo, considerando la regulación que establece para la acción directa el Código Civil y Comercial.

## Capítulo III Justificación de la acción directa como medida de protección.

### III.1. Introducción.

La función tuitiva del derecho se manifiesta de distintas formas. Algunas de ellas más claras y precisas que otras. La protección del trabajador en el régimen laboral, la del consumidor en la ley 24.240 y en el Código Civil y Comercial, la del paciente en la ley 26.529. Se trata de la protección del llamado “débil jurídico” dada su mayor vulnerabilidad.

La ley de seguros pretende –como principio general- proteger a la parte “débil” del contrato presumiendo que es el asegurado quien se encuentra en inferioridad técnica, económica y jurídica. Es cierto que no todos los asegurados se encuentran en situación de inferioridad pero su vulnerabilidad se encuentra relacionada con el riesgo que pretenden trasladar y la menor capacidad en prepararse para afrontar las consecuencias de su concreción, el siniestro. También se entiende que el régimen del seguro como estructura comercial debe proteger los principios técnicos que le garanticen sustentabilidad económica, ya que, se trata, en definitiva, de tutelar a toda la masa o mutualidad de asegurados. Ello, en virtud que el asegurador es un administrador de riesgos ajenos y el incumplimiento de tal función perjudica a la globalidad de asegurados.

A su vez, en los seguros de responsabilidad civil surge la figura de la víctima que no participa de la celebración del contrato pero tiene un interés en él. Esta multiplicidad de relaciones tiene una importancia crucial para entender las distintas funciones en análisis: la del seguro en general, la de la seguro de responsabilidad civil, en particular y, como consecuencia de ellas, la de la protección del asegurado y de la víctima. Todas ellas como parte de un mismo y complejo sistema.

Avanzaremos a continuación en la relación existente entre la acción directa y la manera en que se cumple su función protectoria.

### III.2. La acción directa en el contrato de seguro.

La acción directa del tercero perjudicado se utiliza en materia de seguro de responsabilidad civil para explicar la facultad que se le otorga al tercero damnificado para accionar en contra de la compañía aseguradora con quien el asegurado, agente activo que causó un daño, tiene concertado un contrato de seguro de responsabilidad civil.

El uso del nombre acción directa indica la posibilidad de ejercitar una acción contra un tercero –en este caso respecto de la relación del damnificado con el asegurado responsable civilmente- con el que la víctima del daño no tiene relación contractual directa, esto es, no ha participado en la celebración del contrato. En definitiva, le permite accionar contra el asegurador dentro del límite del contrato y la ley en virtud de la legitimación que se le concede.

Entendemos a la acción directa como un procedimiento de pago, una especie de vía de requerimiento judicial y extrajudicial, que da al acreedor una posición preponderante, fuera de las acciones comunes de todos los acreedores. Por esta razón debe estar bien delimitada por la ley, no existiendo si no aparece expresa o implícitamente en alguna norma jurídica, normalmente surge de una propia de la regulación del seguro.

En este sentido, la consagración de la acción directa constituye una solución equitativa al problema de la protección del tercero, si se parte de considerar que en el seguro de responsabilidad civil la aseguradora debe mantener indemne al asegurado. Y ante esta visión, se precisa proteger al tercero (Vigil Iduate, 2013)

La doctrina, dividida en cuanto a su naturaleza, ha procurado justificarla y clasificarla desde su función protectoria del crédito, respetando el rol indemnizatorio del contrato de seguro de responsabilidad civil y, a su vez, la protección de la indemnidad del patrimonio del asegurado.

Para Borda (1998) la acción directa se encuentra dentro de las llamadas acciones patrimoniales del acreedor. Con ello destaca su función protectoria del crédito siendo la que más se lo concede. Ello toda vez, que las otras acciones dentro de esa categoría, como la subrogatoria, la revocatoria y la de simulación suponen menores facultades para el acreedor.

En tal sentido, debemos detenernos en los diversos alcances de la acción directa y la “oblicua, indirecta o subrogatoria” y su concreta utilidad para garantizar el crédito.

La acción subrogatoria se diferencia –sin perjuicio de su naturaleza jurídica y sólo a los fines que ahora analizamos- de la directa en el destino de los bienes accionados. Nos dicen Llambías, Raffo y Sassot (1997) que el “...ejercicio de la acción subrogatoria hace ingresar los bienes gestionados en el patrimonio del deudor con beneficio para todos los acreedores, los titulares de la acción directa reservan para sí el pago efectuado por el tercero sometido a esa acción” (p.182).

La diferencia resulta sustancial ya que el ejercicio de la acción subrogatoria no concede ninguna preferencia al accionante frente a los demás acreedores, beneficiándose a todos por igual. En cambio el que ejercita la acción directa tiene una situación mucho mejor debido a que el destino de la misma sólo lo beneficia a él.

En suma, el acreedor que ejerce la acción subrogatoria carece de privilegio y una vez logrado su objetivo, ello es, lograr que el deudor de su deudor abone lo que se le reclama, éste activo ingresa al patrimonio del deudor. En consecuencia, el accionante indirecto concurrirá con los restantes acreedores de su deudor originario sin gozar de preferencia alguna, salvo que la haya tenido por otra vía (Llambías, Raffo y Sassot, 1997).

Mientras la acción subrogatoria se ejerce para hacer valer un derecho propio del deudor; la acción directa se ejerce por el titular por derecho propio, pues actúa en su propio nombre. Así, frente a la acción oblicua, la directa representa una doble ventaja, en primer término, la ley no solo legitima procesalmente al tercero para que, aun sin tener la cualidad o legitimación normal, pueda ejercer la acción por sí mismo, “...sino que también cede al tercero un crédito o derecho subjetivo sustancial” (Baumeister Toledo, 2003, p.137).

Si bien existe una aparente ventaja de la acción indirecta sobre la directa en el hecho que aquella se ejerce por el total del crédito que el deudor tiene contra su propio deudor, su resultado se compartirá con los demás acreedores, mientras que no será así al ejercerse la acción directa.

Entonces, el accionante directo sólo puede reclamar en la medida de lo que le debe su propio deudor pero lo hace por su propio derecho, ya que así lo permite la ley.

En el supuesto del contrato de seguro de responsabilidad civil la acción ejercible en forma directa será la del tercero, acreedor original del asegurado, por lo que este le deba con motivo de la responsabilidad prevista en la póliza, contra el patrimonio del asegurador.

El ejercicio de la acción subrogatoria no impide al deudor disponer de él, y en consecuencia transar o renunciar; mientras que el efecto de la acción directa es privar al deudor principal de su facultad de disponer del derecho desde que la acción se ha iniciado.

La acción oblicua se ejerce por la totalidad del crédito que el deudor subrogado tiene contra el demandado, aunque sea mayor que el del acreedor subrogante; en la acción directa, el crédito del accionante marca el límite por el que la acción puede ser ejercida. Mientras que la acción subrogatoria puede basarse en un crédito condicional o a plazo si solo persigue una finalidad conservatoria, [...] la acción directa requiere que el crédito en el que se basa sea cierto y exigible aunque no necesariamente debe ser líquido y exigible, pues el tercero puede demandar sobre la base del daño recibido pero no declarada la responsabilidad (Vigil Iduate, 2013, p. 25).

Hemos resaltado la utilidad práctica de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, la que la justifica más allá de su naturaleza jurídica. Avocados al análisis de este punto, es fácil advertir que mientras la acción oblicua es una medida conservatoria con la que se hace valer el derecho del deudor, la directa es de ejecución que se ejerce por el titular a nombre propio, en virtud de un derecho independiente del deudor.

Además, contra la acción oblicua pueden oponerse defensas nacidas antes y después del siniestro, mientras que contra la acción directa no pueden oponerse defensas surgidas después del hecho del que nace la responsabilidad y, en consecuencia el derecho -artículo 118 de la ley 17.418-.

Por último, la acción subrogatoria genera que el crédito ingrese en el patrimonio del deudor –en el supuesto el asegurado-, sobre el cual concurren todos los acreedores en plena igualdad, en la acción directa el crédito no pasa por el patrimonio del deudor, cobrándose el acreedor con exclusión de cualquier otro acreedor del deudor -artículo y ley citados-.

“Es posible sostener que la acción directa es una mayor garantía para la defensa del crédito de la víctima y la indemnidad del asegurado” (Vigil Iduate, 2013, p. 53).

Borda (1998) sostiene que la acción directa es la “solución adecuada a la moderna concepción del seguro, que contempla no sólo los intereses de asegurado, sino también los del damnificado” (p. 433).

Pero Halperín (2001) avanza más allá y sostiene que “...pensamos que existe “un derecho propio” no una mera “acción directa”, en el sentido tradicional” (p. 751). Lo que significa que la acción es consecuencia del derecho propio. Ello en virtud que no existe homogeneidad entre las obligaciones del asegurado frente al damnificado y la del asegurador y el responsable del daño. Para explicarlo el mencionado autor nos dice:

La acción directa, que tiene como efecto enlazar dos obligaciones, sustituyendo el acreedor de segunda por el acreedor de la primera, requiere, como es lógico, un elemento esencial: que las prestaciones debidas en ambas obligaciones concatenadas, sean de la misma naturaleza, que sean homogéneas. [...] el causante del daño debe al damnificado una indemnización; en cambio el asegurador del dañante le debe a aquél (su asegurado) indemnidad (p. 751).

Pero además coincidimos en señalar que el asegurador nunca podrá pagar válidamente al asegurado la indemnización, ya que resultará inoponible al tercero salvo que se haya pactado el reintegro –cláusula *pay to be paid*, del inglés, pagar para ser pagado-, lo que se trata de una clara desnaturalización del objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Otra parte de la doctrina categoriza las acciones de distinto modo:

- a) Acciones o medidas ejecutorias o ejecutivas.
- b) Acciones precautorias o cautelares.
- c) Acciones conservatorias, reparadoras o de recomposición patrimonial.

Para Maduro Luyando (1998) dentro de estas últimas se encuentra las acciones directas que son aquellas con las cuales el legislador faculta al acreedor para asegurar su crédito. Ellas autorizan al acreedor a evitar la disminución del patrimonio de su deudor y garantizar, en consecuencia, su acreencia.

Existe una importante corriente que niega la existencia de la acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil. El argumento más habitual es el principio de la relatividad de los contratos, el contrato de seguro se perfecciona entre el asegurador y el asegurado. Sólo ellos son parte del contrato, no así el tercero.

En una posición más moderada, Dupuich (1911) acepta la posibilidad de su existencia pero sólo en la medida en que la ley la establezca expresamente.

Aún sosteniendo la importancia de proteger el derecho de las víctimas a acceder a una indemnización algunos autores entienden que nuestra ley no ha instaurado una verdadera acción directa. En tal sentido Stiglitz (2008) y Morandi (1970) seguidos por cierta corriente jurisprudencial consideran que la denominada citación en garantía establecida por la ley se trata de una construcción meramente procesal pero no sustantiva.

Es decir que para estos autores existe un mecanismo procesal para condenar al asegurador en el mismo juicio en que se ventila la responsabilidad del asegurado pero ello no significa que nuestra ley haya consagrado la acción directa.

En igual sentido se afirma que el seguro de responsabilidad civil no conforma un contrato a favor de un tercero, sino que su objeto es la conservación del patrimonio del asegurado, no así de la víctima. Esta podrá tener otras herramientas para hacerse del a indemnización como la ya mencionada acción subrogatoria y la revocatoria. Ahora bien, estos mecanismos no cumplen satisfactoriamente la requerida protección social de las víctimas que en la evolución actual del derecho de la responsabilidad civil y de los daños intenta obtener el resarcimiento pleno y efectivo.

La responsabilidad objetiva nace con el surgimiento de nuevas realidades consecuencia del desarrollo industrial. El maquinismo significó un aumento en la entidad y frecuencia de los daños.

Esto llevó a que el centro de atención no estuviera puesto en la responsabilidad del agente o su culpabilidad, sino a las consecuencias lesivas y su necesaria indemnización, con el fin principal de resarcir a la víctima y protegerla.

Como lo expresa Roselló Manzano (2008)

Surge así el principio *pro damnato*, o *favor victimae*, impulsando sobre todo a una intensa labor jurisprudencial que mediante el expediente de la negligencia presunta, la inversión de la carga de la prueba y el establecimiento de estándares de diligencia especialmente severos, tratan, no siempre con éxito, de ‘cuasi-objetivar’ los preceptos del Derecho civil codificado, que en su mayoría acogen la culpa como criterio de imputación (pp. 54-55).

El impacto que genera la falta de mecanismos eficientes para permitir el acceso de la indemnización, como lo es la acción directa, en tal sentido Halperín (1940) afirma que:

...las indemnizaciones repercuten intensamente en el medio social, con proyecciones insospechadas, pues evitan las situaciones extremas de miseria, con la secuela ordinaria de otros males aún más graves, y alivia al Estado de la pesada carga de asistencia social. (p.5).

Es que la importancia de un sistema adecuado de reparación encuentra en el seguro una forma de estructurar económica, social y jurídicamente un sistema protectorio. Por eso, “cuando concurre el seguro con la responsabilidad, ésta se transforma radicalmente al punto que parece que el seguro tiende cada vez más a sustituir la responsabilidad por el resarcimiento para lograr la reparación de los daños” (Galindo Garfias, 1981, p. 135).

De todo ello deriva la consideración de la acción directa en el contrato de seguro como un instrumento necesario para cumplir más acabadamente con la función y el objeto del seguro de responsabilidad civil.

### III.3. La relación entre asegurado, asegurador y tercero damnificado.

Es posible sostener que: “La acción directa no resulta la única tendencia en romper la regla romana *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, pues las exigencias de la vida contemporánea han agregado otros quebrantamientos...” (Vigil Iduate, 2013, p. 31).

Existen en la doctrina y legislación moderna una diversidad de situaciones donde la relación entre los contratantes supera los límites de ese contrato para interactuar o generar efectos en otros contratos o frente a terceros ajenos al mismo.

Además de los clásicos institutos de la simulación, la subrogación o acción oblicua, o la acción revocatoria que permiten interferir en relaciones jurídicas ajenas con el objeto de evitar un perjuicio del acreedor, se han desarrollado otras construcciones jurídicas que reconocen la extensión de los efectos de los contratos a terceros.

Una de esas construcciones es la de los contratos conexos. Ellos suponen la existencia de una vinculación entre contratos diversos y autónomos motivada en una finalidad económica común previa. Lo que significa que un contrato determina la existencia del otro para obtener ese fin común. El artículo 1073 Código Civil y Comercial define:

Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

La conexidad no sólo puede derivar de la voluntad expresa de las partes sino también por vía de la interpretación o puede ser establecida por la ley.

Respecto de la interpretación ésta debe efectuarse en forma “grupala” conforme a su función económica y el resultado perseguido. Entonces deben interpretarse no sólo en “conjunto” sino “los unos por medio de los otros” (artículo 1074 Código Civil y Comercial).

En cuanto a sus efectos y sin perjuicio de la forma en que deben ser interpretados, también se deben cumplir y se permiten oponer defensas de incumplimiento total, parcial o defectuoso respecto de obligaciones ajenas al propio de quien las alega. Lo mismo ocurre con las causales de extinción del contrato. Así lo expresa el artículo 1075:

Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

Existe entonces una pluralidad contractual. Ello es un rasgo elemental de esta figura jurídica, que exige la celebración de una pluralidad de contratos. Cada uno

de ellos deberá integrarse con sus elementos configurantes, ser válido y tener la virtualidad jurídica de generar su eficacia plena. La norma no distingue qué clases de contratos pueden coligarse por la conexidad, por lo que el intérprete tampoco puede distinguir, lo que nos persuade a deducir que cualquier tipo de contrato que cumpla definitivamente con la finalidad última, puede integrar esta pluralidad – por ejemplo: principal, accesorio, contrato, subcontrato – (artículos 1069 a 1072 del Código Civil y Comercial) (Colarusso, 2015).

Pero tal pluralidad contractual no podrá enmarcarse jurídicamente en el artículo 1073 del Código Civil y Comercial si todos ellos no se encuentran vinculados entre sí. Así se han definido las operaciones económicas globales o redes contractuales. La doctrina en general habla de una "finalidad económica supra contractual" que se puede distinguir de la causa fuente y de la causa fin de cada uno de los contratos que ostentan conexidad (Lorenzetti, 1996, p. 851).

Vale decir que, como sostienen Weingarten y Ghersi (1997) detrás de la apariencia formal de independencia de estos distintos acuerdos se oculta un único negocio –global- puesto que todos responden al mismo propósito económico que a través de ellos se pretende obtener, a pesar de que las prestaciones sean diferentes.

Existen diversos supuestos de incorporación de terceros previstos en nuestro Código Civil y Comercial. Los supuestos de contratación a nombre del tercero con o sin representación o ratificación que suponen actuar por "cuenta y orden" (artículo 1025 Código Civil y Comercial), el de la promesa de hecho de tercero (artículo 1026 Código Civil y Comercial) y el de estipulación a favor de tercero (artículo 1027 del mismo cuerpo legal).

El contrato celebrado por el tercero no produce efectos y sólo resulta eficaz si se cumple con el requisito de la ratificación. Producida la ratificación las relaciones entre el " falso procurador" y el dueño del negocio serán regidas por las normas de la gestión de negocios ajenos (artículo 369 del Código Civil). Se trata de un negocio jurídico eficacia pendiente por estar sujeto a una *conditio iuris* de eficacia (Zannoni, 2015), pues el contrato es ineficaz pero sujeto a la condición suspensiva de su ratificación para producir efectos.

En la estipulación a favor de terceros existe una relación entre dos otorgantes, llamada relación de cobertura, donde el estipulante ha celebrado el contrato con el objeto de favorecer a un tercero y el promitente u obligado se compromete a cumplir la prestación a favor del tercero. De esa relación contractual que se encuentra sujeta a los principios generales de los contratos y especiales del tipo del que se trate, nace un derecho para el tercero que, como tal y como es obvio, no es parte del mismo, aunque obtiene un beneficio de él.

Ahora bien, en cuanto a la relación existente entre el promitente u obligado y el tercero beneficiario, éste último tiene acción directa contra aquel para obtener el cumplimiento de la obligación (Borda, 1998).

Se ha sostenido, como ya vimos, (supra Capítulo II.1.3.), que hay una cierta cercanía entre la acción directa y la estipulación a favor de tercero, con la diferencia principal en su nacimiento, tal como señala Baumeister Toledo (2003). Se ha afirmado también que el seguro de responsabilidad civil es en definitiva un contrato a favor de tercero que no se encuentra determinado. Ello requiere que se cumpla una condición o eventualidad que lo determine.

Los efectos de los contratos también se trasladan a terceros en cuanto a estos le genera un daño. Tras la obligación genérica de no dañar o el incumplimiento de una obligación que genere un daño surge la obligación de repararlo conforme los factores de atribución de responsabilidad que establece el Código Civil y Comercial (artículo 1716). Ese principio se complementa con lo establecido por el artículo 1717 del mismo Código que establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada legalmente. Por ello, a su vez, son reparables aquellas consecuencias dañosas que tengan nexo causal adecuado con el hecho que produjo el daño (art. 1726 del Código Civil y Comercial)

El Código citado unifica el régimen de responsabilidad civil por lo que todo los daños que se generen por vía contractual -o extracontractual (Título V “Otras fuentes de las obligaciones”)- deben ser indemnizados, aún a terceros ajenos al contrato.

Otro supuesto donde se analiza la extensión de la responsabilidad nacida del contrato, más allá de la relación contractual originaria, es la especial situación del destinatario final en la responsabilidad por productos elaborados. Estos se caracterizan por ser cosas que resultan de una transformación industrial, o sea que siguen un proceso de elaboración y luego de comercialización y distribución hasta que llegan a quien finalmente los utiliza (Zannoni, 1984).

Se puede discutir entonces, para el supuesto que ese producto genere un daño, cuál es la relación entre el productor de esa cosa y todos los integrantes de la cadena de comercialización, incluso su consumidor final. Está claro que no existe una relación directa, pero deberá ser juzgada, para tener consecuencias jurídicas, conforme a alguna de las premisas legales existentes.

En tal sentido se puede utilizar un criterio contractualista o extracontractualista.

Así se puede acudir al régimen de incorporación de terceros, o al de la obligación de no dañar propia de la responsabilidad no contractual. E, incluso, considerando que la cadena contractual en muchos casos es más que eso, sino que se trata de un complejo entramado de negocios jurídicos con una finalidad económica común previa, es posible considerar que existen contratos conexos y que de ellos nace la responsabilidad indemnizatoria por el incumplimiento. Se afirma que la categoría del “proveedor” es residual y abarca, como legitimados pasivos, a todas las personas comprendidas en los términos del art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor (Lorenzetti, 2009). En igual sentido fueron formulados los artículos 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial.

Es importante reconocer que en el medio social en que cada uno se halla por voluntad o por fuerza, continuamente siente los efectos de los actos de los otros, con una alta incidencia en los resultados, lo que se refuerza en la vida moderna, donde el desarrollo inicial de la maquinaria, y *a posteriori* la tecnología en general, ha multiplicado los efectos dañinos, a lo cual el legislador moderno, en defensa del tercero desprotegido, adopta medidas para su protección.

El debate sobre la noción de culpa en torno a la aplicación del derecho del tercero perjudicado intenta definir entre la culpa aquiliana y la contractual, y para

tal caso se exige la existencia de un vínculo contractual entre la víctima y el autor del daño.

En tal sentido, Halperín (2001) rechaza y defiende la culpa contractual, afirmando que en la culpa aquiliana el derecho violado es el que gozan por igual todos los individuos que ocupan la misma posición dentro del cuerpo social. Se refiere a la violación de un derecho absoluto, cuya existencia no depende de voluntad individual alguna mientras que la obligación contractual se refiere a un derecho que nace del contrato, cuya extensión fue fijada en éste por la voluntad de las partes, y en la medida que ellas establecieron.

En la responsabilidad nacida extracontractualmente no existe, por definición, contrato alguno entre el causante del daño y la víctima, y sí entre la aseguradora y el causante –asegurado-, del que nace el derecho de éste último de ser protegido en su patrimonio si es amenazado por una reclamación que tenga como base su actuar antijurídico y que éste se encuentre previsto en el contrato.

Mientras tanto en las responsabilidades nacidas de un contrato, como, por ejemplo, el de transporte o de servicios profesionales, aquel existe pero es autónomo del contrato de seguro, aunque éste lo presupone. Ello es, la responsabilidad civil que se asegura es la que puede nacer de las obligaciones emergentes de un contrato diferente al de seguro, por lo que éste es especialmente considerado ya que sus condiciones y alcances lo afectan.

En la doctrina clásica se clasifica a las acciones directas en imperfectas y perfectas (Pothier, 2003). Las primeras son aquellas donde el derecho nace con su ejercicio, entre las que se encuentran el mandato, el contrato de obra, y la locación. Las perfectas nacen conjuntamente con el crédito de la víctima contra el autor del daño. Estas no requieren un acto previo para su perfeccionamiento, es suficiente con la declaración que emana de la ley.

De aceptarse esta categorización la acción directa que se reconoce en el seguro de responsabilidad civil es de las perfectas. El crédito de la víctima contra el responsable y el de éste contra su asegurador, nacen en el mismo momento, cuando se produce el hecho del que nace la responsabilidad sin encontrarse sujeto a otra condición.

La clasificación tiene sus deficiencias, ellas están dadas por la distinción, para nosotros forzada, entre el ejercicio de la acción con autonomía del derecho del que nace. Entendemos que resulta inapropiado suponer que existen acciones que no nazcan de un derecho que las sustente.

La relación entre asegurado y asegurador es siempre contractual y acotada a sus términos. Mientras que la relación entre el tercero, víctima, y el asegurado puede ser de origen contractual o no.

En la primera existe lo que Halperín (2001) denomina deber de indemnidad, la obligación de proveer lo necesario para evitar que el patrimonio del asegurado se vea afectado por el reclamo del tercero damnificado. El contrato de seguro de responsabilidad civil es definido en cuanto su objeto por el artículo 109 de la ley 17.418 por esa obligación de “mantener indemne al asegurado” por cuanto éste deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato.

Ello genera obligaciones principales, accesorias y cargas. Entre las primeras, abonar el premio o prima, el tomador o asegurado y abonar la indemnización, el asegurador en caso de surgir la responsabilidad prevista en el contrato. El destino de la indemnización -conforme lo ha entendido la práctica comercial y jurídica- es resarcir al tercero. Ello es la consecuencia natural del contrato ya que, salvo contadas excepciones como la inclusión en el contrato de seguro de la cláusula *pay to be paid* que obedece a las particularidades de la actividad naviera, el mejor modo de mantener la indemnidad del asegurado es abonarle la indemnización al damnificado en forma directa.

Ahora bien, no toda la prestación comprometida por el asegurador en el seguro de responsabilidad civil tiene como destino al tercero damnificado. Existen otras obligaciones accesorias, conectadas directamente con la principal del asegurador. Ellas son las que imponen hacer frente a los gastos de defensa y representación tanto en el proceso civil como en el penal. Ellas deben ser cumplidas con la misma diligencia que la principal ya que afectan personalmente al asegurado y suponen un riesgo concreto a su patrimonio. Estas obligaciones tienen como contrapartida la carga del asegurado de ceder la dirección del proceso lo que genera su derecho a que se cubran los costos del proceso civil

mantenido por decisión manifiestamente injustificada del asegurador (artículo 111 último párrafo de la ley 17.418).

Respecto al modo en que debe cumplirse el pago de la indemnización se aplican los principios generales establecidos en los artículos 46, 49 y 56 con los alcances previstos en el artículo 110 de la ley de seguros.

En tal sentido es importante recordar lo que expresa Stiglitz (1997): “El cumplimiento voluntario de su obligación por parte del asegurador, refleja el respeto a las reglas jurídicas en relación con las cuales se halla sometido por vía contractual.” Y Agrega que “Supone la realización de una conducta indudablemente ordenada hacia la satisfacción del crédito...” (p.56).

La obligación de indemnizar nace desde que se produce el siniestro. Este es definido como “el hecho jurídico al cual el ordenamiento imputa, como consecuencia, el nacimiento del asegurado a exigir la indemnización” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos: “Pantano, A. C/ La Estrella Compañía de Seguros”). Por lo que la sola producción del siniestro provoca un débito de responsabilidad que surge *ex lege*, por el evento que produce el daño a terceros, sea motivado en un incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual o de un hecho lesivo extracontractual.

Para Viterbo (1980) el siniestro es el que hace surgir la responsabilidad en la persona del asegurado como consecuencias inmediata y directa del suceso dañoso.

La vinculación entre el asegurador y el tercero tiene una naturaleza mucho más compleja y ha dado motivo a un gran debate.

Las posiciones más extremas sostienen la existencia de un derecho personal directo implícita o expresamente reconocido por la ley por un lado, y la inexistencia de vinculación jurídica sustancial más allá de la permisión de accionar que la ley pueda reconocérsele al tercero, por el otro.

Nos dice Halperín

... el asegurador se compromete a mantener indemne a su asegurado (art. 109, LS): ello significa que la prestación por él debida a su asegurado es de indemnidad, y no de indemnización. Y esto resulta lógico, puesto que el asegurado no ha sufrido aún daño en su patrimonio, que el seguro busca

“mantener indemne”, sólo existe una amenaza de daño, emergente de su obligación de reparar el perjuicio causado al tercero (2001, pp. 748-749).

Entonces no es posible pagar al asegurador ese daño a su asegurado, ya que no lo sufrió aún. Lo contrario significaría enriquecerlo, con violación al principio indemnizatorio y las reglas propias de todo seguro patrimonial (artículo 68, ley 17.418). A ello se agregaría que sería un pago inoponible al tercero.

Este análisis nos permite afirmar que la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador, la de indemnidad, surgida del contrato de seguro de responsabilidad civil, implica una estipulación a favor de tercero, la obligación de indemnizarlo por los daños generados por el asegurado.

#### III.4. Función del seguro de responsabilidad civil y las medidas de protección.

Tanto la paz como la seguridad de los individuos se engloban dentro del sentido general de ordenamiento. El respeto al orden jurídico impuesto por el Estado pretende ser la garantía de la libertad pero sujeta a sus principios.

El desequilibrio de ese orden se compensa de distintas maneras siendo una de ellas la recomposición. Se procura por esta vía restablecer el estado de cosas al momento anterior al incumplimiento de lo establecido jurídicamente como obligación.

Cuando ese incumplimiento genera un daño, o dicho de otro modo, cuando el daño tiene un responsable conforme al derecho, nace una obligación de indemnizar. Esa relación llamada de imputabilidad, tiene para Kelsen (1996) su correlación con el nexo causal de las ciencias naturales.

Se trata entonces de la protección de intereses tutelados y reconocidos por el derecho. Ese fin tuitivo tiene en el Estado su principal garante siendo el mismo uno de los motivos de su justificación como poder superior. Para su cumplimiento se vale de distintos medios o instrumentos que tienen vocación de ser permanentes. De ahí su carácter de institutos que por su fuerza imperativa y su fin son jurídicos. Ello en virtud que fueron generados para crear, modificar o sostener derechos de los individuos y de los grupos sociales.

Tanto desde el punto de vista valorativo, como el de la fundamentación técnica desprovista de valores, entendiendo al derecho como herramienta del Estado o a éste como una representación simbólica de aquel, las instituciones jurídicas se basan en un criterio de razonabilidad. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico intenta sostener una justificación que le permita ser pacíficamente aceptado por sus destinatarios y por los que deben aplicarlo. A ello se lo ha denominado *ratio legis* o razón de la ley. Esto es, lo que motivó al legislador -en sentido amplio- a establecer una norma jurídica general.

Se trata de la imposición de una solución jurídica a la existencia de un problema que afecta a un número de personas. A su vez, supone una necesidad a satisfacer.

Es, en definitiva, la distinción entre el derecho objetivo y subjetivo. Para Kelsen (1996) “el derecho subjetivo no es algo distinto del objetivo, es derecho objetivo mismo, en tanto que se dirige, con la consecuencia jurídica por él estudiada, contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a disposición del mismo (facultad)” (p.79).

Por su parte Jellinek (1996) sostiene que el derecho subjetivo es “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto está dirigida a un bien o a un interés” (p. 49).

Desde una u otra concepción existe una búsqueda de seguridad tanto colectiva como individual que se encuentra reconocida por el derecho y que intenta satisfacer.

Por su parte, Goldschmidt (2005) analiza en el derecho los *repartos* de potencia e impotencia -dimensión sociológica-, captados por normas -dimensión normológica- y valorados por la justicia -dimensión dikeológica-. Denomina reparto a las adjudicaciones de potencia e impotencia que provienen de seres humanos determinables. El trialismo del mencionado autor procura ser superador de la discusión entre positivismo y iusnaturalismo -que quizás sea en realidad insoluble-. En su versión primitiva el trialismo comparte con el positivismo que la realidad social y normativa es positiva, puesta por el hombre; y coincide con el

jusnaturalismo en que hay despliegues de valor no puestos por el hombre, sino objetivos naturales.

La búsqueda de equilibrar socialmente el reparto de cargas en beneficio de todo el grupo o comunidad se impone normativamente dándose entonces, conforme esta teoría, estas tres dimensiones descriptas: la social, la dikelógica y la normativa.

En definitiva, esa distribución de cargas y beneficios es el aspecto común a todas las teorías. Se podrá discutir cuáles son sus alcances o fundamentos primeros y también su origen, pero objetivamente siempre se trata de obtener los medios para cumplir con tal fin, siendo el derecho uno de ellos. El ordenamiento jurídico establecido, en consecuencia, recurre a distintos instrumentos que suponen mayor, menor o escasa participación de los particulares, siendo donde más lo tienen el ámbito del denominado derecho privado.

La existencia de un interés social en los seguros privados tiene que ver con el efecto expansivo de los daños producido por el siniestro. Considerado éste como la concreción del hecho incierto previsto en el contrato.

El seguro de responsabilidad civil cumple una doble finalidad nacida de la forma prevista habitualmente para el pago de la indemnización por parte del asegurador. El artículo 109 de la ley 17.418 explicita una de ellas: “mantener indemne al asegurado por lo que éste deba a un tercero en función de la responsabilidad prevista en el contrato”. Es la llamada función indemnizatoria que intenta evitar *en la medida del seguro*, un perjuicio en el patrimonio por la obligación que debe abonar el asegurado a un tercero en razón de su responsabilidad civil. En la relación contractual se encuentra expresada como principal, sin embargo la forma de hacerla efectiva es resarcir al damnificado, tercero respecto de ese contrato, pero destinatario implícito del mismo (Llistosella de Ravaioli y Favier Dubois, 2001).

Es por ello que decimos que el seguro de responsabilidad civil cumple una doble función ya que tiene en miras al asegurado y, a la vez, a la víctima del hecho dañoso.

Este seguro no tiene como función aumentar el patrimonio del asegurado, sino preservarlo de una disminución eventual, es mediante esa función económica y social que se llega al otorgamiento de la acción directa a la víctima.

Halperín (2001) sostiene que “la naturaleza resarcitoria del contrato es traicionada toda vez que el sistema legal permita que el asegurado no satisfaga con la indemnización cuanto quiso asegurar con ésta (art. 118, 1er párr.)”.

Ese interés social, fundamento primero del Estado y del ordenamiento jurídico, se concreta de alguna manera en el seguro de responsabilidad civil con más fuerza aún que en los seguros en general.

El orden social justo o la paz y seguridad social en que se basa la organización política conforme los autores antes mencionados, cobra especial importancia cuando ésta se refleja en una actividad privada.

La distribución social de cargas y beneficios a la que se llama justicia social o distributiva, se ve concretada en el seguro en general, pero, más aún, en el de responsabilidad civil. Ello es así, ya que a los beneficios directos e indirectos que hemos analizados se suma el carácter resarcitorio hacia terceros, los que sufren los daños imputados a la responsabilidad civil del asegurado. Los damnificados suponen un costo social y económico para la sociedad política, por tal razón se fomenta y controla la actividad. A tal punto que se ha establecido la obligatoriedad de la contratación de algunos seguros, como por el ejemplo el del automotor (artículo 68, ley 24.449) dada la alta cantidad de perjuicios sufridos con motivo de ese tránsito.

La protección del crédito del perjudicado constituye uno de los elementos esenciales en que descansa la moderna concepción del Derecho de daños, resultando la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil uno de los mecanismos legales implementados a tal fin (Vigil Iduate, 2013).

La responsabilidad civil prevista por el régimen del anterior se encontraba basada principalmente en el art. 1109 y 1113 del Código Civil y en la actualidad por el Título V del Libro Tercero. En este se fija la función preventiva del daño (artículos 1710 a 1715) y la función resarcitoria (artículos 1716 y siguientes).

La responsabilidad civil es una temática de gran importancia para el seguro, sobre todo por la implicancia que trae sobre los que cubren tal riesgo.

El Código Civil y Comercial establece el deber de reparar (artículo 1716) y la presunción de antijuricidad de cualquier acción u omisión que causa un daño salvo que esté justificada (artículo 1717).

El artículo 1719 de dicho cuerpo normativo regula la asunción de riesgos estableciendo que no exime de responsabilidad al que causa el daño salvo que interrumpa el nexo causal. El artículo 1720 permite la liberación si existe consentimiento informado en la medida que no sea clausula abusiva y sea sobre bienes disponibles.

Los factores de atribución reconocidos siguen siendo los tradicionalmente clasificados en objetivo y subjetivo, fundando este último en la culpa como omisión de diligencia en el cumplimiento de la obligación tomando en cuenta las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Se prevé el dolo directo y el eventual. (artículo 1724 del Código Civil y Comercial).

A los fines de valorar la conducta se consideran el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas en conformidad con lo exigido en el viejo código y se incorpora el tema de la confianza especial y también la condición especial del agente del daño cuando ello fue condición de confianza entre las partes y no así cuando no lo fue.

Se adhiere a la doctrina del nexo causal adecuado para determinar la responsabilidad.

En cuanto a eximentes:

1.- El hecho del damnificado excluye en general de la responsabilidad total o parcialmente salvo que la ley o el contrato exijan culpa o dolo u otra "circunstancia especial". La ley no explica claramente cual sería ésta.

2.- El caso fortuito o fuerza mayor que exime salvo disposición en contrario (artículo 1731, Código Civil y Comercial)

3.- El hecho de un tercero pero agregando que debe reunir las condiciones del caso fortuito requisito que no existía en el antecedente del Código Civil.

4.- La imposibilidad de cumplimiento como eximente de responsabilidad siempre que sea objetiva y absoluta y no imputable al obligado. (artículo 1732 del Código citado). El artículo 1733 de dicho cuerpo fija las excepciones a dicho eximente.

El código sostiene el principio de la carga de la prueba a quien alega un hecho, ello tanto respecto de los factores de atribución y eximentes, de la relación de causalidad y de la causa ajena así como imposibilidad de cumplimiento en su caso respectivamente. Pero, también, reconoce al juez la posibilidad de distribuir la carga de la prueba ponderando a quien se encuentre en mejores condiciones de aportarla. Esto significa consagrar el principio de la carga dinámica de la prueba ya reconocido jurisprudencialmente pero exigiéndole al juez el deber de comunicar a la partes que utilizará este criterio para que los litigantes puedan ofrecer y producir los elementos de convicción para su defensa (artículo 1753 del mismo cuerpo legal).

Respecto del daño el artículo 1737 del Código Civil y Comercial lo define como aquel que lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, tenga por objeto una persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Al determinar los rubros indemnizables incluye tanto la pérdida patrimonial, lucro cesante analizado -se entiende- objetivamente y la pérdida de chances. Se incluye expresamente la violación de los derechos personalísimos, su integridad personal, física y psíquica, afecciones espirituales legítimas -el daño moral- y la interferencia en su proyecto de vida.

Sin embargo, al enunciar los ítems que corresponden a la indemnización por muerte el artículo 1744 del Código Civil y Comercial enuncia solamente los gastos de asistencia y posterior funeral de la víctima, los necesarios para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años, incapaces o con capacidad restringida -ello sin perjuicio de la obligación alimentaria de un tercero- y la pérdida de chance de ayuda futura si el difunto es un hijo o menor a cargo.

El artículo pareciera limitar la indemnización en esos supuestos y, por lo tanto los damnificados indirectos -como los denomina-, tiene una limitación

respecto del directo. No se menciona ni el daño moral ni la posibilidad de indemnizar al hijo mayor que pueda probar un daño.

Algo similar ocurre con la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica donde el art. 1746 del citado Código refiere a la determinación de un capital que cubra la disminución de la aptitud según su capacidad económica o productiva para que el mismo se agote cuando razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Presume los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte. Pero nada habla de otros daños. Cabe cuestionarse si se encuentran limitados a estos rubros y si no es posible reclamar el daño moral. Entendemos que debe interpretarse esta norma conforme lo que surge del artículo 1740 del mismo cuerpo legal donde se establece la indemnización plena y la restitución al estado anterior al hecho dañoso.

El análisis de los artículos 1738, 1740, 1745 y 1746 del Código Civil y Comercial nos puede llevar a sostener o que existe una contradicción o que los dos últimos resultan solo especificación enumerativa de lo enunciado en los primeros.

El artículo 1757 del referido cuerpo normativo establece supuestos de responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas y también por actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La descripción resulta más completa que su antecedente artículo 1113 del Código Civil. La nueva norma impone la responsabilidad concurrente -no solidaria- del dueño y guardián, también define a éste último a quien ejerce por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene provecho de ella. Ello es, incluye al usuario o usufructuario dentro del concepto de guardián. Se exime a ambos cuando la cosa fue usada contra su voluntad. Extiende esta normativa a los daños causados por animales (artículo 1759) y a los producidos por la circulación de automotores -accidentes de tránsito- (art. 1769 del mencionado Código).

También se impone la responsabilidad solidaria a todos los integrantes de un grupo determinado cuando proviene el daño de uno de ellos no identificado, salvo que aquel demuestre que no ha contribuido a su producción (artículo 1761, Código

Civil y Comercial). Solución semejante aplica a los integrantes de un grupo que realiza actividades peligrosas para terceros, aplicándoles también la responsabilidad solidaria salvo que acrediten no integrar el grupo, estimamos que al momento del daño, lo que resulta obvio ya en ese supuesto no se ve alcanzado por el presupuesto general previsto (art. 1762, Código Civil y Comercial).

Respecto de las profesiones liberales la sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer imponiendo una responsabilidad subjetiva, sólo excepcionalmente objetiva cuando generen un daño con las cosas deriva de su vicio, no simplemente de su carácter de peligrosas.

La responsabilidad de los establecimientos educativos queda a cargo de su titular por el daño que sufran o generen los menores de edad que se hallen o deban hallarse bajo su control. Impone responsabilidad objetiva la que sólo se exime probando caso fortuito. La ley exige un seguro de responsabilidad civil conforme regulación de la autoridad de aplicación, pero no fija ninguna consecuencia legal por su incumplimiento. No aclara además si se trata de un seguro obligatorio.

El régimen no se aplica a los establecimientos universitarios y de educación superior.

Por su parte el Código dedica dos artículos especialmente a la protección de la vida privada y a la responsabilidad por acusación calumniosa (artículos 1170 y 1771 del Código Civil y Comercial).

El concepto de dependiente que incluía el artículo 1113 del Código Civil para hacer responsable reflejo al principal al no estar precisado pareciera limitarse al de la relación de empleo. En cambio, el actual artículo 1753 del Código Civil y Comercial establece la responsabilidad objetiva del principal por el hecho de su dependiente, pero agrega “o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”. La responsabilidad en estos supuestos es concurrente.

Como podemos apreciar el concepto de dependiente se amplió notablemente. Esto es un apuntalamiento a la doctrina que sostiene la responsabilidad refleja de los intermediarios sean dependientes o no.

Resulta claro que el concepto de responsabilidad civil se ha ampliado y ello motiva una mayor necesidad de contar con un seguro que pueda cubrir su diversidad.

En tal sentido, la doctrina ha ido avanzando en el sentido de revisar los principios básicos de la responsabilidad civil tendiendo poner la mira en la protección de dañado. En tal sentido podemos afirmar junto con Garrido Cordobera (2009)

Hay que recordar que la noción de responsabilidad civil es única y sus presupuestos o elementos son comunes, se trate del incumplimiento de una obligación contractual o de la violación de los mandatos del orden jurídico. Se ha ido produciendo un ensanchamiento y un repensar de los límites y fundamentos de tal responsabilidad con el correr del tiempo y la evolución de la sociedad, y por consiguiente del derecho (p.31).

Conforme dicha autora, en la evolución social podemos advertir el fenómeno que se ha denominado la socialización del derecho, que genera un nuevo enfoque y lo distingue del punto de vista clásico de estudiarlo. Este último estudiaba la responsabilidad desde una filosofía individualista, que centraba la óptica en el elemento subjetivo de atribución dolo o culpa.

La realidad actual lleva a relativizar la idea de la culpa. Así el derecho moderno ya no puede basar la responsabilidad civil solamente en el factor subjetivo.

Es que, la industrialización y los de nuevos riesgos que ella introdujo, modificó a la sociedad y ello llevó a la variación de las ideas jurídicas.

Esa expansión de la responsabilidad civil tiene distintos momentos.

El primero de ellos el de la pura causalidad cercana a la idea de venganza, donde se trataba de compensar en el sentido más primitivo del concepto, esto es buscar la paz social para evitar el uso de la fuerza individual del perjudicado.

En una segunda etapa aparece la censura moral al dañador y el interés general de sancionarlo con fundamento en la culpa. La obligación de reparar surge de esa noción.

Luego aparece la idea de responsabilidad sin culpa y, con ella, los factores objetivos de responsabilidad. Se mantiene la relación causal pero como forma de imputabilidad donde prevalece el interés general. Ello nace de la necesidad de protección de las víctimas y de encontrar un medio para resarcir su perjuicio. En esta última etapa se destaca la figura del riesgo como objeto a considerar.

Como consecuencia natural de esto último, aparece la idea del seguro como forma de distribuir socialmente ese riesgo (Garrido Cordobera, 2009).

Prieto Molinero (2015) sostiene que la responsabilidad civil tiene un trasfondo sancionatorio no explicitado y que aún subsiste. Nos dice:

No es, pues, un mero mecanismo de compensación neutro y aséptico. De hecho, tampoco nace como tal, sino que su historia va de la mano con la de los delitos penales y ambos se fundan en no dejar impunes determinadas conductas consideradas como antisociales (p.3).

Como consecuencia de ello este autor sostiene que aunque se destaque la importancia de la reparación, sigue presente el castigo patrimonial. Su fundamento es tan sencillo como el que la hace, la paga, pero, obviamente, el que la hace de manera consciente y como persona que puede elegir entre el bien o el mal. En este concepto la responsabilidad civil sigue siendo un sistema más básico y limitado por el cual se le saca a alguien para pagarle o indemnizar a otro. Por supuesto con un justificativo suficiente dado que ese debito puede ser un grave perjuicio para quien debe pagar y aparece entonces la necesidad de que exista un muy buen motivo para hacerlo.

Más allá de la posible subsistencia de la idea de sanción en el ordenamiento jurídico actual, es claro que existe un interés social por distribuir cargas de manera tal que quien las soporte se encuentre en condiciones financieras, económicas y jurídicas para hacerlo. El seguro cobra entonces vital importancia, ya que resulta tan grave no indemnizar al damnificado, como dejar en la insolvencia al que debe responder originariamente por ese daño. Sólo aquel que se haya capacitado para enfrentar una contingencia, un riesgo determinado, como lo es por definición un asegurador, podrá cumplir con tal función.

El desequilibrio patrimonial de un hecho que provoca un daño requiere de una organización social que proteja al dañado pero también al dañador. Para ello

son necesarias herramientas jurídicas útiles que puedan cumplir ambos objetivos. El seguro de responsabilidad civil es una de ellas, toda vez que le brinda indemnidad al asegurado y para tal fin, debe indemnizar al tercero damnificado (Prieto Molinero, 2015).

#### III.4.1. Protección del asegurado.

El asegurado es en los seguros patrimoniales el titular del interés asegurado. Ese interés debe existir durante la vigencia del contrato pues junto con el riesgo conforma una unidad que le da objeto al contrato. Tanto así que cuando falta, el contrato de seguro carece de sustrato y de sentido, pierde su naturaleza de tal (artículo 81, ley 17.418).

En esta clase de seguros en general, es el asegurado quien tiene un eventual derecho y consecuente acción para reclamar que se abone la indemnización por el daño sufrido a raíz del hecho previsto en el contrato. Su interés consiste en preservar una parte del patrimonio frente a las consecuencias perjudiciales de un siniestro. Tiene una relación lícita de valor con un bien –interés asegurado- (Halperín, 2001) que pretende conservar frente a los hechos que puedan disminuirlo. Si el hecho se produce, se concreta el riesgo y, en consecuencia, nace la obligación del asegurador de indemnizar dentro de los plazos y alcances de la póliza –instrumentación del contrato- y de la ley.

En ese esquema, el asegurado es el destinatario final de la indemnización debido a que es claramente el titular del derecho nacido del contrato que le reconoce la facultad de reclamarlo por los medios que la ley le reconoce. La ecuación contractual consiste en la existencia de dos obligaciones principales: una incondicionada y de cumplimiento periódico, pagar la prima, premio o cotización, o sea el precio del seguro; y otra, de carácter eventual, sujeta al acontecimiento del hecho previsto en el contrato, el pago de la indemnización. La primera es obligación del tomador y, eventualmente del asegurado que debe cumplirla con el asegurador; la segunda es obligación del asegurador que debe cumplirla con el asegurado (artículos 27 y 49 de la ley 17.418).

Entonces, el asegurado tiene un interés asegurado sometido a un riesgo y contra el pago de una suma (prima o premio) obtiene un derecho eventual de ser resarcido para el supuesto que dicho riesgo se concrete en un daño. Consecuencia de lo cual el pago de la indemnización irá a su patrimonio a fin de resarcirlo.

Dicha estructura propia de los seguros sobre bienes particulares como los de incendio, robo, granizo, mortandad de animales entre otros, tiene dificultades de aplicación en el seguro de responsabilidad civil.

El interés asegurado de los seguros sobre bienes concretos es diferente al que intenta amparar el seguro de responsabilidad civil. En éste el asegurado procura mantener indemne su patrimonio por aquello que deba a un tercero en virtud del daño que ha ocasionado su incumplimiento de la ley, de un contrato u otro factor de atribución de su responsabilidad civil. Ese interés, la indemnidad y ese riesgo, la potencialidad de deber afrontar una obligación resarcitoria, suponen una forma distinta de protección.

El asegurado busca, y el asegurador pretende garantizarle, que su patrimonio no será efectivamente agredido por un tercero, que no sufrirá una merma, aunque sea transitoria.

Entonces, el pago por reintegro al asegurado de lo ya abonado al tercero en virtud de su obligación de indemnizar al dañado no cumple plenamente con el interés del asegurado al celebrar el contrato. En efecto, sin perjuicio de la eventual insolvencia del asegurado, éste deberá recurrir a su patrimonio u obtener de un tercero las sumas necesarias para abonarle al tercero damnificado, para luego poder reclamar al asegurador el pago de tal monto. Ello supone complicaciones administrativas, financieras y judiciales que el asegurado procura no soportar. Podrá decirse que tales inconvenientes son eminentemente prácticos y que no obstan a la naturaleza del seguro de responsabilidad civil. Dicho de otro modo, la mayor o menor dificultad que significa un sistema de reintegros no significa que, si bien de manera más compleja, se cumpla la función del contrato.

Sin embargo no debemos dejar de considerar la función económica del contrato. Como expresamos, el asegurado pretende su indemnidad, ese es el

interés asegurado, mantener su patrimonio íntegro y afectado a su destino habitual, la distracción de una parte –cualquiera sea su proporción- supone un perjuicio de por sí que el asegurador debe contemplar y de hecho así lo hace generalmente. Además, existe otro riesgo implícito para el asegurado: caer en estado insolvencia con motivo la obligación frente al tercero. Esta última es, quizás, la preocupación individual –aunque también social- que más fuertemente moviliza a las personas a contratar un seguro de esta tipo.

Por lo tanto el pago directo al tercero por parte del asegurador es la forma de cumplimiento más cabal del objeto del seguro de responsabilidad civil.

A su vez, si el asegurador abonara la indemnización en forma anticipada al asegurado, esto es, le adelantara los fondos necesarios para hacer frente al reclamo del tercero, ciertamente se evitaría el perjuicio en el patrimonio de éste, pero surgiría el riesgo que tal suma fuera distraída de su verdadero destino. En efecto, el asegurado una vez recibida la indemnización podrá no abonarla al tercero damnificado o, peor aún, eventualmente podrá serle ejecutada por otro acreedor en virtud que su patrimonio es garantía común de todos ellos. En ambos casos no se cumpliría tampoco la función del contrato.

El tercero perjudicado es el destinatario de la indemnización, quien tiene derecho a exigirla, con independencia de que la ley consagre o no la acción directa contra la aseguradora, pues existen otros mecanismos para exigirla, aunque no cuentan con las prerrogativas que esta ofrece (Vigil Iduate, 2013 p.19).

El siniestro ha sido motivo de una importante discusión doctrinal con relación al momento en que se configura el daño del patrimonio del asegurado. Si este ocurre junto el hecho que genera la responsabilidad, con la reclamación o excepcionalmente con el pago, pero en cualquier variante, si el asegurado recibe la indemnización y no paga al tercero, está lucrando con el seguro.

Podemos afirmar junto con Lasarte (2008) que las medidas que garantizan y protegen el derecho de crédito, son medios específicos de mantenimiento de la integridad del patrimonio del deudor. Dichos medios la acción directa, acción subrogatoria y a la acción revocatoria. Siguiendo a dicho autor, las medidas de protección del crédito se conforman de medidas generales de protección y medidas específicas que, en ciertos casos, refuerzan a las generales. Las

primeras tienen por objeto la protección de todos los derechos, mientras que las segundas son creadas por acuerdo de partes o por la ley para ciertos créditos dada sus particularidades. Dentro de este último tipo se encuentra la acción directa. Ella configura una protección al crédito, pero en el caso del seguro de responsabilidad civil es, a la vez e indirectamente, una garantía para el asegurado que ante la habilitación del tercero para accionar contra el asegurador le evita que su patrimonio se vea afectado por el reclamo del tercero.

De esa forma, el tercero damnificado se dirigirá contra el asegurador sin perjuicio de que pueda o deba hacerlo concomitantemente contra el asegurado, lo que le importa para éste una mejor situación, la que emerge de su derecho de indemnidad nacido del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Debemos considerar que la tendencia del derecho de daños es su socialización. La búsqueda de esa distribución de las consecuencias dañosas no es novedosa. Díez-Picazo (1999) analiza la evolución de este concepto que tomó auge a fines del siglo pasado, pero tuvo sus antecedentes en la primer parte del mismo en los ordenamientos de Francia y México y, antes, en los llamados “seguros sociales” del siglo XIX en Alemania. De ese modo la legislación de todos esos países se estableció la acción directa contra el asegurador, como modo de protección del crédito tercero damnificado, pero también, con forma de protección del asegurado responsable del daño frente al riesgo de la disminución de su patrimonio que la acción de la víctima pudiera provocarle.

La contratación en masa es una necesidad propia de la forma en que funciona el negocio del seguro y le permite a la empresa el desarrollo que su actividad económica necesita para poder cumplir con sus principios técnicos. Resultaría poco factible conformar una mutualidad de asegurados que la dispersión y atomización del riesgo que le es natural sin la producción masiva de contratos. Al decir de González (2010) el contrato de adhesión es el paso “...fundamental del contrato tradicional –concertado entre partes supuestamente iguales que negocian sus términos y condiciones– hacia el nuevo contrato, en el que una de las partes predispone sus cláusulas y contenido y la otra se limita a aceptarlo o rechazarlo.”(p. 1). Así, el contrato de adhesión le otorga a la actividad

empresarial que necesita producir masivamente bienes o servicios un sistema ágil de celebración del negocio en el mercado. Como consecuencia de ello el consumidor sólo podrá manifestar su libertad de contratación rechazando el contrato.

Es por ello que el contrato de seguros se encuentra dentro de los contratos de adhesión. Ello así porque la actividad aseguradora contemporánea es, de manera inexorable, una actividad de empresa (Cracogna, 2001).

A estos contratos se los ha denominado “de adhesión” o “por adhesión” y condiciones generales o contratos predeterminados, el de seguros es virtualmente uno de sus arquetipos (Bulló, 1999).

El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlos o rechazarlos, sin poder modificarlos (Lorenzetti, 2007).

En nuestro país ha existido un importante debate sobre la aplicación de las normas del derecho de consumidor, las normas de adhesión y las de seguros. La discusión giró principalmente entre la especialidad de las normas de seguros y las del consumidor y adhesión. Se han inclinado por esta última diversos autores entre las que vale destacar a Piedecabras (2014), Falco (2014) y Stiglitz (1998).

A su vez otra parte de la doctrina ha sostenido que son de aplicación las normas que específicamente rigen a la actividad y no las de consumo. Se basan en que el contrato de seguro no encuadra en el concepto de contrato de consumidor o relación de consumo puesto que, un contrato de seguro es algo totalmente distinto a una locación de servicios ya que las obligación y derechos que asumen las partes en cada uno de ellos son totalmente diferentes, máxime cuando en el contrato de locación de servicios el locador asume una obligación de hacer, mientras que en el seguro la obligación del asegurador es indemnizatoria. Afirman que los contratos de seguros están regidos exclusivamente por las leyes 17.418 y 20.091 que no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente por la ley 24.240 ni sus modificatorias (Lopez Saaverda y Halperin, 2003).

Por su parte compartimos el análisis de Compiani (2014) explica la diversidad de criterios en la doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación de la ley de Defensa

de los Consumidores y Usuarios al contrato de seguro, lo que perjudica al principio de seguridad jurídica y obliga a la búsqueda de la armonización de ambas normativas. Sostiene que:

[...] el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso entre un consumidor final y una persona jurídica que actuando profesionalmente se obliga, mediante el pago de una prima, a prestar un servicio como la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa (p. 4).

Por lo tanto, entiende que resultan de aplicación las normas de de la ley de protección al consumidor al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulten pertinentes, las disposiciones de la ley de protección al consumidor.

En cuanto a los contratos de seguros que quedarían excluidos de la aplicación de las normas del consumidor la referida autora sostiene que sólo son aquellos en que el asegurado no resulte consumidor, no celebre como “destinatario final”, se contraten sobre bienes que estén en el proceso de producción, transformación o comercialización o prestación a terceros. La noción del *bystander* en forma general había sido incorporada por la ley 26.361 (artículo 1) y fue interpretado doctrinaria y jurisprudencialmente en el sentido que se consideraba consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito. Ello basado en que el tercero damnificado era una persona “expuesta a una relación de consumo”, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador (Compiani, 2014).

La ley 26.994 que sanciona el Código Civil y Comercial y modifica la ley de Defensa del Consumidor elimina aquella figura al suprimir de la definición de consumidor *a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*.

En cambio, no deberán ser de la aplicación las normas de defensa del consumidor en aquellos contratos de seguro en los que el asegurado no resulte consumidor, es decir no lo celebre como destinatario final, o se contraten con relación a un interés asegurable sobre bienes que integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Sin perjuicio de ello, el asegurado en este caso no queda desprotegido ya que no solo cuenta con las normas tuitivas de la ley de seguros, el control de policía realizado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, y todas aquellas disposiciones que rigen los contratos por adhesión (Piedecabras, 2014).

El contrato de seguro resulta ser un contrato de adhesión, puesto que sus cláusulas o condiciones generales son dispuestas anticipadamente por el asegurador sin ningún tipo de negociación con el co-contratante, a tal punto de que aun sin que exista una propuesta de seguro, las cláusulas de la póliza deben ser previamente aprobadas por el organismo de contralor. Incluso en el caso de grandes clientes, estos carecen de posibilidad de negociar libremente las cláusulas contractuales dado que salvo en contadas excepciones deben aceptar el texto de la póliza impuesto.

Es decir el asegurado solo tiene la posibilidad de contratar o no hacerlo, pero en algunas cuestiones, deviene una imposición para el asegurado tomar la póliza con lo cual al contratar deberá hacerlo dentro del marco dispuesto por el asegurador.

De ello se deduce que la contratación predispuesta porta los siguientes caracteres: unilateralidad, rigidez, poder de negociación a favor del predisponente y el riesgo de aprovecharse de tal circunstancia para consolidarlo a través de cláusulas inequitativas contrarias al adherente (Stiglitz, 2015).

Gregorini Clusellas (2014) afirma que

Durante el siglo XX la doctrina jurídica ha señalado reiteradamente la tendencia hacia la expansión obligacional, en particular la fijación de nuevas fronteras de la responsabilidad civil, en muchos casos a través de su atribución objetiva. También se ha fortalecido el criterio que propugna la unificación de dicha responsabilidad.

Coincidimos con este autor que esa tendencia a generado que se reformulen los principios clásicos sobre la formación, ejecución e interpretación de los contratos y las obligaciones, pero que también significaron una interacción con los principios tradicionales reforzando su validez y utilidad. Ello puede apreciarse con más claridad en la legislación de defensa del consumidor.

#### II.4.2. Protección del tercero damnificado.

La socialización de los daños que mencionábamos en el punto anterior, encontró en el seguro de responsabilidad civil un instrumento para lograr la dispersión de sus costos entre la mutualidad de asegurados por vía de una forma precisa de solidaridad económica dentro del ámbito privado.

Ese convencimiento cada vez mayor de la utilidad de incorporar al seguro como una manera de trasladar las consecuencias dañosas de la responsabilidad civil y, a la vez, resarcir a las víctimas de la misma alentó a la organización jurídica a promover a esta forma de seguro. Más aún, se generó la imposición social de asegurar ciertos riesgos por lo que por vía legislativa o administrativa surgió la obligación de contratar seguros de la especie.

La institución de la acción directa se justifica entonces como medida de protección del tercero damnificado, para que aquella función del seguro de responsabilidad civil se cumpliera más acabadamente.

De admitirse la multiplicación de casos exigiendo el pago adeudado,

...se desquiciaría el desenvolvimiento financiero del deudor, que no podría contar con los pagos de sus propios deudores para atender sus compromisos más urgentes o necesarios, razón por la cual, y como fundamento de la acción directa opera, ...el principio que veda el enriquecimiento sin causa, y ...la interpretación de la voluntad de los contratantes (Llambías, 1998, p. 568).

lo que, a nuestro juicio, es la razón fundamental para justificar y construir la institución de la acción directa. Se trata de apuntar a la protección del tercero ajeno al contrato y que sufrió un daño con motivo de la responsabilidad del asegurado prevista en el contrato. Ya que si la indemnización se abonara al asegurado y no al damnificado aquel podría eludir su pago a éste último y podría operar un enriquecimiento indebido.

Este principio, se concatena con la función e interés social del seguro, en base a que se logre la plena y total indemnización de los daños a la víctima.

En todos los casos, es una facultad otorgada por la ley a favor de un acreedor para demandar directamente al deudor de su deudor, en virtud de la cual el acreedor de un deudor, intenta las acciones de cobro, ya sea porque el deudor no las ejerce por cualquier razón o motivo, o por interés propio de ejercerla. La

acción directa permite al acreedor "...pasar por encima de su deudor para llegar hasta el deudor de su deudor" (Soler Aleu, 1970, p. 246), que obedece a la noción de asegurar a determinados acreedores la satisfacción de los créditos que el deudor tiene con un tercero. Para ello, "...la ley otorga la acción directa por existir posibilidad o peligro de que el producto de la deuda sea desviado de su destino lógico y natural" (Halperín, 1983, pp. 732-733).

Atendiendo a su resultado, la importancia práctica de la consagración de la acción directa se sustenta en

...una razón de verdadera economía procesal, esto es lograr el rápido resarcimiento del daño sufrido por la víctima o sus derechohabientes, para quienes la necesidad de ejercer dos acciones sucesivas (la oblicua y la de daños y perjuicios) representa un peligro en la mora que acentúa o acrecienta el dispendio judicial y en cierta forma el gravamen patrimonial (Baumeister Toledo, 2003, p. 136).

Existen fundamentos de orden práctico que justifican un tratamiento procesal en protección de la víctima. La principal ventaja de la acción directa para el acreedor con respecto a la utilización de la acción subrogatoria es que favorece de manera inmediata a quien la ejercita, ya que el acreedor que la promueve se aprovecha exclusivamente de lo que obtiene de su ejercicio, sin que los demás acreedores puedan beneficiarse.

Expresa Borda (1998), que

... si no se admite la acción directa y el demandado es insolvente, aun ganando el pleito deberá seguir un nuevo pleito contra la compañía por vía de la acción oblicua y la indemnización que pague la compañía se convertirá en prenda común de todos los acreedores del asegurado, junto a los cuales se verá obligada a concurrir la víctima; de tal modo que su desmedro físico vendrá a beneficiar a terceros (p. 433).

De tal manera se propugna extenderla en casos puntuales, específicos, pues con ella se logra cobrar el crédito por parte del deudor de su deudor, sin beneficiar a los restantes acreedores aunque tengan créditos preferentes.

La protección de la víctima preocupa especialmente al legislador, en especial a las que sufren un accidente de tránsito automotor. La gran cantidad de perjudicados y la presión social por acudir en su asistencia motivó la aparición de seguros obligatorios para cubrir este tipo de riesgos.

En nuestro país, el decreto 22.630 de 1945 encomendó a la Superintendencia de Seguros de la Nación y a la Dirección Nacional de Transporte “el estudio de un sistema de seguro social obligatorio para todos los automotores que circulen en el país, que permita resarcir los daños físicos causados por accidentes de tránsito a terceras personas”, dada “la trascendencia social de la rápida indemnización a las víctimas o sus derechohabientes, por los problemas que suscita su incapacidad laboral o desamparo económico”, circunstancias que “imponen en nuestro país la adopción de un sistema legal especial que prevea una rápida indemnización de las víctimas”. (Parrilli, 2008, p.15)

Desde esa fecha a nuestros días se sucedieron numerosos proyectos de ley tendientes a lograr estos objetivos. Así, Halperin (1959) incluyó el “seguro obligatorio por responsabilidad por automotores” en su Proyecto de Ley General de Seguros (artículos 124 a 144).

Expresamente el ante proyecto de Ley General de Seguros de Halperin (1959) establecía particularmente para los seguros obligatorios por la responsabilidad por automotores que: “La víctima tiene una acción directa contra el asegurador” (artículo 132) y que “El asegurador podrá repetir contra el asegurado cuando indemnizó a la víctima por una suma que no debía según el contrato, o cuando el asegurado produjo el daño intencionalmente o por culpa inexcusable” (artículo 135). Por lo que el asegurador debía pagar a la víctima sin poder oponer defensa nacida del contrato y eventualmente accionar contra el asegurado por lo que hubiera abonado si conforme al contrato no debía hacerlo.

El mismo Halperin, en colaboración con Juan Carlos Félix Morandi y Rubén Stiglitz, en 1972 elevaron al Poder Ejecutivo otro proyecto de “ley de seguro obligatorio de la responsabilidad civil por el uso de automotores”. Igualmente es digno de mención el “proyecto de ley sobre limitación cuantitativa del daño y seguro obligatorio contra la responsabilidad civil por accidentes de automotores” (Expte. S44/02) presentado por Raúl Baglini, el 6 de marzo de 2002.

El cambio de los seguros de responsabilidad civil por los de accidentes personales es una tendencia que aparece con las leyes noruegas de 1912 y 1926, las de Finlandia de 1960, la de numerosos estados de Norteamérica, la ley de

Québec (Canadá) de 1977, la de Israel de 1975, la de India de 1982 y en América, las de Brasil, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Perú, Chile y Ecuador. Por medio de este esquema se establece un seguro personal por accidentes personales tomado por quien es titular o responsable del uso del automotor a favor de un beneficiario indeterminado pero determinable y por suma asegurada que establece la misma ley o la reglamentación. En tal sentido el proyecto de ley sobre “Sistema de Seguro Social Obligatorio para asistencia de personas que sufren lesiones en accidentes de tránsito” (Parrilli, 2008). En el mismo se fija un régimen de seguro de accidentes personales para víctimas de accidentes de tránsito apartándose del esquema del seguro de responsabilidad civil.

El decreto 692/92 del 27 de abril de 1992 fue aprobado y corregido por el decreto 2254/92 del 1 de diciembre de 1992 y luego, en igual sentido, la ley de tránsito 24.449 en su artículo 68, establecieron:

Seguro obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no...Este seguro obligatorio será anual [...] Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego...

Aparece entonces la diferenciación entre la obligación de contratar un seguro y el seguro obligatorio, entendido éste último como aquel que no sólo se encuentra impuesto en su obligación genérica de contratación sino el que impone también ciertas condiciones mínimas obligatoriamente reguladas por la ley. En tal sentido, el artículo 68 de la ley de tránsito sólo puede ser entendido por un dispositivo legal que obliga a contratar un seguro de responsabilidad civil automotor, pero no establece un régimen jurídico específico para estos seguros, -aunque lo delega en el órgano de control- ello significa que se aplica idéntico régimen jurídico que al seguro voluntario, esto es la ley 17.418 (Compiani, 2012).

Por otra parte aparece en la mencionada norma de seguro obligatorio automotor –aunque en forma muy acotada y poco utilizada en la práctica- una forma de seguro personal para cubrir los gastos de sanatorio y velatorio “sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego” (artículo 68, ley 24.449).

## II.5. Conclusión.

Podemos afirmar que en el seguro de responsabilidad civil la acción directa es la posibilidad que ostenta una persona contra el deudor de su deudor -la víctima contra el asegurador del responsable del daño-, sin presentar vínculo contractual, en beneficio de la garantía de cobrar el crédito nacido del perjuicio sufrido, en prelación a otros acreedores del asegurado y autorizada expresamente por la ley.

Dada su carácter de extraordinaria, la acción directa sólo es posible cuando la ley la crea y autoriza, pues opera con el objeto de que su titular –el tercero damnificado-, en sustitución del titular originario del crédito –asegurado-, ejerza la acción de cobro de ese crédito contra el deudor originario –asegurador-.

Más allá de la naturaleza jurídica que se le reconozca a la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, su existencia se debe a la necesidad de cumplir con la función del contrato.

Por un lado, procura proteger al asegurado ya que la facilitación del acceso a la indemnización por parte del tercero supone una mayor garantía de la indemnidad de su patrimonio que le es debida por el asegurador. Ello significa desde otro punto de vista, que el asegurador cumple su obligación frente al asegurado indemnizando adecuada y diligentemente al damnificado. Ello toda vez, que es la única forma de no alterar el patrimonio del asegurado en forma efectiva.

Por otro lado, intenta facilitar al damnificado el acceso a la indemnización en seguridad de su crédito y con preferencia a otros acreedores del asegurado. Es una herramienta más completa y eficiente que otros instrumentos más genéricos como las acciones subrogatoria u oblicua y revocatoria. La acción directa significa un menor dispendio de actividad jurisdiccional.

Se ha dicho que el seguro de responsabilidad civil tiene como mira principal la protección del asegurado, lo que significaría que el tercero es sólo un elemento necesario para que exista el riesgo. Como podemos apreciar ello no es así en la actualidad. La evolución del derecho de daños que impuso una búsqueda de obtener una recomposición de las víctimas dado el impacto social que ello

conlleva, motivó que se pusiera el acento, ya no en el asegurado, sino en el tercero respecto del contrato de seguro.

Una de las consecuencias más apreciables de ese cambio en la visión de la función del seguro de responsabilidad civil es la aparición del seguro obligatorio con especial referencia en los que tienen por objeto el uso de automotores. Estos hoy ya se encuentran en nuevo cambio y tienden a consagrar seguros personales, ya no patrimoniales, o, al menos, la combinación de ambos para lograr un resarcimiento más directo e inmediato.

## Capítulo IV La citación en garantía.

### IV.1. Introducción.

La citación en garantía es un mecanismo jurídico por medio del cual el asegurador es traído al proceso judicial donde se discute la responsabilidad civil del asegurado. Su ejercicio conforme al artículo 118 de la ley 17.418 puede ser efectivizado por el mismo asegurado -a la que llamaremos citación en garantía en sentido estricto-. También puede ser efectuada por el tercero damnificado, la que, para Halperín (2001) es una verdadera acción directa.

El mencionado artículo 118 no reconoce expresamente la acción directa, pero de algún modo termina permitiendo una solución equivalente, ello en virtud que requiere que la víctima deba accionar contra el asegurado para poder hacerlo contra el asegurador y, en consecuencia, traerlo coactivamente al juicio (Llistosella y Favier Dubois, 2002).

Si bien el asegurado puede ejercer sus defensas con las limitaciones que impone el mismo artículo citado, también motiva el silencio o incomparecencia sea, por imperio de las normas procesales, considerado como presunción en su contra.

Lo más destacado de la citación en garantía es que le extiende el asegurador los efectos de la sentencia en el proceso donde es citado en los límites del contrato de seguro.

La figura, que si bien tiene antecedentes en Italia, y fue reproducida por la legislación paraguaya, es creación propia de nuestro derecho y ha motivado diversas críticas y discusiones sobre su naturaleza jurídica.

Sin perjuicio del referido debate –que aún continúa-, la institución ha perdurado más de cuarenta y cinco años mostrando ser una solución intermedia que evitó plasmar legalmente el término acción directa lo que motivaba una resistencia en el mercado asegurador.

Intentaremos relevar los principales aspectos de esta figura y las cuestiones que se han suscitado en su entorno.

## IV.2. Antecedentes.

La citación en garantía reconoce su antecedente en la llamada a la causa del derecho italiano, la que se encuentra históricamente vinculada al privilegio que le reconoce esa ley al tercero damnificado respecto de la suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil. La llamada en garantía -o a la causa- surge del artículo 1917 del Código Civil italiano que la consagró y que ya regía en el derecho procesal Italiano por obra de Calamandrei. Esta es una institución de carácter procesal, no es de carácter sustancial, y originó lo que en Argentina se conoce como obligaciones concurrentes del asegurador y del responsable frente a la víctima. Se originan dos créditos. Uno con fuente en el hecho ilícito o en la responsabilidad contractual de que se trate y otro con una fuente normativa en el artículo 118 de la Ley de Seguros que merced a la existencia del contrato de seguro permite que la sentencia que se dicte en el proceso de daños promovido por el damnificado sea ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro (Compiani, 2005).

Con anterioridad a la vigencia de la ley 17.418 existía un plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal que sostenía que la víctima carecía de acción directa contra el asegurador (autos “Ianda, B. C/ Viejo Sixto y Otra” La Ley, T. 77, p. 11).

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reconocía la acción directa del tercero contra el asegurador (Llistosella y Favier Dubois, 2002).

Posteriormente el Poder Ejecutivo encomendó a Halperín un proyecto de Ley de Seguros ya que no ésta no existía sino en algunas escasas disposiciones sobre la materia en nuestro Código de Comercio. Así se generó el proyecto de ley general de seguros que incluía toda la temática, la del contrato y la de las entidades aseguradoras y su control (Halperín, 1959), consagrando, en su artículo 121, la acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable. Ese proyecto fue revisado por una Comisión también designada por el Poder Ejecutivo, la que en 1961 modificó este artículo 121 e introdujo la institución de la citación en

garantía, amén que le adicionó a ella la expansión de la cosa juzgada dictada respecto al responsable para hacerla extensiva al asegurador.

Fue recién en 1967, a raíz de un plan de elaboración de normas jurídicas producido en ese período, cuando una nueva Comisión Asesora integrada por Mitchenson, Fontanarrosa y Colombres generaron el proyecto definitivo que termina aprobándose como ley 17.418 sobre el contrato de seguros –ya que la normativa sobre las entidades aseguradoras y su control se sancionará mucho más tarde por ley 20.091- (Cima, 2013).

Con la sanción de la ley 17.418 y la incorporación del instituto de la citación en garantía aparece el debate sobre su naturaleza jurídica.

Halperín (2001) sostiene que existe un derecho propio y no una mera acción directa, por lo que la citación en garantía instaurada en el artículo 118 de la ley 17.418 no es más que reconocimiento de ese derecho que es autónomo ya que es reconocido no sólo por la ley sino por la naturaleza y objeto mismo del contrato de seguro de responsabilidad civil. Es consecuencia natural de los conceptos que define el artículo 109 de la mencionada ley, ellos son: 1.- Mantener indemne al asegurado y 2.- Indemnizar al tercero “cuanto deba a un tercero.

En este análisis estamos frente a un contrato establecido para cumplir con un tercero y, en consecuencia, la acción que se le concede no carece de autonomía ya que también nace del mismo. Luego, la citación que efectúa el tercero aunque se la denomine en garantía es una acción directa por el cumplimiento de la obligación que le es debida. En tal sentido, el asegurado también tiene un interés en hacer comparecer al asegurador al juicio donde se ventila su responsabilidad, pero la causa es la misma, el contrato y la obligación del asegurador de cumplir con la indemnidad que comprometiera.

Barbato (1996) sostiene que se trata de una acción directa no autónoma. A diferencia del autor antes referido no se trata de una acción directa, esto en el sentido de tratarse de una acción contra un obligado directo sino contra un tercero.

Como señala Morandi (1971), del texto de la ley no surge que el tercero damnificado adquiera del contrato o en virtud de una traslación *ex lege* un derecho

de crédito contra el asegurador. Él adquiere como consecuencia del hecho lesivo un derecho al resarcimiento frente al asegurado.

En este último sentido Boffi Boggero (1973), nos explica que la expresión acción directa se suele emplear en dos sentidos: uno de ellos cuando el acreedor le reclama en forma directa a su propio acreedor; el otro, cuando el acreedor le reclama al deudor de su deudor en la medida del crédito reclamado que le pague lo que le debe aquel. La primera podemos considerarla acción directa autónoma, mientras que la segunda no lo es.

Advierte Pérez Ríos (1997), que la ley 17.418 no puede constituir la fuente de un “derecho propio” que viabilice una “acción directa”, por cuanto de haber sido así, la ley no hubiera estructurado en el segundo párrafo del artículo 118, un mecanismo procesal para que en sede judicial, y no antes, el tercero pueda hacer extensiva su reclamación al asegurador; citación en garantía de la cual también puede hacer uso el asegurado conforme lo faculta el último párrafo del artículo.

Otra posición sostenida por alguna jurisprudencia afirma que la citación en garantía se trata de un remedio procesal en forma de citación de tercero al proceso y no una verdadera acción directa. En tal sentido, Morello (1975) nos explica que existen desde la faz procesal dos pretensiones, dos obligaciones traídas a un mismo proceso para darle el alcance que la ley le impone.

La modificación al Proyecto original hizo que Halperín (1970) manifestara que se estaba frente a un error terminológico, y que lo que la ley quiso establecer fue la acción directa del damnificado frente al asegurador, sin necesidad de tener que demandar asimismo al asegurado. Enseñaba dicho autor que, cuando el damnificado cita al asegurador, lo compele a intervenir como adversario suyo, por lo que en ese caso el texto legal no empleó la expresión “citar en garantía” en sentido técnico procesal.

Sobre la posibilidad de un error terminológico, se pronunció Michelson (1970), integrante de la Comisión redactora, rechazando esa posibilidad. Sostuvo que lo normado tuvo por objetivo dotar al país de un régimen legal viable que se correspondiera con la realidad local y no atentara contra las posibilidades de desarrollo de la técnica del seguro.

Para otra parte de la doctrina la citación en garantía instituida por el artículo 118 de la ley 17.418 no permite inferir que se trate del otorgamiento a la víctima de una acción directa contra el asegurador del responsable civil del daño (Stiglitz, 1970).

Fontanarrosa (1972) sostiene que la citación del asegurador del responsable por parte de la víctima no se trata de una acción directa sino de una encuadrada dentro de los supuestos procesales de la intervención coactiva. Por su parte, Steinfeld (1970) afirma que la citación en garantía no supone una auténtica acción directa, ya que no puede prescindirse del asegurado, debido que es menester que exista un juicio contra éste. Se trata, entonces, de una acción especial que siempre involucra al asegurado.

Para Soler Abreu (1970), la diferencia entre ambos institutos consiste en fundamentalmente en que la acción directa hace al asegurador deudor directo del damnificado; en la citación de garantía, el asegurador es un garante y obligado a pagar al damnificado en la medida del seguro. Otros autores sostienen que se trata de una acción directa no autónoma entre ellos Morandi (1971) y Palmieri (1970)

En efecto, el artículo 118 de la ley 17418 tan sólo faculta al tercero damnificado a convocar al juicio que a tal fin deberá promover necesariamente contra el responsable civil, al asegurador de aquél, para que la sentencia condenatoria que se dicte obligue también al asegurador de quien lo ha dañado a pagarle el monto de la condena en la medida de la cobertura. Para Cima (2003) el artículo 118 confiere, pues, al tercero víctima del daño, una legitimación procesal activa no autónoma, o sea una acción no autónoma en el sentido procesal, naciendo el derecho propio cuando el asegurador del responsable civil sea condenado por sentencia firme junto con su asegurado (Cima, 2003).

Respecto de esta postura que podríamos llamar procesalista, Halperín (2001) la explica diciendo que para ella el único acreedor del asegurador es el asegurado y que el tercero es un personaje ajeno al seguro, entonces mediante la citación en garantía aquel es acercado al proceso a fin de que al momento de dictar sentencia la pague. Para ellos es un mecanismo meramente procesal. En tal

sentido el referido autor considera que el asegurador se convierte en parte procesal con amplias facultades defensivas. No se trata de una mera información de la existencia del juicio sino una comparecencia obligada como una carga. Todo ello es consecuencia necesaria de que la condena que eventualmente puede dictarse hará cosa juzgada en su contra si quedara firme y pasible de serle ejecutada.

La naturaleza del litisconsorcio que se forma entre asegurado y asegurador citado en garantía surge de la necesidad del tercero de demandarlos en el mismo juicio donde se discute la responsabilidad del primero. La duda surge en qué tipo de litisconsorcio se establece, si uno facultativo o necesario. Pareciera que la necesidad de demandar al asegurado y asegurador en forma conjunta para poder lograr la condena del último impone considerarlo un litisconsorcio necesario. Pero la citación al asegurador es de por sí facultativa, ello quiere decir que sólo existirá esa necesidad si se pretende hacerle extensiva la sentencia. Entendemos que lo razonable es concluir, dada la falta de ejercicio desvinculado de la acción contra el asegurado y que se lo impone por ley, que se trata de un litisconsorcio necesario.

Cualquiera sea la posición que adoptemos sobre este instituto, lo cierto es que ha venido funcionando en nuestro sistema jurídico con algunas variantes hasta la fecha. Cabe evaluar si este sistema cumple con la función del seguro de responsabilidad civil, esto es, si logra la indemnidad del asegurado y la indemnización de la víctima del modo más adecuado al fin de ese contrato.

Para ello debemos analizar especialmente cuál es su verdadera función y utilidad. A fin de comprender la motivación efectiva para la cual fue desarrollado y su interacción entre los distintos actores en juego: el asegurado, el asegurador y la víctima o tercero damnificado.

### IV.3. Función y utilidad.

Entendemos que conforme su evolución, la citación en garantía ha cumplido el rol de atemperar los alcances de la acción directa, tal como había sido plasmada por el anteproyecto de ley general de seguros de Halperín, la que la instituía pero con debida citación del asegurado. La redacción final de la ley

17.418 -artículo 118- no contiene referencia alguna a la acción directa de la víctima contra el asegurador y ello generó la duda sobre su existencia o no en el seguro de responsabilidad, que aún se discute.

En primera instancia, se revela como indudable, un primer objetivo de la institución cual es, evitar que se deban promover distintas acciones para obtener la condena del asegurador.

En efecto, si no existiera esta figura, el tercero damnificado debería accionar contra el asegurado, el responsable directo del daño que pretende que se le indemnice, para luego, una vez lograda una condena firme, accionar contra el asegurador de éste.

Ese dispendio de actividad jurisdiccional y de costos causídicos, se simplifican al permitirle a la víctima y al asegurado traer al mismo proceso al asegurador.

El sistema tiene la misma lógica del contrato de seguro de responsabilidad civil. Como ya lo hemos expresado hay una función bifronte del contrato, un doble objetivo económico. Por un lado, mantener indemne al asegurado y por el otro, como consecuencia del primero, indemnizar a la víctima, tercero que busca agredir el patrimonio del asegurado en procura de la satisfacción de su crédito.

Los intereses que motivan las diversas acciones se encuentran en realidad cruzados.

Hay un interés que es común al asegurado y al asegurador: que el reclamo del tercero damnificado no prospere o, al menos, obtenga la menor indemnización posible.

Existe otro interés común al asegurado y la víctima: que el asegurador responda en esa denominada función de garantía, permitiendo al primero liberarse de su obligación resarcitoria en la medida del contrato y, al segundo, obtener lo que le es debido en razón de la responsabilidad civil de aquel.

Este entrecruzamiento de intereses se debate judicialmente en un único proceso debido a la figura de la citación en garantía. Ello no significa que no pueda ser analizado y discutido fuera de un juicio, de hecho lo es, pero todo cuestionamiento concluye con una sentencia firme.

El proceso donde se discute la responsabilidad del asegurado es también donde se discute la del asegurador, aunque la fuente de las mismas sea diverso, el resultado final, en la medida que impone el contrato y la ley es el mismo. Ello conduce a que el debate dentro del proceso habitualmente tenga una combinación de cuestiones. Así, existen defensas que llamaremos sustanciales o de fondo, cuales son las que tienen que ver con la responsabilidad de a quien se le reclama un daño; y defensas asegurativas nacidas del contrato. Entre éstas últimas, la ley distingue las que son oponibles a la víctima y las que no lo son.

Las defensas sustantivas son interés común del asegurado y del asegurador, mientras que las defensas asegurativas sólo lo son del último, ya que procuran eximirlo de su obligación de pagar a la víctima, si son oponibles a ésta, o le otorgan el derecho de repetir del asegurado lo abonado al damnificado, si no lo son.

Como podemos apreciar este entrecruzamiento, generador de no pocos conflictos potenciales, complejiza el proceso del reclamo, aunque significa un avance frente a un sistema que no prevea la posibilidad de discutir en el mismo juicio ambas responsabilidades, la del asegurado y la del asegurador.

La facultad que se le concede al asegurador de oponer ciertas defensas al tercero facilita la dilación de los procesos aunque garantiza su mayor derecho de defensa.

La cuestión, entonces, ronda en el principio que se debe hacer prevalecer: el de la víctima a acceder a la indemnización o el del asegurador a ejercer su defensa con mayor plenitud.

Se afirma que la citación en garantía en sentido estricto es sólo aquella que efectúa el asegurado, ya que la que realiza el tercero damnificado es una verdadera demanda (Moisset de Espanés, 2012).

La distinción se enlaza con el ya analizado debate sobre si se trata de una acción directa o no y, de serlo, si tiene autonomía y, en su caso, cual es su categorización.

#### IV.4. Efectos y alcances.

El artículo 118 de la ley de contrato seguro en su parte final establece que tanto el tercero como el asegurado pueden citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos.

Para los que consideran a la citación en garantía como un instituto procesal, la que efectúa el asegurado puede asimilarse a la llamada en garantía o al pedido de intervención de terceros receptados en los códigos procesales. La particularidad que distingue el sistema del artículo 118 de la ley 17.418 es que establece un régimen especial con relación a las actitudes procesales que puede asumir la aseguradora citada en garantía. En tal sentido, es importante destacar que en general las leyes procesales no prevén expresamente la citación en garantía, sino la citación del tercero (Cima, 2013).

Surge entonces la cuestión respecto de la calidad procesal que adquiere el asegurador en el proceso donde es citado en garantía. Las posibilidades son en principio tres.

- a.- Demandado, en el supuesto de citación por el tercero damnificado.
- b.- Tercero citado en los términos de las normas procesales locales.
- c.- Citación especial prevista por la ley de fondo de naturaleza diferente a las anteriores.

El primer interrogante que se genera en la doctrina es si el asegurador participa en el proceso donde se discute la responsabilidad de su asegurado como parte. Esto entendido en el sentido que posee la plena legitimación para actuar en juicio.

De sostenerse la posición doctrinaria que considera que el artículo 118 establece un supuesto de acción directa no autónoma del damnificado frente a la aseguradora, debe considerarse que el asegurador asume la calidad de parte en el proceso (Stiglitz y Trigo Represas, 1977). Entonces, si nada impide que se entable demanda directa contra el autor del daño y su asegurador, éste se constituye en litisconsorte pasivo autónomo. Ello significa que si bien en principio adhiere a la posición de una de las partes, puede oponer defensas autónomas, diferentes de las opuestas por el asegurado.

Señala Stiglitz (1970) que la citación en garantía prevista en la ley 17.418 es un supuesto de intervención coactiva, estableciéndose en el artículo 118 sus alcances y efectos. Consecuencia de ese régimen es que el asegurado debe haber comparecido previamente o, ante su incomparecencia, declarado rebelde, para que pueda ordenarse válidamente el traslado de la resolución judicial que cita en garantía al asegurador.

En cuanto al tiempo en que puede producirse la citación en garantía la misma norma legal estipula el plazo: hasta que quede firme el decreto de apertura a prueba conforme los diversos sistemas procesales. La citación del asegurador deberá hacerse con las mismas formalidades y plazo que para el traslado de la demanda (Simone, 1975).

Para Halperín (2001), esta disposición pone en resalto la importancia que el legislador le ha querido dar cabida al asegurador dentro del proceso donde se discute la responsabilidad del asegurado. Esto le permite afirmar que se trata de “un aspecto más que se suma a los varios que sirven para otorgar a tal citación en garantía el carácter de una verdadera demanda formulada por el actor en ejercicio de un derecho propio y, por ende, directo” (p. 757). Refuerza este pensamiento que el plazo otorgado por el artículo 118 de la ley 17.418 es más extenso que el de la citación de tercero de los códigos de procedimientos locales. Mientras el primero permite la citación en garantía hasta que se produzca la apertura a prueba, los segundos establecen que “el actor en el escrito de demanda, y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar demanda, según sea la naturaleza del juicio, podrán solicitar la citación de aquél a cuyo respecto consideren que la controversia es común.” (artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y del Código Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires).

La forma de la citación en garantía es la que se aplica en las normas procesales al traslado de la demanda, ello incluye el de la documentación y prueba acompañada y ofrecida respectivamente. No se impone que deba haber sido previamente notificado el asegurador, simplemente se requiere que haya sido demandado simultáneamente. Por lo que es irrelevante quien se encuentra

notificado primero, pero será menester que antes de la apertura a prueba se encuentre trabada la litis también con el asegurado. Ello en virtud que, caso contrario, no podrá proseguir la acción contra el asegurador y por lo tanto no será factible dictar sentencia válida contra éste.

Existe la posibilidad que el tercero damnificado desista de la acción contra el asegurado luego de abierta la causa a prueba, en este caso desistimiento lo privará del acceso a la indemnización de parte del asegurador.

El domicilio donde debe efectuarse la citación al asegurador es el legal de éste. Sin embargo, una parte de la doctrina sostiene que pueda ser citado ante una sucursal o agencia, siempre que se haya emitido allí la póliza o contraído la obligación cuyo cumplimiento se persigue por el sistema de la citación en garantía (Drajer, 1973). Entendemos que debe prevalecer el criterio más amplio ya que la función social del seguro de responsabilidad civil y la protección al tercero damnificado lo justifica. Es así que, si el asegurador distribuyó su actividad comercial en sucursales y agencias, lo hizo para su mejor desenvolvimiento y deberá responder por sus consecuencias. Por supuesto nos referimos a un domicilio real del asegurador y no el de meros productores asesores de seguros u otras personas relacionadas comercialmente pero con estructura propia -como por ejemplo, las entidades bancarias-.

Para Soler Aleu (1968), el asegurador citado en el proceso que se tramita entre damnificado y asegurado, puede adoptar dos posiciones: a) comparecer en el proceso y oponer las defensas de que está facultado para liberarse, y b) no comparecer en el proceso, no obstante estar debida y legalmente notificado de la citación que se le hace.

La ley 17.418 impone una competencia opcional para efectivizar la citación en garantía, que afecta la que corresponde a la de la acción del damnificado contra el responsable del daño. Así, se permite al damnificado accionar en el lugar de producción del hecho donde nació la responsabilidad o el del domicilio del asegurador (artículo 118). Cada ley procesal local regula las reglas de distribución de competencia territorial utilizándose como criterio general para el caso de acciones personales ejercidas por cuestiones de responsabilidad extracontractual

la competencia del juez del lugar o, si lo prefiriese el actor, el del domicilio del demandado (Cima, 2013). La norma de la citada ley de seguros es sin dudas una modificación pacíficamente aceptada de los regímenes procesales locales.

Esta variación en el régimen de la competencia de las normas procesales en general fue reconocida como una especie de triple fuero optativo que procura brindar protección al tercero damnificado para el ejercicio de la acción sustancial y la citación al asegurador.

Puede suceder que ante la citación en garantía, el asegurador la desoiga y no se presente en el proceso para admitir o declinar la misma.

Según la concepción que se tenga sobre la participación de la aseguradora en el procedimiento -esto es, si se está frente a una acción directa no autónoma del damnificado frente al asegurador, o si por el contrario, se trata de una citación en garantía efectuada con ciertas particularidades por el demandante-, será la solución que se adopte para el caso de que el demandado no se apersona en el proceso.

Los que sostienen la primer postura consideran que procede la declaración de rebeldía (Simone, 1975); lo que están en contra de la existencia de una acción directa afirman que la rebeldía es un instituto ajeno a la citación en garantía del asegurador y que las consecuencias que tiene la incomparecencia de la aseguradora son los señalados taxativamente en el artículo 118 de la Ley de Seguros en cuanto a la extensión de la cosa juzgada y su eventual ejecutoriedad (Cima, 2013)

Sin perjuicio de ello, se ha sostenido que, en virtud de la relación entre asegurado y asegurador, una eventual sentencia de condena contra el primero sí podrá ser opuesta por éste al asegurador a los fines de que este último efectivice su obligación de resultado consistente en mantenerlo indemne de cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil afirmada en un pronunciamiento firme. (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, in re: "Alvarez, A. c/ Valle, A."). Por supuesto, y como se sigue de la misma norma que fija las consecuencias de la citación en garantía del asegurador, es preciso tener en claro que no puede condenarse a una aseguradora que no ha sido convocada al proceso.

Respecto de las posturas procesales que puede asumir la citada en garantía existen dos posibilidades: acatar la citación en garantía y admitirla, o bien rechazarla y contestarla oponiendo las defensas que permite la ley. Esto último supone controvertir incidentalmente la procedencia de esa citación, alegando defensas que, de prosperar, constituyen obstáculos a la relación asegurativa o de garantía que se pretende hacer valer en el proceso principal.

En el caso de que la compañía aseguradora asuma la cobertura asegurativa y, por lo tanto, la citación en garantía, asumirá también la condición de parte en el proceso con los alcances y términos que fija la mencionada norma de la ley 17.418.

Con relación a las defensas oponibles, la norma legal establece cuales son las que la aseguradora puede oponer al tercero damnificado. O, dicho en sentido inverso, cuales son las que le son inoponibles a la víctima en el proceso donde la aseguradora es citada al juicio. Que algunas defensas resulten inoponibles al tercero no significa que no puedan ser ejercidas contra el asegurado. Lo que la ley impide es que sean esgrimidas en el proceso donde se ventila su responsabilidad y en contra del damnificado. En consecuencia, y para el caso que la aseguradora sea condenada a abonar la indemnización con motivo de no poder oponer dichas defensas, podrá accionar contra el asegurado en procura de que le reintegre lo indebidamente abonado.

Esta imposibilidad de ejercer ciertas defensas ha sido motivo de análisis en el sentido de sostener que la declamada falta de autonomía de la acción que ejerce el tercero dañado contra el asegurador del responsable civil no era tal.

En efecto, si no existe acción directa del tercero contra el asegurador, la distinción entre defensas oponibles e inoponibles carece de sentido. Si el asegurador es obligado frente al tercero en razón de su relación con el asegurado es ésta y ninguna otra situación la que pueda poner límite a aquella.

Halperin (2001) al explicar los caracteres de la citación en garantía sostiene que se trata de una acción directa derivada de la calidad de acreedor directo del tercero contra el asegurador, que nace desde el momento del accidente o evento dañoso. Requiere de la existencia de un crédito del tercero contra el asegurado

conforme lo previsto en el contrato. Sostiene, además, que configura una acción principal y no subsidiaria ni subordinada a ningún recaudo previo ya que se debe citar al juicio simultáneamente al asegurado y al asegurador hasta la apertura del juicio a prueba. Esa citación debe efectuarse aunque exista condenación en sede penal porque el asegurador puede alegar su liberación en el proceso civil. La citación en garantía efectuada por el tercero es para este autor una verdadera demanda que ejerce en nombre propio, sin invocar título alguno del deudor, ni declaración judicial previa y dará derecho al asegurador a subrogarse en los términos del artículo 80 de la ley 17.418.

A su vez, siguiendo esta postura, la sentencia hará cosa juzgada si se observa el procedimiento previsto en la ley pero no existe solidaridad entre asegurador y asegurado ya que contra el primero no hay un crédito sino una acción para cobrarse sobre lo adeudado contra el asegurador. Es que la víctima se pone por encima del crédito del asegurado contra el asegurador. Esta acción contra el asegurador no excluye la que pueda ejercer contra el asegurado por el saldo de la indemnización no satisfecho por el asegurador.

Las defensas que resultan inoponibles conforme el artículo 118 de la ley 17.418 son aquellas nacidas con el siniestro. Este último debe ser entendido como el hecho generador de la responsabilidad, por lo que esencialmente consistirán en el incumplimiento de las cargas de denunciar el reclamo y el hecho del que nació la responsabilidad (artículo 115, ley 17.418), de transar o reconocer su responsabilidad sin anuencia del asegurador (artículo 116 párrafo segundo, ley 17.418), de la información complementaria del artículo 46 de la referida ley, y de salvamento y verificación de los daños (artículo 72 de la ley referida). Tampoco serán oponibles al tercero damnificado aquellas defensas relacionadas con el incumplimiento de cargas convencionales que generen caducidad del derecho a la indemnización que deban ser cumplidas con posterioridad al siniestro (artículo 36 de la ley citada), así como tampoco la carga de cederle al asegurador la dirección del proceso judicial.

En razón de las defensas que puede alegar el asegurador, vuelve a generarse el conflicto de posiciones según se considere como parte o no al

asegurador interviniente en el proceso. La cuestión es la forma que se puede interpretar el artículo 118 de la ley 17.418 que textualmente expresa: “La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro” y luego agrega “el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”. Puede afirmarse que el asegurador concurre en razón y en la medida del contrato de seguro con su asegurado. De ello puede considerarse que sólo concurre a ese fin, cual es hacer valer las defensas y alcances del contrato y, luego cumplir la condena en esa medida. Esto permitiría sostener que sólo sobre ello puede el asegurador alegar y no sobre las cuestiones sustanciales del proceso donde es traído y que atañen a la determinación de la responsabilidad civil de su asegurado.

Entonces, si se lo considera parte, el asegurador tiene la carga de contestar la demanda y puede oponer cualquiera de las defensas que pueda esgrimir el demandado directo. Ahora, si se lo considera un tercero, la actividad principal corresponderá al demandado directo, siendo la presencia y actividad de la aseguradora al respecto completamente secundaria y limitada a la cuestión asegurativa.

En el seguro de la responsabilidad civil existe, por un lado, la carga del asegurado de otorgarle al asegurador la dirección del proceso y, por el otro, a éste la obligación de asumir dicha dirección (Halperín, 2001). Para ello, el asegurado debe prescindir de la dirección del proceso siendo la forma más habitual de su concreción el otorgamiento de un mandato suficiente al procurador que le indique el asegurador debiendo realizar las diligencias procesales personales que sean requeridas. Debe observar una conducta absolutamente pasiva, acatando estrictamente la cláusula, salvo que el asegurador se rehúse a proseguir defendiéndolo o se niegue a asumir esa defensa. Pero la dirección del proceso no significa simplemente la designación de un letrado para que actúe en nombre del asegurado sino que significa que la aseguradora va a ser quien desarrolle la estrategia procesal a seguir en el procedimiento judicial incoado en contra de ella y su asegurado, debiendo éste someterse a las decisiones de aquélla.

Por su parte, el asegurador se halla en libertad de litigar o transar, pero incurrirá en responsabilidad si rechaza una transacción aceptable, o la rechaza sin una investigación adecuada acerca de la responsabilidad, o lo hace sin dar cuenta al asegurado (Cima, 2013).

La posibilidad de un conflicto entre el asegurado y el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, sobre todo frente al cumplimiento de la carga específica de ceder la dirección del proceso no ha sido prevista ni en la ley especial ni en las pólizas de uso en el mercado asegurador (Stiglitz, 1997).

Ciertamente las hipótesis de conflicto son numerosas. Podemos mencionar algunas, quizás las más comunes: la suspensión de cobertura (artículo 31 de la ley 17.418) y el dolo y la culpa grave (artículo 114 de la ley 17.418). En ambos casos, mora en el pago de la prima, o la causación del hecho que genera la responsabilidad del asegurado con intención –dolo- o una muy importante, diríamos exagerada, falta de diligencia, pericia o prudencia –culpa grave- supone la eximición del asegurador de cumplir con la obligación asumida en el contrato.

La suspensión de cobertura, entonces, incide en la obligación principal del asegurador ya que no se garantiza el riesgo, a pesar que el contrato subsiste. Dicha suspensión se mantiene mientras dure la mora de las primas vencidas. Pero su pago no tiene efectos retroactivos. Esto es, mientras la cobertura está suspendida el asegurador se encuentra temporariamente liberado de la obligación principal para el supuesto que se verifique un siniestro en ese plazo.

Los supuestos de dolo y culpa grave son delimitaciones subjetivas del riesgo, hipótesis que por razones técnicas o de orden moral no se encuentran incluidas entre los asegurables –aunque la ley permite asegurar la culpa grave y no el dolo-.

En cualquiera de esas hipótesis, surgen conflictos de intereses que no hacen caer el contrato y que, por lo tanto, dejan subsistentes las demás obligaciones del asegurado complicando más ese entrecruzamiento de los mismos.

Puede advertirse en la particular situación de los contratos de seguro de responsabilidad civil, en especial los que cubren la práctica profesional, es la limitación temporal de la garantía por medio de la cláusula *claims made* o base reclamación -la traducción literal que me pertenece es reclamo hecho-. Según ella,

el reclamo debe efectuarlo la víctima dentro de la vigencia del contrato de seguro o, en algunos supuestos, dentro de uno o dos años siguientes desde su finalización. Esta cláusula que reconoce diversas variantes como la que permite cubrir hechos del pasado conforme lo establecido por el artículo 3 de la ley 17.418 siempre que el reclamo se efectivice durante la vigencia. Es el supuesto de la denominada cobertura de pasado desconocido o también denominada retomar el pasado desconocido –por su origen en francés: reprise du passé inconnu-. La misma establece que se entiende como hecho acaecido a que refiere el artículo 109 de la ley 17.418 es el reclamo y no el hecho generador.

Existe en consecuencia un claro conflicto de intereses ante la posibilidad de un reclamo fuera del período de vigencia, a pesar que el hecho que genera la responsabilidad si se encontrara dentro de ese plazo. Pero además, se ha venido planteando su inaplicabilidad toda vez que la norma del artículo 109 de la ley de contrato de seguro tiene carácter imperativo y, como tal, no puede ser contrariada contractualmente. Para parte de la doctrina, se trata de una norma necesaria que limita la autonomía de la voluntad por lo que no puede ser modificada por condiciones generales predispuestas como las contenidas en la póliza (Stiglitz y Stiglitz, 1993).

Respecto de los medios de prueba, la cuestión se relaciona también con la situación procesal que posee el asegurador. Si el asegurador es considerado parte podrá utilizar de todos los medios probatorios que el ordenamiento legal le permita. Pero, a su vez, si su presencia es solamente a los fines oponer defensas nacidas del contrato, le estaría vedado ofrecer prueba que no sea dirigida a tal fin. Entendemos que esto último sería abusivo y contrario a los principios generales del derecho de defensa.

La exclusión de cobertura o no seguro o no garantía suponen la limitación o exclusión de riesgo. Ello significa que, al no estar dentro de la hipótesis prevista en el contrato, el asegurador no se encuentra obligado a garantizarlo.

Es por eso que la doctrina habla de no seguro, ya que es un riesgo distinto al asegurado. Existen exclusiones de dos tipos, la directa que son los casos donde el asegurador explícitamente y en una fórmula negativa declara no cubrir el riesgo

(Cámara Nacional Civil, Sala B, in re: “Musante, J. C/ La Agrícola”) y la indirecta que son aquellas que no están dentro del marco definido de la descripción del riesgo, o sea, que no hay una expresa negación sino una falta de inclusión en la enunciación positiva de la póliza.

Conforme Stiglitz (1997), no importa la teoría que se adopte respecto de la carga probatoria de la exclusión de cobertura, la misma será atribuida al asegurador. Como el mismo afirma:

En efecto, si adoptamos la tesis de lo normal y lo anormal, o de la regla y la excepción, concluiremos que, la exclusión de cobertura es la excepción a la regla, pues el contrato de seguro tiene por objeto (es lo normal, la regla), la cobertura de toda clase de riesgos si existe interés asegurable (art. 2, ley 17.418) (p. 424).

Por lo que lo excepcional, lo anormal, es la exclusión porque es un hecho impeditivo de la constitución del derecho que se pretende. Entonces, es el asegurador el que debe probar el hecho aducido. Ello en virtud de que, como expresa Chiovenda (1925), lo que se constituye como normal es la regla y lo anormal es lo que debe ser probado. Así, el asegurado y el tercero deberán probar la existencia del contrato y la producción del siniestro, siendo carga del asegurador probar la exclusión de cobertura.

El mayor conflicto puede suceder cuando el asegurador desconoce su obligación indemnizatoria o la reconoce sólo parcialmente, como es el supuesto de la existencia de una franquicia o descubierto obligatorio. En otras palabras, cada vez que el asegurador alegue que su obligación contractual de mantener indemne se encuentra acotada por los términos del contrato, nos encontraremos frente a un potencial conflicto con el asegurado y el tercero.

Ahora bien, lo cierto que como el mismo artículo 118 de la ley 17.418 indica, el asegurador siempre responde “en la medida del seguro”. Debemos considerar y destacar que la responsabilidad del asegurador es siempre limitada a los términos del contrato, mientras que la del asegurado en cuanto responsable civil, no siempre tiene limitada su responsabilidad. Esto es consecuencia natural de los distintos orígenes que tiene cada obligación. Por lo tanto, podemos afirmar que siempre existe un conflicto potencial que sólo se concretará en la medida que el

asegurado sostenga la inexistencia, abusividad o inaplicabilidad de alguna parte del contrato de seguro.

Fuera de ese supuesto, y como los adelantáramos, existe un interés común entre el asegurado y el asegurador frente al reclamo del damnificado, su rechazo total o parcial.

Es por ello que resulta inadecuado impedir al asegurador alegar y probar sobre los hechos que se le imputan al asegurado como fundamento de su responsabilidad civil.

Los alcances de la sentencia que se dicte en el proceso en el cual interviene la aseguradora citada en garantía se extienden a la aseguradora y se podrá ejecutar en su contra en la medida del seguro.

Dichos efectos tienen como único requisito previo la citación en garantía realizada en tiempo y forma. Así lo ha sostenido abundante jurisprudencia siguiendo puntualmente el texto legal. (Cámara Nacional Comercial, Sala A, in re: "Carnevale c/ Scovazzi"; Sala E in re: "Sud América Terrestre c/ Urricariet"; Cámara Nacional Civil, Sala A, in re: "Pérez c/ Transporte Automotor Luján"; sala D in re: "Compañía de Seguros Minerva Sociedad Anónima c/ Lamas Cerqueiro"; Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, sala III, in re: "La Holando Sudamericana Compañía de Seguros c/ Transportes Aéreos").

Respecto de la forma que asumen dentro del proceso las defensas que puede oponer el asegurador nuestra jurisprudencia las ha denominado genéricamente defensas de "no seguro". En tal sentido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que:

La exclusión de cobertura (o riesgo excluido o evento no cubierto o no seguro) existirá siempre que el siniestro tenga lugar en ocasiones que en el contrato se prevén como no idóneas para hacer funcionar la garantía del asegurador (en el caso, la invocada utilización del rodado para explotación de remise) (in re: "Duarte, Mario c/ Altamirano, Roberto y otro. s/ Daños y perjuicios", párr. 21°).

Tal noción general incluye todas aquellas circunstancias que no aparecen dentro de la descripción positiva o negativa del riesgo que efectúa el contrato.

La concepción del instituto de la citación en garantía aparece ligada, en un principio, al proceso judicial civil, pero, como advertimos, también se involucran otros aspectos que merecen ser analizados.

Uno de ellos es la situación prevista por la misma ley 17.418 en su artículo 110 inciso b) donde se establece la obligación de pagar las costas de la defensa penal del asegurado “cuando el asegurador asuma esa defensa”. De la lectura de esa norma surge la obligación de pago como ligada a la defensa en el proceso penal si esta es asumida, con lo que aparece como una facultad y no una obligación ejercerla.

Por supuesto que, como ya expresáramos, en la cuestión sustancial, esto es, el debate sobre la existencia y alcances de la responsabilidad civil del asegurado, hay un interés común de éste y del asegurador. Por eso, una correcta defensa en sede penal le permitirá al asegurador al menos evitar una segura condena civil para el supuesto que se determine su responsabilidad en el ámbito represivo.

Entonces, la participación en el proceso penal no tiene claramente el carácter de citación en garantía, pero, al igual que la presencia del asegurador en el proceso civil, obedece a un interés del asegurador en función de su obligación contractual.

Los reclamos de los terceros damnificados en ocasiones no se efectúan en un proceso judicial civil, sino fuera de él. A estos planteos se los denomina extrajudiciales y suelen ser presentados directamente ante el asegurador, sin siquiera la participación directa del asegurado. A este medio, habitual y generador del pago de una gran cantidad de indemnizaciones de seguros de responsabilidad civil, se suman los modos alternativos de resolución de conflictos, particularmente, la mediación que según las diversas normas de cada jurisdicción pueden ser privadas –sin participación de órgano judicial- o judiciales, previas al proceso o dentro de éste.

En esos modos alternativos la participación del asegurador sigue básicamente y conforme su naturaleza específica, las reglas de la citación en garantía. En tal sentido, si es requerido el asegurado, éste citará a su asegurador

para que comparezca a la audiencia respectiva, lo que no obsta que sea el mismo damnificado el que lo requiera directamente.

Podemos destacar de cualquiera de estas alternativas que el asegurador no requiere necesariamente más que la denuncia del hecho generador de la responsabilidad por parte de su asegurado para atender el reclamo del tercero.

El asegurador con vocación de cumplimiento de su contrato se adelanta y trata de evitar los costos y dificultades de un proceso judicial llegando a un acuerdo transaccional o abonando la indemnización en forma directa y sin participación del asegurado. Esto es práctica cotidiana en la actividad aseguradora de la rama responsabilidad civil. Más aún, es lo deseable en función del objeto del contrato.

Esto nos lleva a revisar el concepto de acción. Este no se limita a la actividad procesal judicial sino que supone una variable de mecanismos que sin alcanzar ese estadio suponen una concreta agresión al patrimonio del asegurado al que el asegurador debe mantener indemne en cumplimiento del contrato en cuestión.

Nos dice Palacio (1977) que la demanda es un acto de iniciación procesal, la que se diferencia de la pretensión. No supone necesariamente un conflicto entre partes y consiguiente reclamo de una sentencia que lo resuelva, sino que es simplemente una petición ante un órgano jurisdiccional por una persona distinta de éste, en forma fundada para que se inicie y tramite un determinado proceso.

Debemos distinguir la pretensión de la demanda, si bien ésta última normalmente coincide, lo cierto es que aquella puede producirse en otros momentos de un proceso y, además, una demanda puede incluir diversas pretensiones.

En tal sentido debemos diferenciar la acción de la pretensión y ésta de la demanda. Como nos explica el mencionado autor, la doctrina moderna distingue entre el derecho subjetivo y la acción para hacerlo valer. Ese poder para provocar la actividad jurisdiccional requiere un derecho previo fuera del proceso. De ese derecho nace una pretensión que es el supuesto de la actividad procesal.

La demanda es la forma de ejercer la acción pero no debe confundirse con la pretensión pues aquella es el derecho en cuya virtud la pretensión puede ser llevada a la consideración de un órgano judicial.

Del análisis efectuado se sigue que la pretensión no es un derecho, sino un acto que se caracteriza por ser la declaración de voluntad por la que se peticona. La pretensión sustancial es la facultad de exigir, mientras que la pretensión procesal es el ejercicio de ese acto dirigido al órgano decisor. Respecto de los caracteres de la pretensión procesal podemos sostener no es un derecho sino un acto y debe deducirse frente a una persona distinta de la reclamación, pues en su base supone un conflicto de al menos dos partes.

Por último, su configuración jurídica necesita la afirmación de un derecho o de una consecuencia jurídica derivada de determinada circunstancia aunque luego éste no sea acorde a derecho. Por ello la pretensión debe tener entre sus elementos al menos tres sujetos –el que la formula, ante quien se lo hace y frente a quien se la formula-, un objeto, esto es una concreta solicitud, la causa o fundamento que la justifica y las circunstancias en que se desarrolla –lugar, tiempo y forma- (Palacio, 1977).

El reconocimiento de una acción emergente de un crédito no se limita a la demanda en sentido estricto sino a la reclamación en sentido más amplio.

El asegurador diligente puede no esperar el reclamo y aprontarse a pagarlo antes de que se produzca. Esa actitud, lejos de reprochable, es recomendable toda vez que agiliza el cobro al tercero damnificado y supone el cumplimiento del deber de garantía o indemnidad que exige el seguro de responsabilidad civil. Nadie podrá alegar que ese pago es en inválido o apresurado, por el contrario es prudente y preventivo.

Esto último hace cuestionar si realmente no existe un reconocimiento de la acción directa. El cumplimiento de la obligación impuesta en el seguro de responsabilidad civil en su doble función, genera que el fiel cumplimiento del mismo imponga la necesidad del asegurador de no esperar a ser citado al proceso judicial.

Se puede sostener que ese obrar diligente no importa suponer el reconocimiento de la acción al tercero damnificado y menos aún de un derecho, pero, si el patrimonio aún no se encuentra concretamente afectado, podría cuestionarse el motivo de ese pago. Lo cierto es que el reclamo se encuentra al menos insinuado o en potencia. Además, el asegurador suele llegar a un acuerdo transaccional el que supone concesiones recíprocas sobre derechos dudosos o litigiosos, esto es no necesariamente consolidados. De tal modo lo define el artículo 1641 del Código Civil y Comercial al expresar: “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

Respecto de la determinación del alcance de la obligación del asegurador, la sentencia se hará extensiva contra éste en la medida del contrato, lo que significa cuantitativamente que existe un límite máximo –la suma asegurada- y uno mínimo –la franquicia o descubierto obligatorio-. Dichos toques que resultan técnicamente necesarios para el seguro a los efectos de determinar el alcance del objeto del contrato, esto es el riesgo y, en consecuencia, la prima.

Por ello se requieren parámetros para su determinación. Así, una suma asegurada muy exigua tornará ineficiente el contrato y a su vez, una muy alta obligará a fijar primas poco competitivas en el mercado asegurador. En igual sentido una prima que no se corresponda con tales valores será excesiva o insuficiente según sea el caso.

Desde ese punto de vista, aparece como inconveniente la diversidad de criterios judiciales para la fijación de los montos indemnizatorios.

Como lo sostiene Morandi (Sanchez, 2001) resulta importante la unificación de parámetros para que sea factible garantizar a las víctimas o a sus derechohabientes, una indemnización precisa y rápida, que sea determinada en un proceso judicial lo más breve posible, ya que la demora es equivalente en la realidad a una negación que termina borrando la función que necesariamente debe cumplir la reparación, ello sobre todo, frente a los problemas que suscita la incapacidad laboral o el desamparo económico en tales casos. Para una efectiva

indemnización de los daños resulta necesario que existan mecanismos eficientes y diligentes que permitan el logro de ese objetivo en plazos y trámites razonables.

Existe un importante reclamo de los aseguradores -acompañado por parte de la doctrina- (Sanchez, 2001) con relación a los daños corporales y, en particular, los vinculados con la estimación del valor de la vida humana para que se establezcan de manera tarifada.

La determinación del daño en la sentencia es entonces una preocupación de los aseguradores como modo de obtener una mayor certidumbre en el riesgo.

La doctrina española distingue la reparación *in natura* de la indemnización de los daños y perjuicios. La primera es la real restitución al estado anterior de las cosas, como, por ejemplo, la restitución de un bien igual al destruido, mientras que, la segunda se produce cuando el cumplimiento "in natura" no es factible, lo que ocurre habitualmente, deberán abonarse en la indemnización correspondiente (Santos Morón, 2014).

Un baremo consiste en la aplicación de una lista o repertorio de tarifas, un conjunto de normas establecidas para evaluarlos. Es un mecanismo de homogeneización de las decisiones judiciales cuyo objetivo principal es tasar la prueba de los daños para eliminar, o reducir, las diferencias en los montos compensatorios o indemnizatorios de daños similares.

La doctrina coincide, en general, con el problema, representado por el hecho cierto de acordarse sumas considerablemente distintas como compensación de daños análogos. La postura que remarca la necesidad de baremos pretende resolverlo, pero se contrasta con el principio general de la indemnización plena establecida por el artículo 1740 del Código Civil y Comercial. Dicha norma la define estableciendo que "Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso sea por pago en dinero o en especie."

En los fundamentos del proyecto de ley que devino en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, se afirma que ante "toda esa variedad, y teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se decidió consagrar, como principio general, la reparación plena." Pero luego sostiene que como todo principio debe

“lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse limitación por medio de leyes especiales” (Zannoni, Mariani de Vidal, Zunino, Shina, y Ramos, 2015, p. 471).

Nos dice Lorenzetti (1999) que es admisible la pluralidad de sistemas compensatorios por no ser lo mismo -entre otros ejemplos que da- un accidente de tránsito que la responsabilidad precontractual. Agrega que por esa razón surge el derecho estatutario en la responsabilidad civil. Naturalmente que la reparación limitada o tarifada no es novedosa en el derecho comparado, ni lo es en el interno. Afirma que la diferencia no se encuentra en las víctimas y los daños sufridos, sino en la capacidad de pago de los deudores y los bienes afectados, de allí que cada subsistema tenga su economía interna. Finalmente sostiene que la compensación no consiste en algo ontológicamente equivalente, ya que se la busca a través de sustitutos, como lo es el dinero, y se juzga sobre la base de la previsibilidad ordinaria de las consecuencias.

Gregorio, Alvarez y Highton (1997) afirman que el tema de la cuantificación del daño y su relación con el seguro se inscribe en la problemática general del análisis económico del derecho. En líneas generales, este enfoque tiende a explicar el sistema jurídico tal cual es en términos de economía descriptiva para recomendar cambios o políticas legislativas que permitan lograr determinados objetivos expresados -generalmente- en términos de maximización, equilibrio, y eficiencia. Los conceptos económicos que se utilizan permiten una mejor explicación del derecho pero no eliminan ni reemplazan ninguno de los conceptos legales.

En algunos países existen fórmulas pormenorizadas para calcular la cuantía del daño. En España nos explica Roca Trías y Navarro Michel (2011) no existen prevenciones normativas ni baremos generales para cuantificar de manera uniforme y objetiva la indemnización. Sin embargo, en ese país el real Decreto Legislativo 8/2004, del 29 de octubre, que unifica la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, establece una tabla de valoración de daños personales derivadas de accidentes de tránsito, que son vinculantes

para este tipo de responsabilidad y meramente orientativo para los demás supuestos.

#### IV.5. Conclusión.

Hemos revisado las diversas concepciones doctrinarias sobre la naturaleza de la citación en garantía dispuesta por el artículo 118 de la Ley de Seguros y la repercusión en diversas vicisitudes procesales que implica el considerar al asegurador como parte en el proceso o como un tercero interviniente en el mismo.

Resulta en un principio más adecuada a la génesis y función de la citación en garantía entender al asegurador como parte en el proceso. Ello, toda vez que el asegurador defiende un interés propio, más allá del interés de su asegurado. Esto es así debido a que del juego de interrelación de conflictos potenciales existe un frente común entre el asegurado y asegurador: la eximición o disminución de la responsabilidad civil del primero.

En efecto, dicho interés se traduce en la facultad que tiene la compañía aseguradora de interponer todas las excepciones al progreso de la pretensión del damnificado que estime convenientes, incluso aquéllas que no se refieren a su relación contractual con el asegurado. Ello nos lleva a pensar que la pretensión de la aseguradora se ejerce de manera independiente y en miras a su propio interés, erigiéndose como autónoma (Cima, 2013).

A su vez, tal conclusión nos lleva a un nuevo análisis sobre la supuesta falta de autonomía de la acción del tercero contra el asegurador, la del sentido inverso. Si podemos afirmar que el asegurador tiene un interés propio en defender al asegurado frente al reclamo del tercero en función de su contrato, resulta factible también afirmar que esto ocurre a su vez con relación a la víctima.

Queremos decir que, si la pretensión de la aseguradora incluye la protección del interés del asegurado, siendo éste proteger su patrimonio de lo que debe a un tercero con motivo de la responsabilidad civil prevista en el contrato, en sentido contrario, dicha autonomía debería existir respecto de la víctima en el ejercicio de la acción.

No podemos dejar de considerar la especial relación existente entre damnificado y asegurador, propia del régimen del derecho del seguro de responsabilidad civil, donde, se desdibuja el principio general de que las convenciones hechas en los contratos solo afectan a las partes. Esto genera una relación jurídica plurisubjetiva a la que están expuestos no sólo el asegurador y su asegurado, sino los terceros damnificados por el accionar ilícito de este último.

Además de lo interesante que ha sido el debate respecto de la naturaleza jurídica de la citación en garantía, no debemos dejar de ponderar la importancia que ella tiene desde el punto de vista funcional y económico.

La toma de una posición adecuada puede significar en la práctica un camino de solución a conflictos de orden social.

Ya hoy ese debate ha modificado la concepción de la figura de la citación en garantía en nuestro derecho positivo con los enriquecedores aportes efectuados por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los más de cuarenta años de su existencia. En tal sentido, Pérez Ríos (1997) resalta la necesidad de que se recepcione en toda su amplitud y sin cortapisas, la “acción directa” del tercero damnificado frente al asegurador del responsable civil. Sostiene que de este modo se cumplirá un paso decisivo a favor de alcanzar en la forma más perfecta, el fin social que siempre ha de caracterizar a este valioso instrumento que es el seguro de responsabilidad civil.

Desde los sectores doctrinarios que sostienen que la acción directa se encuentra consagrada en el sistema instaurado por el artículo 118 de la ley 17.418 hasta aquellos que desconocen su existencia en nuestro ordenamiento de seguros, aparece en su mayoría –no sin excepciones- un sustrato común: la necesidad de su reconocimiento.

Debemos remarcar la importancia que adquiere la extensión de la indemnización que debe afrontar el asegurador en cumplimiento de su obligación y la falta de unidad de criterios en su determinación en los seguros de este tipo. No sólo porque la limitación de las defensas que puede oponer al asegurado pueden significar que éste, frente a un asegurado insolvente, termine soportando un riesgo no previsto contractual y actuarialmente, sino por la necesidad de la mayor certeza

posible en cuanto la extensión del posible siniestro. Ello significa conciliar un sistema económicamente previsible y, en consecuencia, sustentable, con un derecho largamente reconocido –aunque también con excepciones- en nuestro ordenamiento jurídico, el de la indemnización plena.

La precisión de los términos y sus alcances jurídicos son de esencial importancia cuando se intenta delimitar las instituciones.

Cuando se pretende proteger un derecho o establecer los alcances del mismo, las incertidumbres conceptuales desdibujan ese objetivo.

Mayor es el margen de debate sobre los conceptos, más difícil es lograr la seguridad jurídica tan anhelada, sobre todo en aquellos contratos que tienen una innegable utilidad común.

De tal manera, la concreta definición de la relación que se establece entre asegurado, asegurador y tercero damnificado en la figura de la citación en garantía servirá para cumplir concretamente con el objeto del seguro de responsabilidad civil.

De todo ello se sigue lo necesario de precisar y mejorar los mecanismos para efectivizar más adecuadamente el pago de la indemnización a su destinatario final, el dañado.

Dicho de otro modo, encontrar el método para garantizar el acceso a la reparación de un daño por parte de aquel que lo ha sufrido y, a la vez, disminuir todos los costos sociales y económicos que el proceso a tal fin pueda generar.

No se trata, en definitiva, sólo de acercar al asegurador al proceso donde se ventila la responsabilidad civil del asegurado frente a la víctima, sino también, de generar un convencimiento de la importancia de cumplir con la función social del seguro en todos los actores del sistema.

Podemos afirmar que lo contrario puede significar mayores costos ocultos y, lo que puede resultar más grave aún, más inequidad en general.

## Capítulo V La acción directa en el proyecto de ley general de seguros de Halperín.

### V.1. Introducción.

La primordial importancia que tuvo el proyecto de ley general de seguros de Halperín radica en diversas circunstancias, algunas estructurales, otras coyunturales, pero sobre todo, en la talla de su autor que era en la época uno de los más profundos conocedores de la realidad jurídica y social que la actividad implicaba. La problemática actual se esbozaba en aquellos momentos y hoy se ha ahondado. Creemos, con fundamento, que los principios que intentó plasmar en esa obra resultan tan vigentes que permiten que volvamos sobre ellos para comprender en la actualidad muchos de los conflictos que se generan desde el seguro, en general, y el de responsabilidad civil, en particular.

Destacaremos, además, que este proyecto fue especialmente analizado y tomado en cuenta para lo que luego sería la ley 17.418, cuya sanción demoró varios años e incluyó diversos cambios al texto originario. No hay dudas que fue el punto inicial de una reforma compleja en donde interactuaron distintos sectores sociales y económicos, así como también intervino una tendencia de política legislativa que terminó influyendo, como es lógico, notablemente sobre el resultado final.

Satisfacer las necesidades de una comunidad desde el punto de vista jurídico no es nunca una tarea fácil. Determinar los principios sobre los que se asientan las normas legales supone asumir un compromiso social.

El delicado equilibrio entre proteger a la actividad privada y la ecuación técnica del negocio asegurador, así como cuidar los intereses de los asegurados y de las víctimas de los hechos dañosos, es una tarea difícil.

Como lo expresa en la nota dirigida al Ministro de Educación y Justicia de aquel momento, Luís R. Mac Kay:

El proyecto aprovecha la experiencia legislativa y de técnica de los países más avanzados en la explotación económica del seguro, adecuándolas a

nuestras propias características, en especial al estado de desarrollo del comercio y práctica del seguro.

De ahí que en algunos aspectos propongo avanzar sobre esas leyes, y en otros mantener soluciones que pueden calificarse de clásicas. [...] No sólo aproveché la experiencia legislativa extranjera, sino también la crítica razonada de su doctrina; y los resultados positivos alcanzados por nuestra jurisprudencia (Halperín, 1959, p. 3).

El proyecto ha intentado plasmar una variedad de institutos que se venían practicando en el seguro pero, a su vez, procuró innovar en la búsqueda de proteger derechos, en especial de la parte -en principio- más débil del contrato, el asegurado.

Más aún, avanzó sobre cuestiones que eran motivo de controversia dándole una solución razonable. En tal sentido, la incorporación de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador se enrolaba en esa postura.

Analizaremos los aspectos esenciales del mencionado proyecto, al sólo efecto de reconocer sus alcances, espíritu y metodología, con especial detenimiento en el seguro de responsabilidad civil.

## V.2. El proyecto de ley general de seguros de Halperín.

Como ya refiriéramos –supra IV.2.- el proyecto de ley general de seguros fue encomendado por el Poder Ejecutivo Nacional a Halperín a fin de unificar y mejorar las escasas normas sobre seguro que existían principalmente en el Código de Comercio. Su denominación marcaba su objetivo cual era reglamentar la totalidad de los temas de la materia. Se trataba entonces de un proyecto reglamentarista, que no se limitaba a establecer principios generales sino a regular con la mayor precisión posible los institutos del seguro.

El sentido de tal regulación era la protección del asegurado en su carácter de adherente a un contrato predispuesto donde su voluntad se encuentra limitada a asentir o no su contenido. De allí que se encuentre en ella, conforme a criterios avanzados para la época, la búsqueda de proteger al asegurado. Por ello, incorpora un gran número de disposiciones imperativas o sólo modificables en favor de éste. Estas calidades surgen de la declaración expresa del proyecto, de su redacción imperativa y de la naturaleza de sus instituciones.

El cuidado del asegurado es considerado en forma individual y colectiva. Se protege al supuesto débil jurídico como adherente y como integrante de una comunidad o mutualidad de asegurados que poseen como principal interés común la solidaridad recíproca destinada a soportar las consecuencias de los hechos dañosos previstos en sus contratos. Las normas dirigidas a proteger al asegurador como administrador de riesgos ajenos tienen indirectamente como fin custodiar a los asegurados. Ello en razón de que se trata de un grupo de personas sobre los cuales pesan riesgos que ellos pretenden trasladar y, en definitiva, se distribuyen entre todos. Se trata del principio de dispersión o atomización que requiere de una organización compleja, basada en una cantidad necesaria de contratos, una organización empresarial y de un administrador eficiente. Es consecuencia natural del respeto a los principios técnicos del negocio que redundan en un beneficio común, mutual. Las figuras de la reticencia, la agravación del riesgo, entre otras, tienen la función principal de resguardar al asegurador como administrador de intereses asegurables ajenos, de aquellos riesgos que no es su voluntad asegurar o, que no pudieron ser evaluados correctamente a tal efecto.

Esa protección del sistema asegurativo por medio del respeto a las bases técnicas negociales tiene dos aspectos. Uno relacionado con los contratos individuales y otro vinculado a la organización de las entidades aseguradoras y su control. El primero tendiente a regular correctamente los elementos del contrato y evitar desequilibrios en su economía y funcionamiento particular. El segundo tiene como principal objeto garantizar una actuación correcta de la aseguradora en cuanto a su capacidad de previsión y provisión que le permita afrontar todas sus obligaciones en el tiempo. En suma, se generan herramientas que permitan controlar su sustentabilidad económica.

El proyecto consiste en el desarrollo de la normativa del contrato de seguro y de la fiscalización de las empresas aseguradoras. Se estructura en doscientos setenta y siete artículos, divididos en tres títulos: el título I, dedicado al contrato de seguro; el título II, a las empresas aseguradoras y su fiscalización; el título III incluye algunas normas finales y transitorias.

Se excluyeron del mismo las normas relativas al transporte, tanto marítimo, aeronáutico, terrestre –automotor y ferroviario-, como las de los seguros de vida obligatorios, por estar, a entender de su autor, suficientemente regulados en las leyes especiales. Tampoco previó la regulación de las normas de reaseguro debido a que al momento de su elaboración la actividad estaba monopolizada por el -ahora desaparecido- Instituto Nacional de Reaseguros, el que tenía una normativa propia.

La obra que se analiza, reconoce la posibilidad del aseguramiento de hechos culposos siempre que no alcancen el carácter de graves. Excluye de la posibilidad de cobertura a los hechos dolosos.

Como lo explica el mismo autor:

La excepción de la culpa grave — no obstante el sistema del Código Civil contrario a la graduación de las culpas — obedece a que la sola excepción del dolo dejará, por lo regular, al asegurador inerte frente al fraude, por las dificultades de la prueba. Esta es la razón del principio consagrado por la jurisprudencia francesa, de la equiparación de la culpa grave al dolo (Halperín, 1959, p. 4).

La eliminación de la culpa simple como causal de exclusión de cobertura asegurativa significó un reconocimiento esencial luego incorporado en la ley vigente. Si se hubieran mantenido los actos de culpa del asegurado como causal de liberación del asegurador serían poco factibles las coberturas de responsabilidad civil con la extensión que hoy las conocemos. Incluso en las demás formas de los seguros patrimoniales, esa exclusión limitaría fuertemente los riesgos asegurables. Se trata en el caso de aplicar las reglas comunes en materia de incumplimiento de obligaciones.

En cuanto a la formación del contrato y sus eventuales vicios del consentimiento, el proyecto restringe fuertemente el sistema vigente de la reticencia, incluso con relación al actual. Así, elimina la posibilidad de dejar sin efecto el contrato cuando la omisión o falsa declaración fuera de buena fe ya que sólo sanciona a la cometida con culpa grave o dolo. Además, el proyecto incluye supuestos donde el asegurador no podría alegarla.

La mora se produce, en el proyecto, en forma automática al sólo vencimiento del plazo tanto para el pago de la prima como el de la indemnización. A ésta última

le fija un término para su cumplimiento sin perjuicio de los que se fijan contractualmente. Regula, además, los efectos del incumplimiento de las diversas cargas incorporando especialmente la caducidad del derecho como consecuencia ya prevista en la práctica comercial -artículo 32 del Proyecto de ley general de seguros-. Pero, como forma de atemperar tal grave sanción, fija límites a las cargas que generan caducidad. Para que fueran operativas en los casos en que la carga debe ser cumplida antes del siniestro deben basarse al menos en culpa y debe existir relación de causalidad entre su incumplimiento y la producción del siniestro y sus consecuencias. Esta fórmula quedó intacta en el texto final de la ley 17.418 -artículo 36-, no así aquel que requería dolo o culpa grave para las cargas que deberían cumplirse después del siniestro. Para éstas la norma del artículo 36 de la mencionada ley aplica los mismos límites que para las anteriores al hecho dañoso.

En lo que se refiere a la agravación del riesgo se prevé una adecuada distinción, según sea objetiva -ajena al asegurado- o subjetiva -por obra del asegurado-:

- a. distintos momentos de denuncia;
- b. distintos remedios.

Asimismo prevé los efectos de la cesación de la agravación, y la influencia de la omisión de oportuna denuncia en el supuesto que ocurra el siniestro previsto.

Dedica un capítulo a disposiciones generales sobre seguros patrimoniales, marcando la tendencia que luego se transformaría en la norma vigente. De tal manera las normas proyectadas incluyen el valor tasado, la relación valor asegurado y asegurable y sus efectos: el infraseguro y el sobreseguro. Se incluye la regulación sobre pluralidad de seguros. Se receptan las soluciones acerca del salvamento y las cláusulas de exclusión de guerra civil o internacional, motín o tumulto popular, salvo convención en contrario, ya generalizadas en las pólizas y aceptadas por la jurisprudencia corriente. La valuación de los daños por juicio de peritos halla su regulación complementaria de los artículos 71 a 75 del proyecto. Justamente éste último artículo incorpora una presunción importante respecto de los actos de liquidación del siniestro entendiendo que los mismos suponen una

renuncia a cualquier defensa anterior que pudiera invocarse y que fuera incompatible con ese proceso. Ella encuentra su antecedente en la legislación suiza y la mexicana y ya había sido recepcionada jurisprudencialmente. De igual modo incorpora la figura de la subrogación, de gran importancia en el seguro de responsabilidad civil, destinada a que el asegurador recupere de terceros lo que estos deban en razón del siniestro lo que haya pagado en concepto de indemnización de gran arraigo en diversas legislaciones del mundo -Italia, Francia, Suecia, Suiza, Alemania, México, Austria y Francia- y el mismo Código de Comercio (Halperín, 1959).

Resulta destacable lo dispuesto en el artículo 181 del proyecto en cuanto establece las normas inmodificables por acuerdo de partes, ellas sin perjuicio de las que por su naturaleza o su texto sean parcial o totalmente invariables. Asimismo determina que otras normas sólo serían modificables a favor del asegurado. De este modo se incorpora un orden público propio del seguro significando un avance a favor de la defensa del asegurado y la víctima.

En términos de Vivas (2016) “Con el correr del tiempo, el poder público, de modo creciente, comenzó a limitar la libertad contractual, ligado ello a las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcaron el paso del Estado liberal al Estado social” (p. 1). Luego agrega que “La autodeterminación, como el poder ético de asumir obligaciones y concluir contratos. Es un mínimo, pero exige además justicia contractual” (p. 2).

El orden público es el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada. El orden público está constituido por normas, principios e instituciones fundamentales para sentar las bases de una política socioeconómica que garantice el bienestar de la sociedad dentro del Estado. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables” (Ordoqui Castilla, 2016).

El orden público es, por su naturaleza, una noción que puede cambiar en el espacio y en el tiempo, ya que una de sus características fundamentales es ser claramente nacional -no universal-, condicionado, variable y temporal (Pizarro y Ossola, 2016). Ello, sin embargo, no constituye un obstáculo insuperable para

formular, con carácter general, un concepto, que sea luego trasladable a cada caso en particular, confrontando los concretos intereses jurídicos en pugna.

Couture (2004) define al orden público como el conjunto de valoraciones de carácter político social, económico o moral, propio de una cultura determinada, en un momento histórico determinado que fundamenta el derecho positivo y que éste tiende a tutelar. El orden público es un concepto relativo de contenido variable y elástico para cristalizar en torno suyo las normas de interés político que exigen observancia incondicional e inderogable por la actividad privada. Se define también como un estándar político, como son el de buena fe y el de la diligencia de un buen padre de familia u hombre de negocios, que da flexibilidad y adaptabilidad del orden jurídico a las nuevas circunstancias. Sería una pauta que se remite a una conducta social razonable, que debe ser respetada por razones de orden y seguridad.

En palabras de Salvat y López Olaricegui (1964):

... la noción de orden público, dependiendo como depende de las ideas que dominan en una sociedad, varía considerablemente en el espacio y en el tiempo... es imposible, por consiguiente, establecer una regla absoluta para distinguir cuáles son las leyes cuya observancia interesa al orden público y cuáles no; la determinación debe ser hecha con relación a cada ley en particular (p. 245).

Por ello, resulta prudente incorporar una norma específica para determinar con claridad aquellas normas que son inmodificables por acuerdo de partes como lo hace el proyecto en análisis.

Por su parte el orden público también alcanza a la responsabilidad civil. En el Código Civil y Comercial, el principio general de no dañar -artículo 1717-, la tutela de la dignidad de la persona humana -artículo 51-, la fuerte potenciación de la buena fe -artículo 9- y del ejercicio regular de los derechos -artículo 10-, constituyen la base sobre la que se asienta el orden público en la responsabilidad civil. Se encuentra plasmado de manera expresa en el artículo 1743, que sanciona con nulidad a las cláusulas de dispensa anticipada de la responsabilidad que contravengan, en definitiva, el orden público.

El sistema de la responsabilidad civil extracontractual es de orden público, y por ello imperativo, sin perjuicio de que adquiridos los derechos por los particulares éstos puedan eventualmente ser renunciados.

Si bien cabe distinguir las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de las cláusulas que limitan el objeto del contrato, en muchos casos la diferencia puede resultar sutil y difícil de establecer. Tal es el caso de una cláusula contractual que limite el riesgo asegurado a un punto tal que la especificación del objeto se termine reduciendo sustancialmente, pudiendo significar, en los hechos, una forma exoneración de responsabilidad (Bianca, 2007).

Se trata de dos conceptos distintos en su esencia, pero su identificación radica, fundamentalmente, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, en que por lo común, ambos supuestos suelen ser designados como cláusulas de limitación de la responsabilidad, o de exclusión de la cobertura, lo cual hace ingresar las cosas a una zona gris, que a veces resulta dificultosa de esclarecer. Una cosa es pactar, en el ámbito del seguro, cuáles son los riesgos cubiertos, en donde se delimita cuáles serán las obligaciones a cargo del asegurador y otra, sutilmente diferente, es establecer ya en el ámbito de los riesgos cubiertos, algunas limitaciones o condiciones para hacer efectiva dicha responsabilidad (Pizarro y Ossola, 2016).

La introducción del orden público en el derecho de seguros tiene sin dudas su origen en el proyecto que estamos estudiando. El tratamiento del contrato desde la óptica de tuitiva era, al momento de su elaboración, un avance significativo que marcó el futuro de su regulación. Enmarcar al seguro dentro de los contratos de adhesión fue el primer paso hacia su actual e indiscutida categorización.

### V.3. La acción directa en el proyecto.

La fundamentación del proyecto sostiene que se pretende legislar “En el seguro de la responsabilidad civil en general, apartando las corruptelas de la práctica comercial, que han quitado a este seguro su real función ...” (Halperín, 1959, p. 13).

Las principales innovaciones consisten en que la liberación del asegurado sólo opera si se produce cuando concurre dolo o culpa inexcusable del asegurado en el hecho generador de la responsabilidad. Se pretende imponer una graduación de culpa para eximir de obligación asegurativa. Ello debido a la abusividad de las fórmulas empleadas en las pólizas en uso en el momento de la redacción del proyecto.

También se establece la prohibición del asegurado de reconocer su responsabilidad o celebrar transacción sin anuencia del asegurador. Pero, a su vez, impone que cuando esos actos se celebran con intervención del asegurador, éste debe entregar los montos correspondientes según el contrato y en el término útil para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas. Conforme el proyecto el asegurador no se libera cuando el asegurado, en interrogación judicial, reconozca hechos de los que derive su responsabilidad. Esta fórmula se repite en la ley vigente.

Según el texto que analizamos las prestaciones que debe cubrir el asegurador incluyen el pago o reembolso de los gastos para afrontar las pretensiones del tercero y la asunción de la dirección del proceso judicial, no sólo como complemento de la garantía prometida al asegurado, sino también como protección del propio asegurador con una mejor defensa de los intereses comprometidos. Finalmente, y como objeto principal, debe el asegurador a la víctima del daño el pago la indemnización como un derecho propio de éste, con exclusión de los demás acreedores del asegurado, que hará valer con una acción propia y directa contra el asegurador. El proyecto buscaba evitar las dificultades de la eficacia de la sentencia que se dicte y establecía que, en general, las defensas contractuales eran inoponibles por el asegurador contra el tercero damnificado.

El seguro de responsabilidad civil es definido por el proyecto de la siguiente manera:

“...el asegurador se obliga a mantener al asegurado indemne por las prestaciones que deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido durante el plazo convenido” -artículo 114-.

Como puede apreciarse el texto es casi idéntico al que finalmente se incluyó en el artículo 109 de la ley 17.418. Sin embargo, no siguió la misma suerte el resto de la normativa proyectada sobre este tópico, lo que motivó un giro sobre la conceptualización de este contrato.

Halperín (1959) propuso implementar la acción directa del tercero contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil como un sistema novedoso en nuestro país. Se encontraba inspirado en el derecho francés, alemán, austríaco y suizo en Europa, y el mexicano en América. Dicha institución fue luego incorporada por otras legislaciones en forma expresa como la ley 50 de España, entre otras.

Como en su antecedente histórico, la doctrina italiana, la acción directa del damnificado se asocia con su privilegio sobre la suma asegurada y por ello se tratan en el proyecto -y también en la ley hoy vigente- en el mismo artículo - artículos 121 y 118 respectivamente-.

Pero, además, como lo reconoce el autor del proyecto, existía instituida la acción directa desde antigua data en nuestro país en la legislación laboral. En efecto, la ley 9.688 había establecido la acción directa sin imponer siquiera la obligación de demandar al asegurado (el empleador). Así, la ley de accidentes de trabajo permitía que el trabajador demandara en forma directa al asegurador sin condicionamiento alguno.

El proyecto lo instrumenta de la siguiente manera:

Art. 121. — El damnificado puede hacer valer su crédito sobre la suma asegurada y sus accesorios con exclusión de cualquier otro acreedor del asegurado, aun en caso de quiebra o de concurso civil.

El damnificado tiene una acción directa contra el asegurador responsable, que puede ejercer ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador, para cuyo ejercicio debe citar al juicio también al responsable civil.

El asegurador no puede oponer al damnificado ninguna defensa nacida del contrato o de la ley, anterior o posterior al hecho del que nace la responsabilidad, aun cuando se refiera a reticencia o falsas declaraciones del asegurado, o a la falta de pago de la prima, o a la quiebra o concurso del asegurado, sin perjuicio de su derecho contra el asegurado.

Se aplica a esta acción directa la prescripción del art. 4037, cód. civil.

(Cfr.Ley 9.688; Austria, art. 127; Suiza, art. 60; Alemania, arts. 157 y 158C; Francia, art. 53; México, art. 147) (Halperín, 1959, p. 47).

Como se podrá advertir, las novedades introducidas por el proyecto son varias.

Además del privilegio especial instaurado aun en caso de quiebra o concurso, se incorporó la acción directa contra el asegurador pero condicionada a la incorporación al juicio del asegurado, el responsable civil.

En cuanto al fundamento sostenido por Halperín para establecer la acción directa del tercero contra el asegurador consistente en la existencia de la misma dentro de la ley 9.688 podemos decir que tiene distintos aspectos. Uno de ellos es que el instaurado por dicha ley laboral se trataba de un seguro voluntario y de responsabilidad civil. Otro es que la doctrina y jurisprudencia habían interpretado la acción del trabajador contra el asegurador de su empleador como una acción directa, e, incluso, como un beneficio de aquel previsto en el contrato. En este último sentido es un rasgo destacado el hecho que el trabajador se encontraba dentro de una nómina de empleados que debía ser denunciado al asegurador. Esto significa que existía una determinación de los eventuales destinatarios de la indemnización. Lo cual supone también una certidumbre mayor del posible tercero, lo que no sucede habitualmente en todos los seguros de responsabilidad civil.

De todos modos debemos afirmar que la obligación del empleador -a pesar de surgir de una norma laboral- consistía, en forma genérica, en una responsabilidad civil. No es ocioso recordar que, en ésta última, como nos dice Bullo (1999):

... se está frente a un sujeto al que se le atribuye responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que su obrar u omisión pueden tener para otra persona, tanto por su incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, como por el incumplimiento de una obligación nacida de una relación contractual o legal. El tercero víctima del daño podrá constituirse en acreedor de una obligación de resarcimiento, y el responsable del daño será el deudor de dicha obligación (p. 362).

A su vez, debemos distinguir la reparación de un daño causado por el propio responsable —supuesto de justicia conmutativa— de la de reparar un daño no causado por el responsable, caso en el cual la justicia actúa en función

distributiva, no pretendiendo una reparación por parte de la persona que lo ha cometido, sino una distribución de ese daño entre los demás atribuyéndoselo a la persona o personas que se considera más equitativo que lo satisfagan.

La fortaleza del fundamento para justificar la introducción de la acción directa en la ley proyectada asentado en el antecedente de la ley 9.688 consistía en el largo tiempo de vigencia de ésta y la falta de dificultades graves que su utilización había tenido. Si bien podía sostenerse que era una ley dirigida a una parte específica del derecho, el laboral, los motivos que la sostenían eran básicamente los mismos que los de la responsabilidad civil en general. Ellos eran la protección de las víctimas y la facilitación del acceso a la indemnización.

El artículo 7 de la ley 9.688, hoy derogada, establecía lo que Dassen (1960) entendió como un contrato a favor de tercero, mientras que Anastasi (1950) sostuvo que se trataba de una delegación legal. Deveali (1983), acompañando a la jurisprudencia de las décadas de 1930 a 1950, sostenía que la responsabilidad del empleador hacia el trabajador desaparece automáticamente con la contratación de un seguro sobre el riesgo de un accidente laboral. Los principales fundamentos fueron que:

a.) La literal descripción del artículo 7 de la ley 9.688 que expresamente establecía que: “Los patrones podrán sustituir sus obligaciones relativas a la indemnización por un seguro constituido a favor de los empleados u obreros en una compañía o en asociaciones de seguros patronales ... siempre que tengan como requisito que las indemnizaciones no sean inferiores a la presente ley.” El texto era muy claro y concreto, se podía sustituir las obligaciones indemnizatorias. Podrá afirmarse que la ley pretende utilizar ese término como sinónimo de traslación del riesgo, pero no son conceptos equivalentes. Trasladar las consecuencias económicas del riesgo de quien lo sufre a quien lo asume contractualmente no es igual a sustituir al sujeto obligado. El legislador procuró ir más allá de la sola traslación del riesgo.

b.) Siguiendo la lógica del punto anterior la intención de la ley es estimular al empleador a contratar un seguro reconociéndole como contrapartida su liberación de responsabilidad.

c.) La afirmación contraria permitiría que el empleador abonara dos veces el mismo hecho.

La época de la sanción de la ley 9.688, año 1915, conoció el comienzo del esplendor del constitucionalismo social y, en Argentina, de la mano de la corriente socialista se promovió, no sin resistencias, su sanción. Acompañada finalmente por el partido de la Unión Cívica Radical la mencionada ley buscaba darle garantías a las empresas que temían por su solvencia frente a las nuevas indemnizaciones que ella fijaba.

Lo dicho puede apreciarse en el debate parlamentario donde los socialistas exigían su aprobación a fin de paliar la cuestión social y reclamaban por las grandes demoras para su tratamiento (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 1915).

Se trataba sin dudas de un seguro de responsabilidad civil, pero los legisladores no alcanzaron a aprobar uno obligatorio y, ante la imposibilidad del estado de garantizar las indemnizaciones, acudió a este esquema de sustitución voluntaria de la responsabilidad.

La forma de redacción del artículo 7 de la ley 9.688 fue criticada por deficiencia técnica, en especial por lo regulado en el artículo 21 de la misma ley. Este imponía en el caso de quiebra del asegurador la restitución de los fondos de la indemnización al patrón. No resultaba razonable que se le restituyera la indemnización al tomador del seguro si éste no era realmente el responsable desde que se producía la contratación del seguro. Deveali (1983) explica esto sosteniendo que la sustitución se producía por medio de un seguro voluntario y que cuando éste era celebrado se le aplicaban las normas de los seguros obligatorios. Pero un seguro obligatorio no produce sustitución, esto es, no elimina la responsabilidad del empleador.

Luego la doctrina y la jurisprudencia avanzaron en el sentido de la posibilidad de demandar al empleador por lo que sostenían que la contratación del seguro no extinguía su responsabilidad. Pero aún en el supuesto que aceptaran dicha posición no existía acuerdo en si el patrón podía ser citado al juicio o debía serlo por aplicación de la norma del artículo 118 de la ley 17.418. (Cámara Nacional de

Comercio, 14/02/41; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala I, 15/05/39). Siguiendo ese mismo razonamiento se sostenía la existencia de solidaridad entre asegurador y patrón. Se confundían así dos institutos diferentes, la solidaridad con la concurrencia de obligaciones. Esta última supone dos causas diversas, que dan derecho a dos acciones concurrentes.

Este régimen de la ley 9.688 fue derogado por la ley 24.028 y ésta a su vez fue suplantada por la ley 24.557. La última, aún vigente con algunas modificaciones, cambia sustancialmente los principios de sus antecedentes. Se propone establecer un sub sistema de la seguridad social, complementario de ésta y no sustentado en el principio resarcitorio. Tanto así, que se ha discutido el carácter de seguro al contrato celebrado por las denominadas aseguradoras de riesgo del trabajo y, en caso de admitirse dicha calidad, si son seguros patrimoniales, personales, privados o sociales. Fuera de dicho debate, ajeno a este trabajo, lo que es dable destacar es el abandono del marco propio del seguro de responsabilidad civil para los infortunios laborales.

Ahora bien, aceptando la hipótesis que el régimen establecido por la ley 24.557 se trata de un seguro privado, de hecho así se encuentran reguladas las aseguradoras del ramo -artículo 26 de dicha ley-, y aún reconociendo la especialidad del sistema, podemos destacar que existe una inoponibilidad de defensas al trabajador que guardan semejanza con el régimen del artículo 118 de la ley 17.418.

Vale destacar que el artículo 3 de la citada ley modificada por la ley 26.773 impone un seguro obligatorio a quienes no puedan cumplir con las prestaciones previstas en la misma.

En efecto, y sólo a los efectos del análisis a los que nos avocamos, la norma laboral impide al asegurador, a los fines de dar las prestaciones que ella prevé, invocar defensas contractuales frente al destinatario de las mismas, el empleado u obrero. Por lo que el sistema que es cerrado y veda, en principio, el acceso a una indemnización de parte del empleador, e impone la obligación al asegurador de dar al trabajador las prestaciones médicas y dinerarias en todos los supuestos,

aún frente un incumplimiento contractual del asegurado y salvo que se trate de un riesgo que no esté previsto en la ley.

El proyecto de Halperín avanzó, en definitiva, en el sentido de reconocerle a la víctima del daño un derecho propio sobre la indemnización, con exclusión de los demás acreedores del asegurado. Como consecuencia de lo cual, se le concede una acción propia y directa contra el asegurador. Se intentaba por el sistema de la acción directa evitar cualquier dificultad en cuanto a los alcances de la sentencia. No se distinguen, en el texto proyectado, diferencias entre las defensas, todas resultan inoponibles por el asegurador a la víctima.

El énfasis puesto en poner claridad sobre este punto surge del texto de su artículo 121 donde no sólo se expresa que el asegurador no puede oponer al damnificado ninguna defensa nacida del contrato o de la ley, anterior o posterior al hecho del que nace la responsabilidad, sino que además aclara que tampoco puede oponerse la reticencia, la falta de pago o, incluso, la quiebra o concurso del asegurado.

Respecto de la prescripción, aplica a esta acción directa el mismo plazo de la ley civil para las acciones de daños y perjuicios en general. Esto último con el objeto de evitar conflictos vinculados a los distintos regímenes de regulación del seguro y de la ley que rige la responsabilidad civil.

Establece la acción directa de la víctima contra el asegurador como forma más plena de garantizarle el acceso a la indemnización. Por lo tanto, es intención del proyecto proteger el crédito del damnificado de la forma que entiende es más eficaz.

Consideración aparte merece la sección XI del proyecto destinada al seguro obligatorio de la responsabilidad por automotores. En la misma, se determina el concepto de automotor y su ámbito de aplicación. Además se impone obligatoriedad del seguro respecto de los terceros y de los pasajeros transportados a título oneroso –incluyendo sólo el transporte público por empresas no estatales-. Este seguro puede ser sustituido por una garantía bancaria o depósito en efectivo, conforme el artículo 138 del proyecto. Impone la emisión del certificado de seguro por el asegurador, como requisito para el patentamiento

anual del vehículo y la fijación de límites legales mínimos a las indemnizaciones, con la clasificación de los vehículos según su destino y tamaño, y de los daños personales eventuales.

El autor del proyecto (Halperín, 1959) explica que frente a la omisión de asegurar o la imposibilidad de identificar al responsable del daño debió optar entre un organismo estatal para afrontar los daños o la distribución de los mismos entre todos los aseguradores.

El primer sistema, implicaría un fondo de garantía que resultaría hacer soportar a toda la sociedad por la imprevisión o actitud evasiva del responsable lo que significaría un alto costo para el estado. La otra opción, adoptada por el proyecto, es la solución de la ley sueca y supone la traslación de ese costo a todos los aseguradores dedicados a la explotación de la rama, en proporción a las primas percibidas. A ellos les impone una obligación solidaria para el pago de las indemnizaciones devengadas de tal forma. Así lo fija el artículo 136 del proyecto que textualmente expresa:

Si no existe seguro válido o efectivo, o no es posible determinar el vehículo que causó el daño, los aseguradores autorizados a contratar seguros de esta clase, son solidariamente responsables hacia la víctima por la indemnización, a que tiene derecho. La deuda se divide entre los aseguradores a prorrata de las primas percibidas por esta clase de seguros en el año civil precedente (Halperín 1959, p. 50).

Además, establece los montos indemnizatorios que debían ser garantizados tomando en consideración si se trata de vehículos particulares, de transportes de mercadería o personas distinguiendo, en éste último, caso la cantidad de personas transportadas.

Uno de los antecedentes de la incorporación de los seguros obligatorios en la responsabilidad por el uso de automotores es la ley de New York sobre la materia, en la que se incorporó por la reforma de 1958, como artículo XVII- A.

Los considerandos del proyecto advertían sobre los fundamentos sociales y la urgencia de la implantación del seguro obligatorio frente al creciente número de víctimas en accidentes en los que intervienen automotores, agravado por la disminución de la seguridad en el tránsito y manejo de tales vehículos. Más aún, sugería en aquel momento la modificación del régimen del Código Civil

incorporando la responsabilidad objetiva por los daños producidos a terceros por el uso o empleo del automotor.

### V.5. La citación en garantía.

No se optó en el proyecto por la figura de la denominada “citación en garantía” como lo hizo la norma definitiva de la ley 17.418. Sin embargo, Halperín previó en su artículo 120 que “El asegurador asumirá la dirección de la litis promovida por el tercero, y cumplirá la condenación judicial civil en la parte a su cargo en los términos procesales.” (1959, p. 13).

Ello significa que el proyecto otorgaba la acción directa al tercero y la dirección del proceso más la obligación de pago de la condena -en la medida del contrato-. En suma, el asegurador participaba del proceso judicial sólo en defensa del asegurado. A ello cabe sumar otra novedad, esto es, la imposibilidad de oponer frente al tercero las defensas nacidas del contrato de seguro o de la ley misma, con lo cual el esquema del anteproyecto era claro y sencillo. El asegurador debía participar en el proceso junto a su asegurado, dirigiendo el proceso para garantizar una defensa técnica adecuada y luego debía cumplir la condena en la medida del seguro.

El proyecto se enrolaba en una postura francamente tuitiva del damnificado. Reforzaba con énfasis la función social del seguro, destacando la necesidad de garantizar a la víctima el acceso a la indemnización.

No hacía complejas distinciones, ni discutía qué tipo de defensas podía oponer o no el asegurador al tercero. Además está decir que, salvo la inexistencia del contrato y de la responsabilidad de su asegurado, el asegurador no tenía otros planteos para efectuar en el proceso donde era demandado.

Podemos sostener, por conocer la posición doctrinaria del autor del proyecto, que se trataba de la concesión de una acción directa nacida de la relación contractual entre asegurado y asegurador y que se le concedía al tercero en virtud de la función del contrato. Esta, tiene dos aspectos esenciales y concurrentes: mantener la indemnidad del asegurado y, en consecuencia, indemnizar al damnificado por la responsabilidad civil de aquel.

Pero además, adviértase que la situación procesal del asegurador es sencillamente la de un demandado con la condición de la citación del responsable civil (artículo 114 segundo párrafo).

De la comparación de este esquema con el establecido con el del artículo 118 de la ley 17.418 surgen sus diferencias.

En el proyecto que analizamos el centro de la escena procesal no se encuentra el asegurado sino en el asegurador. La acción prevista es ejercida contra éste con citación del asegurado y no a la inversa. Podemos apreciar que la citación en garantía pone el acento en que es el asegurado el accionado y el asegurador es traído al proceso. La ley vigente pone de resalto cierta ajenidad del asegurador al juicio donde es convocado en virtud del contrato pero del que no es parte esencial.

Por supuesto, lejos de ser una diferencia sutil, se trata de una visión diferente del papel que debe jugar el asegurador de este tipo de riesgo.

Se trata de girar el eje del asegurado al tercero o viceversa. El objeto bifronte del contrato aparece como no idéntico. Queremos decir con esto que no hay un normal equilibrio entre las prioridades de ese doble fin. Las posturas que se vienen debatiendo y que han forzado soluciones antagónicas han priorizado uno y otro objetivo en una aparente contradicción que continúa.

La priorización en la protección de la víctima aparenta ser perjudicial para el mantenimiento de la indemnidad del asegurado. La argumentación en tal sentido es que un sistema excesivamente tuitivo contraría los principios técnicos del seguro y terminarían dejando sin posibilidad de contratación a quienes se encuentran sometidos a ese riesgo. Ello ante la negativa de los aseguradores de cubrir riesgos que no cumplan con la viabilidad comercial. Eso motiva una particular resistencia en nuestro medio a la acción directa. Ese rechazo se ha mantenido en el tiempo no sin el apoyo de las instituciones políticas que hasta la fecha no han atinado a intentar una reforma legislativa que la incorpore expresamente.

#### II.4.6. Evolución final del proyecto.

Fue justamente la tendencia antes apuntada a no instaurar la acción directa en forma explícita que marcó el derrotero del proyecto que analizamos.

El proyecto pasó por la revisión de una Comisión especial designada por el Poder Ejecutivo Nacional en 1961, la que, entre sus modificaciones alteró el texto del artículo 121 e incorporó la citación en garantía con los alcances de cosa juzgada para el asegurador.

Fue otra Comisión Asesora la que en 1967, a raíz de un plan de elaboración de normas jurídicas producido en ese período, -integrada por Mitchenson, Fontanarrosa y Colombres- las que finalmente dieron forma al proyecto que se sanciona como ley con el número 17.418 –de contrato de seguros- y que mantuvo la figura de la citación en garantía (Cima, 2013).

En efecto, el esquema del proyecto de Halperín, ciertamente fue alterado en la redacción final de la ley resultando un sistema que podríamos denominar intermedio donde el asegurador tiene participación directa, cual es el de la citación en garantía (artículo 118 de la Ley 17.418).

Así, podemos apreciar que la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador del responsable civil desapareció del texto de la ley. Esta, si bien respetó la estructura del proyecto y gran parte de sus normas permanecieron -con modificaciones o intactas-, no incorporó el régimen previsto por su artículo 121.

Conforme el texto legal vigente, tanto el asegurado como la víctima pueden citar al asegurador para que a éste se le haga extensiva la condena civil en la medida del seguro. Pero el asegurador puede oponer una importante cantidad de defensas contractuales y legales. Sólo quedan excluidas las nacidas después del siniestro. Sin perjuicio de la discusión respecto de lo que se considera siniestro -el hecho generador o el reclamo, en caso de ser éste último las defensas inoponibles quedarían aún más acotadas-, lo cierto es que las más importantes defensas que puede esgrimir el asegurador le son permitidas en dicho proceso.

Es dable destacar, que el mencionado esquema del proyecto original fue alterado, pero no sin dañar su esencia seriamente. Es inevitable preguntarse cuál fue el motor de esa redacción prevista por Halperín. La respuesta indudable: priorizar el derecho y acceso de la víctima a la indemnización.

El siguiente cuestionamiento es: ¿el régimen tal cual fue previsto por el proyecto pudo haber funcionado?. Es difícil saberlo. Entendemos que, sin dudas, habría alterado las bases técnicas en el cálculo del riesgo de este tipo de seguros y, por ende, las provisiones correspondientes. Seguramente también hubieran aumentado los costos por eventuales repeticiones que el asegurador se hubiera visto obligado a iniciar para hacer valer los derechos que no pudo oponer a modo de defensa en el juicio que iniciara el damnificado.

De esta cuestión se ha ocupado tangencialmente la Suprema Corte de Buenos Aires al expresar:

Desde este cuadrante repárese que el seguro tiene una doble finalidad de solidaridad social, por un lado, reparar integralmente a las víctimas, y por el otro, preservar el patrimonio del condenado, evitando colocarlo en una eventual situación de penuria económica. Permitir el encarecimiento del proceso que soporta el y al prohibirle recurrir fallos injustos -efecto reflejo de la tesis restrictiva- implica la posibilidad del aumento del costo de las primas que afecta a la institución del seguro y al interés general. (in re: "Centeno, Julio C/ contra Ponzio, Horacio S/ daños y perjuicios". Considerando III, párr. 25).

Decimos que se trata de una solución intermedia o atenuada ya que la forma de instrumentación de la citación en garantía no excluye al asegurador del proceso sino que lo incorpora de una manera especial.

Se ha sostenido que al reconocer al damnificado la facultad de citar al proceso a la aseguradora del demandado y, como consecuencia, propagar respecto de la citada los efectos de la cosa juzgada, y establecer que la sentencia condenatoria será ejecutable contra dicha parte, no se ha limitado a instituir un mero llamado a la causa del asegurador. Por el contrario, con abstracción del nombre jurídico utilizado, se ha legitimado al actor para acumular a la pretensión deducida contra el responsable otra reclamación de idéntico objeto contra el asegurador (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1992).

Sin embargo, los jueces han discutido desde el comienzo, o sea, desde el momento de inicio de la vigencia de la ley 17.418, si puede reconocerse a la citación en garantía la calidad de acción directa ya que no es autónoma.

Algunos han considerado que no:

El artículo 118 de la ley solamente otorga a la víctima la posibilidad de “citar en garantía” a la empresa aseguradora, pero tal citación no implica ejercicio de la acción autónoma, ya que la ley obliga al damnificado a accionar sola y únicamente contra éste, que no es deudor del damnificado. De allí que si el actor desiste de la demanda contra el responsable del hecho, ello impide la prosecución del juicio exclusivamente contra la aseguradora (Cámara nacional en lo Civil Sala A, in re: “La Central del Plata S.A. de Seguros c/ Mella. Considerando IV, párrafo 34).

En igual sentido el Superior Tribunal de Córdoba sostuvo que no se le acuerda a la víctima de un hecho una acción directa contra el asegurado del responsable civil del mismo sino que tan sólo se lo autoriza a llamar al asegurador al juicio contra el asegurado demandado –tanto en sede civil como en penal- para que intervenga en virtud de que existe un interés coadjuvante autónomo que se identifica con el del asegurado por cuanto la responsabilidad de éste se encuentra subordinada a la culpabilidad de aquél (Sala Penal. Causa: “Minetto, Angel”).

Otra posición sostiene la existencia de una acción directa pero no autónoma. La Cámara Nacional en lo Civil ha afirmado que lo que ha instaurado el artículo 118 párrafo 2° de la ley 17.418 es en realidad un supuesto de acción directa del acreedor de la indemnización de daños contra el asegurador de su deudor en los términos de la cobertura del contrato de seguro, pero no se trata de una autónoma toda vez que no puede dirigírsela contra el asegurador sin dar intervención en el proceso al asegurado. Esto, ya que la ley impone la actuación del último en el proceso; por lo cual, se trata de una acción directa no autónoma (Sala A, in re: “Londres y Río de la Plata Compañía de Seguros S.A. c/ Baylan AGPO” y Sala C, in re: “Confessore, José c/ Cirmi, Emilio”)

También ha sido motivo de discusión jurisprudencial el alcance de las defensas oponibles a la víctima por parte del asegurador. Las decisiones judiciales han ido cambiando en sentidos diversos y continúan variando hasta en fallos recientes. A modo de ejemplo, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, consideró que no había culpa grave si quien incurre en ella no es el asegurado sino el conductor del vehículo propiedad de aquel (Sala II, in re: “Gaitán, Raúl y Otros c/Gerrero, Gustavo). Pero todos ellos tendientes a forzar la interpretación de las cláusulas contractuales sosteniendo la inaplicabilidad de

defensas contractuales e, incluso, legales y no así su inoponibilidad a la víctima. Ello en razón de la claridad del artículo 118 de la ley 17.418.

Una tendencia que también puede presenciarse en ese sentido es la que aplica las normas de derecho del consumidor o la que afirma que las defensas contractuales en los seguros obligatorios, como el previsto en el artículo 68 de la ley 24.449 para el uso de automotores, no son aplicables al tercero damnificado por el carácter de interés público de dicha contratación (Garaguso, 2016).

La tensión entre el interés general de las víctimas y la de los administradores de riesgos continúa y en medio de ella aparecen criterios jurisprudenciales que pendularmente modifican sus posturas intentando morigerar la ley, o, al contrario, ciñéndose a su letra estrictamente.

#### II.4.7. Conclusión.

Creemos importante remarcar diversas cuestiones que se relacionan con los motivos que nos condujeron a detenernos en el análisis del proyecto de ley que realizara Halperín.

La primera de ellas es de orden histórico. Tiene que ver con la evolución de la actividad aseguradora que luego se fue desarrollando y la visión pionera del autor del proyecto que ya advirtió lo que hoy es una problemática de gran profundidad.

El conflicto social que genera un régimen ineficiente a la hora de responder a los daños y perjuicios emergentes de un acto antijurídico tiende a sostenerse en el tiempo y a agravarse. Ello más allá del cálculo estadístico, que no es objeto de esta tesis, sino de la natural consecuencia jurídica de prever adecuadamente la solución más adecuada para atender a las víctimas. Principalmente las más carenciadas. Pero, más aún, como ha reafirmado el mismo Halperín (2001), debemos considerar seriamente las carencias que el mismo siniestro puede producir como consecuencia de la pérdida de la capacidad laborativa de quien procura el sostenimiento en el ámbito familiar.

Está lógica preventiva del derecho que ya fue considerada por el proyecto que hemos analizado, tiene en la acción directa una herramienta –no la única-

para morigerar consecuencias. Como complemento de ella, la inoponibilidad de las defensas nacidas del contrato al tercero damnificado también sirve a ese fin protectorio y así había sido previsto.

Aquella tensión de intereses de la que hablamos arriba no hizo más que atenuar el texto del proyecto en lo referente al instituto de la acción directa transformándolo en la figura de la citación en garantía. Esta, reiteramos, significó una ventaja respecto de un régimen que obligue a litigar o reclamar primero al asegurado para que, una vez condenado, permita accionar contra el asegurador.

Sin embargo el proyecto era más ambicioso y la evolución histórica acompañada con los cambios jurisprudenciales que intentan concretar esa protección de la víctima, nos permiten advertir lo acertado de sus principios. Refuerzan esas consideraciones la inclusión –luego inexistente en la ley- de un seguro obligatorio para la responsabilidad civil por el uso de automotores. El criterio de regular con detenimiento, incluyendo la descripción y los montos de cobertura, resulta comparativamente más preciso que la derivación genérica que efectúa la ley 24.449 en su artículo 68 a la Superintendencia de Seguros de la Nación para los seguros obligatorios de automotor.

Entendemos que los principios estructurales de un seguro obligatorio no pueden ser fijados por el órgano de control, sino que deben ser establecidos por la ley. Los alcances de la protección mínima que debe ser brindada y que hace a ese interés social deben surgir de la expresión del legislador, siendo la función del organismo ejecutivo aplicarla delineando los detalles operativos que, como toda reglamentación, no puede desnaturalizar su objeto.

Como lo afirma Compiani (2012), lo que la ley de tránsito llama seguro obligatorio no es tal. Existió un error esencial ya que no fue regulado legislativamente efectuando una remisión a las condiciones que fije la autoridad en materia de seguros. Las resoluciones sucesivas de la Superintendencia de Seguros de la Nación -iniciando con la Resolución 36.100- legislan sobre contratos y responsabilidad civil en contra de lo normado por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. Esta norma reserva tales asuntos al Congreso de la Nación.

Agrega dicha autora que lo establecido por la ley 24.449 puede ser entendido como un dispositivo legal que obliga a contratar un seguro de responsabilidad civil automotor, pero no alcanza a establecer un régimen jurídico específico para este tipo de seguros. Por lo tanto, debe concluirse que corresponde la aplicación de las normas de los seguros voluntarios.

Entonces, a diferencia del proyecto en análisis, la ley no estableció un seguro obligatorio, sino la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil automotor.

Otra cuestión relevante es la consideración que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia de lo establecido por la ley 9.688. Como hemos visto, la figura de la sustitución de la obligación indemnizatoria ha provocado importantes debates. Ello giraron sobre la temática de la acción directa y, avanzaron más aún, sobre lo que podríamos considerar un seguro de responsabilidad civil establecido como contratación a favor de un tercero, la víctima.

La importancia de esa discusión radica en que adelanta la que podría existir si en la actualidad se instituyera la misma figura en forma genérica.

En efecto, las distintas posturas asumidas revelan las que podríamos considerar con referencia al carácter de la relación de los terceros afectados por un daño con el asegurado y el asegurador en el caso de instituirse la acción directa.

Mientras una posición buscaba explicar a la acción directa como un remedio para sustituir la obligación indemnizatoria del asegurado frente al tercero reconociendo que originariamente ella existía, otra postura entiende al seguro de responsabilidad civil como un contrato en favor de un tercero.

La expresión: seguro constituido a favor de de los trabajadores, surgía del texto del artículo 7 de la ley 9.688, y se encontraba referido a la cobertura de las indemnizaciones previstas por ella. En consecuencia, estamos frente a un seguro voluntario celebrado entre un asegurado y asegurador para beneficio de un tercero indeterminado pero eventualmente determinable.

En esta estructura corresponde analizar el carácter de cada uno de estos sujetos.

No existen dudas que el asegurador y el asegurado son parte del contrato de seguro. Uno es el titular del interés asegurado, la indemnidad de su patrimonio, y el otro el que asume la obligación de mantenerlo indemne. Se requiere el consentimiento de ambos para perfeccionar el contrato y, por supuesto, no así el del destinatario de la indemnización, el que es tercero respecto del seguro.

Tampoco nos encontramos frente a la situación prevista por el artículo 21 de la ley 17.418 ya que no se trata de un seguro por cuenta ajena. En efecto, el responsable civil es el interesado en preservar su patrimonio por lo que deba a un tercero, en consecuencia es el asegurado.

Si bien existe también un interés lícito de valor por parte del tercero, ello no lo transforma en modo alguno en asegurado. Esto ya que el origen de ese interés es distinto al del contrato, aunque éste lo presuponga.

Una figura a la que podemos acudir para completar nuestro análisis es la del beneficiario. Ella ha sido reservada a los seguros personales por lo que no se aplica los seguros patrimoniales, en particular al de responsabilidad civil. Ha sido regulada en nuestra ley de contrato de seguro en el Capítulo III destinado a los seguros de personas y dada la naturaleza de éstos tiene una específica función que cobra esencial importancia en los seguros de vida.

Sin embargo, al solo efecto de establecer la posibilidad de que nuestro sistema jurídico reconozca en el seguro que se establezca un derecho a favor de un tercero, podemos evaluar lo dispuesto por el artículo 143 segundo párrafo de la ley 17.418 que expresa: “El tercero adquiere un derecho propio al tiempo de producirse el evento”.

Podrá sostenerse válidamente que esta es una disposición legal expresa que no existe en el seguro de responsabilidad civil, lo que resulta cierto, pero con las salvedades antes apuntadas, nos sirve como una demostración de que en el régimen del seguro es factible celebrar un contrato en beneficio de un tercero. Este último, además, puede ser determinado o determinable conforme las pautas establecidas por la misma ley -artículos 145 y 146 de la ley 17.418-.

Una última cuestión que creemos importante destacar es la del orden público en el seguro de responsabilidad civil. Como lo sostiene Rezzonico (1999)

la autonomía de la voluntad es fruto del liberalismo político sostenido por los filósofos del siglo XVIII y del liberalismo económico de los filósofos del siglo XIX. La ley Chapelier de 1791 precisa el concepto kantiano al declarar que no existen más sociedades en el estado, no hay más que el interés particular y el interés general. El interés general sirve para la satisfacción de los intereses particulares.

Con el correr del tiempo, el poder público, de modo creciente, comenzó a limitar la libertad contractual, ligado ello a las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcaron el paso del estado liberal al estado social. Las desigualdades económicas y sociales hacen que en un sistema liberal, los contratantes más débiles gocen sólo de una libertad formal, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes. Puede pensarse en algún remedio en el plano de la autonomía privada, a través de la auto organización de los contratantes débiles - por ejemplo, de los trabajadores reunidos en sindicatos- y el consiguiente ejercicio de una autonomía colectiva. Pero en el estado social se afirma la idea de que corresponde también al poder público intervenir. Se considera que, en efecto, es tarea del poder público asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad no sólo en sentido formal, sino también en sentido sustancial, y en todo caso, la de impedir que la búsqueda del interés privado dañe al interés general (Roppo, 2009).

El seguro adquirió, a la par de esta evolución, un creciente interés social que motivó que, junto a otras actividades, fuera regulada y controlada especialmente. Pero ello no significó eliminar su carácter privado sino acotar el principio de libertad contractual en protección de principios colectivos.

La mencionada función social del seguro cobró mayor relevancia imponiendo normas imperativas y de orden público, que, como vimos, se esbozaron en el proyecto de Halperín y en cierta medida se incorporaron a las leyes que rigen el contrato y la actividad.

En ese orden de ideas surge también la necesidad de imponer seguros obligatorios para ciertos riesgos de impacto social como el transporte o el trabajo en relación de dependencia.

Ahora bien, las normas inmodificables o sólo modificables a favor del asegurado que establece nuestra ley 17.418 no pueden tener el mismo alcance que las que se establecen para los seguros obligatorios. Ya mencionamos el especial régimen de las aseguradoras del riesgo del trabajo y las dificultades que genera la obligatoriedad de contratación de seguro impuesta por el artículo 68 de la ley 24.449 sin que se haya fijado una regulación especial.

La obligación de contratar seguros de responsabilidad civil no ha desplazado a los seguros voluntarios pero entendemos que deben ser regulados de forma distinta. De hecho los últimos seguirán siempre existiendo para cubrir aquellos supuestos no cubiertos por los obligatorios. Lo que posibilitan los seguros obligatorios es que determinadas actividades potencialmente peligrosas o en la que los daños puedan alcanzar una importante dimensión cuantitativa y cualitativa, puedan ser satisfechos. Ello frente a lo que se origina cuando existe una mayor sensibilidad social y los límites de la cobertura del seguro de responsabilidad civil tradicional no son suficientes (Compiani, 2012).

Entendemos que en estos casos se supone la existencia de un interés social, por lo tanto, la regulación deberá ser más precisa –al menos en sus requisitos mínimos- y establecida con el carácter de orden público.

Si existe una necesidad colectiva de garantizar un riesgo, podrá imponerse un seguro obligatorio que lo cubra pero deberá sentar sus principios fundantes en normas de orden público que permitan cumplir con su fin para evitar que se desvirtúe su naturaleza. En ese marco la acción directa del tercero contra el asegurador cobra otro sentido.

Coincidimos con Vivas (2016) en que no sólo en los contratos de adhesión y de consumo el orden público protege a la presunta parte débil sino que, por vía de excepción, el orden público protege, aun en los contratos paritarios, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad jurídica, social, económica o cognoscitiva, estableciendo reglas y principios que permiten superar desigualdades estructurales. A ello se debe que el Código Civil y Comercial, no se limite a proteger la licitud o no de un acto -aspecto intrínseco- ni a la regulación de las políticas económicas y sociales -aspecto extrínseco-, sino que avanza también

sobre las relaciones contractuales privadas paritarias, entre iguales, protegiendo a los más vulnerables desde los puntos de vista señalados. Por lo cual, aun entre pares no siempre debe entenderse que hay igualdad absoluta sino que ella puede ser relativa.

Entonces, los mecanismos de tutela de los vulnerables no pueden ser abarcados por una única herramienta, sino que son fruto de una estructura compleja que debe incluir a todos los actores que participan de distinto modo del riesgo en juego.

La acción directa prevista por el proyecto analizado fue concebida dentro de una estructura que consideraba importante garantizar el acceso a la indemnización por parte de la víctima en todos los seguros de responsabilidad civil sin distinguir entre obligatorios y voluntarios. Pero, mientras no exigía ningún mínimo de cobertura para estos últimos si lo hacía para los primeros.

La ley 17.418 finalmente no mantuvo ninguno de estos principios limitándose, por medio de la institución de la citación en garantía, a permitirle al tercero y al asegurado traer al asegurador al proceso judicial donde se discute la responsabilidad. Esto es, eliminó la mención expresa a la acción directa del tercero contra el asegurador y tampoco incluyó las normas sobre seguro de responsabilidad civil automotor obligatorio.

Cabe concluir que la ley ha priorizado el principio de indemnidad del asegurado por sobre el de indemnización del tercero damnificado o, al menos, los ha dejado en un plano de relativa igualdad.

## Capítulo VI Las defensas oponibles por el asegurador contra el tercero damnificado.

### VI.1. Introducción.

La instauración de la acción directa del damnificado contra el asegurador como medio más adecuado para alcanzar la indemnización y como forma de garantizar su crédito, genera, como contrapartida, la necesaria determinación de sus límites. Ello es, cuáles son los alcances que se le reconocen a dicha acción y, a su vez, qué defensas puede oponer el asegurador frente al reclamo del tercero.

Esa determinación hace a la efectividad de la acción directa y a las previsiones que el asegurador deberá tener a fin de proteger dicho riesgo.

Conforme nuestro derecho, el asegurador puede oponer a los perjudicados las excepciones que ostenta contra el asegurado conforme lo dispuesto por la ley 17.418 en su artículo 118, el que le impide hacerlo con las defensas nacidas con el siniestro.

La posibilidad de oponer defensas a la acción directa por parte del asegurador está consagrada en determinadas legislaciones y reconocida en sentencias.

Los criterios utilizados tienden a poner un valladar al reclamo del tercero con fundamento en las cláusulas contenidas en el contrato y en la ley.

Vale destacar, aunque resulte obvio, que el damnificado no tiene participación en la conformación del texto de la póliza.

Se encuentra comprometido el delicado equilibrio entre la facilitación del acceso a la indemnización por parte del damnificado y el de mantenimiento de la ecuación económica, financiera y actuarial por parte del asegurador.

Veremos cómo las soluciones son diversas y cuáles son los alcances de cada tipo de defensa.

Se trata, en definitiva, de evaluar los límites que se le imponen a la acción directa del damnificado contra el asegurador y, en su caso, determinar las prioridades que se han establecido a tal efecto.

Nos adelantamos a afirmar que el alcance de esos límites está inevitablemente ligado a la función que se le ha asignado al seguro en la organización jurídica y social. Se trata entonces de evaluar si se hace prevalecer la función indemnizatoria o la de garantía de indemnidad. Esa tensión es permanente y ha ido mutando en el tiempo.

No debemos dejar de considerar la ya señalada necesidad de mantener el equilibrio económico de la aseguradora como garante del sistema y administradora de riesgos ajenos.

De todo ello deriva la importancia de las defensas oponibles y el debate que se ha suscitado respecto de ellas.

Analizaremos, por lo tanto, su evolución y las posturas que se han generado sobre la llamada oponibilidad de los términos de la póliza de seguro al tercero damnificado.

## VI.2. La relación entre las partes del contrato y el tercero.

La mencionada función bifronte del contrato de seguro de responsabilidad civil provoca también una interrelación tripartita entre:

- a.- las partes del mismo: el asegurador y asegurado;
- b.- el asegurado y el damnificado conforme la relación que generó el daño y que es jurídicamente reprochable por último al primero;
- c.- el asegurador y la víctima, éste considerado como tercero respecto del contrato de seguro, pero destinatario natural de la indemnización que debe afrontar aquel.

Esta triple relación ha sido motivo de diversas posturas respecto de la última de las mencionadas, lo que nos llevan a sostener la existencia de tres posibilidades. La inexistencia de vinculación alguna, la existencia del reconocimiento de un derecho o de una acción del tercero contra el asegurador, y ésta última a su vez de carácter autónoma o no.

Todo ello es posible advertirlo en la evolución de la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires. Podemos detenernos puntualmente en el recorrido que efectuó la Suprema Corte respecto de la posibilidad del asegurador de apelar la

sentencia en los procesos civiles donde fue citado en garantía. Allí, el Alto Tribunal provincial analizó el supuesto en que el asegurado no apelara la sentencia y sí pretendía hacerlo la aseguradora. Sin perjuicio de la solución que finalmente adoptó (Acuerdo: 55.654; Acuerdo: 57.260; Acuerdos: 56.675 y 59.366), en un momento utilizó un criterio restrictivo de las facultades procesales del asegurador en el proceso de daños y perjuicios (Ac. 43.703 in re: "Rivero, E. c/ Raposi, F. s/ Daños y Perjuicios"). A tal punto, que algunos tribunales locales, basándose en ésta última y transitoria jurisprudencia, llegaron a restringir la prueba que podía ofrecer en la medida que no se relacionara con las defensas que puede oponer.

De todos modos, tanto la jurisprudencia restrictiva como la que volvió a un criterio amplio de participación de la aseguradora en el proceso de daños y perjuicios, siguieron sosteniendo los mismos fundamentos sustanciales.

En efecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que entre la aseguradora y el tercero damnificado no media ningún nexo, ya que la relación obligacional que vincula a éste y el asegurado y la relación contractual que hay entre asegurado y la aseguradora son, entre sí, absolutamente independientes y sólo enlazadas por el sistema instituido por la ley 17.418. Por ende, el asegurador -que es llamado a juicio para cumplir con la prestación debida a su único acreedor, el asegurado- no se constituye en deudor del acreedor de su acreedor. Se agregó, en este sentido, que el contrato de seguro no constituye una estipulación en favor de terceros -artículo 504, Código Civil y actual artículo 1027 del Código Civil y Comercial-, porque es celebrado en interés del asegurado, no existiendo ninguna acción directa en cabeza del tercero respecto del asegurador. Se señaló también que entre el asegurador -citada en garantía- y el asegurado no existe un litisconsorcio pasivo necesario, sino más bien, un litisconsorcio pasivo facultativo, aunque con algunas notas diferenciales; por ende, cuando la aseguradora responde a la citación, no tiene que replicar los hechos alegados por el actor, ni el derecho que dice asistirle, pues la relación víctima-asegurado le es totalmente ajena, ya que no es parte formal ni sustancial de ella (Acuerdo: 43.703; Acuerdo: 44.735; Acuerdo: 45.924; Acuerdo: 54.097; entre otros).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Nación trató la relación entre la víctima y el asegurado al analizar la oponibilidad de la franquicia o descubierto obligatorio en los seguros de transporte público de pasajeros. Así, sostuvo que la función del contrato de seguro queda desnaturalizada, no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico jurídica de tal contratación (Fallo Plenario, in re: "Obarrio, M. P. c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios " y "Gauna, A. c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios").

Para el fallo la prioridad es la protección de la víctima y cuando ella entra juego –en el caso por aplicación de la normativa del artículo 68 de la ley de tránsito- aparece la inoponibilidad de las defensas que puedan desnaturalizarla.

### VI.3. Tipos de Defensas.

La clasificación de las defensas que eventualmente tiene el asegurador puede analizarse desde distintos puntos de vista.

En cuanto a su generalidad, ello es, su aplicación a todos los contratos de seguro o más particularmente a los patrimoniales y, dentro de éstos, el de responsabilidad civil, las defensas pueden ser generales o comunes y particulares de la regulación del contrato específico.

Podemos distinguir las defensas estipuladas en el contrato y las provenientes de la ley por medio de normas imperativas o de orden público. Aquí se destaca la diferencia entre las normas inmodificables por las partes de aquellas que sólo lo son a favor del asegurado -artículo 158, ley 17.418-.

También pueden clasificarse en nacidas antes o después del siniestro. Esta clasificación importa en el derecho argentino debido a que el artículo 118 de la ley 17.418 utiliza tal distinción a fin de establecer las que pueden ser opuestas al damnificado o no, siendo que las primeras lo son y no así las segundas.

Veremos las distintas defensas que existen en nuestro sistema.

Una de gran importancia en el seguro es la genéricamente denominada reticencia. Ella se configura cuando se producen los requisitos previstos en el artículo 5 de nuestra ley de contrato de seguro. Consiste, en nuestro sistema, en una falsa declaración o reticencia de circunstancias que de haber sido conocidas por el asegurador al momento de la celebración hubieran generado que el contrato no se efectivizara o se concretara en otras condiciones. La ley exige que se trate de una falsedad que altere el verdadero estado del riesgo a juicio de peritos. Se le impone al asegurador un plazo de tres meses para alegarla y genera la facultad de este de dejar sin efecto el contrato, con derecho a prima si es de mala fe y sin él en caso de buena fe. Por supuesto el asegurador puede –en caso de buena fe– reajustar el contrato lo que requiere el consentimiento del asegurado. El efecto quizás más destacado es que produce la eventual caducidad del derecho a la indemnización por cualquier siniestro que ocurra durante el plazo para alegarla (Barbato y Morandi, 2001).

La figura de la reticencia o falsa declaración del estado del riesgo tiene antecedentes en la ley de contrato de seguro de 1930 del derecho francés, luego incorporada en el código de seguros de 1976. En Francia la declaración falaz o inexacta del riesgo genera la nulidad del contrato, tal cual lo declara nuestra ley.

La ley italiana también fulmina con nulidad a los contratos donde el asegurado o tomador falsea el verdadero estado del riesgo y, en caso de haber sido conocido por el asegurador, éste no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho en diferentes condiciones. Pero le agrega la necesidad de que concurra dolo o culpa grave. En igual sentido, la ley mexicana de 1935 que regula la actividad en su artículo 8 impone al asegurado la obligación de declarar mediante cuestionario los hechos importantes para la consideración del riesgo, permitiendo que, si no se cumpliera tal obligación a juicio de peritos y el incumplimiento es doloso, se anule el contrato (Jaramillo Jaramillo, 1998).

En Colombia los efectos de la reticencia son la nulidad relativa, la reducción proporcional de la indemnización y la retención de la prima -artículos 1058 y 1059, Código de Comercio de Colombia-.

En cuanto a la delimitación del riesgo, existen distintos supuestos. La delimitación cuantitativa, cualitativa, positiva y negativa –o exclusiones de cobertura-. También las limitaciones territoriales y temporales.

Todas ellas en su conjunto acotan el riesgo cubierto en el contrato y significan la diferencia entre lo que es objeto del contrato y no lo es. Pero, más aún, existen hipótesis de riesgos no asegurables por imperio legal.

Este es el supuesto del dolo que por imperio del artículo 70 y 114 de la ley 17.418 no son cubiertos.

... para que el acontecimiento siniestral quede fuera de la cobertura asegurativa, el dolo o la culpa grave debe ser personal o propia del asegurado, tomador o beneficiario, según el caso, no siendo invocable la del conductor del rodado, la de sus empleados, ni la de sus parientes por quienes resulta civilmente responsable (Barbato, 1994, p. 236).

El siniestro no debe ser provocado por dolo o culpa grave del asegurado. Ello supone que no alcanza a aquellos que no tienen tal carácter. Ahora bien, en el seguro de responsabilidad civil el artículo 114 de la ley de contrato de seguro se ocupa de aclarar que tal situación se refiere al hecho del que nace la responsabilidad. Ello es consecuencia lógica del objeto del contrato.

El siniestro ocurrido por dolo o culpa grave del asegurado genera la liberación del asegurador del pago de la indemnización. Bruck (1930) sobre el fundamento de esa liberación explica las distintas posturas:

a.- Que la no provocación es una condición de derecho para la existencia de la obligación del asegurador, pero ese tipo condiciones no pueden descartarse por vía contractual y, siendo que la culpa grave es asegurable, esta posición ha sido desestimada.

b.- Que es un supuesto negativo para que exista la obligación. A diferencia de la postura anterior, se la considera una carga de conducta que tiende a restringir el riesgo.

c.- Muy relacionada con ésta última, se encuentra la teoría de la obligación. Según ella el asegurado asumió la obligación -no la carga- de no provocar el siniestro por dolo o culpa grave.

d.- Otra postura afirma que el asegurador asume una obligación condicional, condición que no se tiene por cumplida si el asegurado la provoca.

e.- Finalmente el mismo autor la justifica como una limitación subjetiva del riesgo basada en la protección del objeto del contrato, ello es el riesgo.

En cuanto al elemento intencional importa que vaya dirigido a la producción del siniestro y no a la percepción de la indemnización. La jurisprudencia norteamericana, sin embargo, exige para que se la considere causa de exclusión que la intención esté dirigida a la búsqueda de obtener el resarcimiento y no sólo a la provocación del siniestro (Halperín, 2001).

El concepto de culpa grave se encontraba incluido tanto en la regulación del seguro terrestre en materia de incendio -artículo 541 del derogado Código de Comercio- como en la ley 9.688 de accidentes de trabajo en su artículo 4 que la denominaba culpa inexcusable.

La definición más generalizada de culpa grave es aquella que sostiene que se produce cuando se omite la diligencia más elemental de la persona menos previsora. Además es personal, aunque se extiende a sus representantes –así como en el dolo- no se extiende a terceros por los que se es civilmente responsable (Barbato, 1994).

Una parte destacada de la doctrina (Vivante, 2002), incorpora el requisito de la omisión de los recaudos que hubiera tenido el asegurado si no se encontrara cubierto por un contrato de seguro.

Otra importante y frecuente limitación al riesgo son la franquicia y el descubierto obligatorio. Ellas existen con el objeto de fomentar la conducta diligente del asegurado y evitar la liquidación de siniestros muy pequeños.

La franquicia puede ser de dos clases:

a.- Condicional o simple -también llamada relativa-, por la cual el asegurador abonará la indemnización siempre que el daño supere un monto o porcentaje mínimo del valor del bien indicado en la póliza, debiendo en este supuesto abonar todo el daño.

b.- Otra forma es la franquicia incondicional, absoluta o deducible, es igual a la anterior en cuanto el monto del daño debe superar cierta suma fijada en la póliza pero el asegurador, sólo abona el monto que la supere, no el total. Esto quiere decir que deduce el monto de la franquicia.

Finalmente existe el descubierto obligatorio, en éste, el asegurado debe participar siempre de un porcentaje del daño, se trata en realidad de una parte del siniestro que el asegurador nunca indemniza.

Habitualmente tanto franquicia –en cualquiera de sus formas- como el descubierto obligatorio aparecen combinados en la póliza.

Respecto de las cargas y obligaciones legales y convencionales existen previstas obligaciones esenciales del contrato como las dos principales cuales son pagar la prima y eventualmente abonar la indemnización, la primera a cargo del tomador o asegurado y la segunda a cargo del asegurador.

La diferencia entre obligación y carga radica en su naturaleza. La primera es esencial al contrato o fuente de la que nace y la segunda es complementaria y tendiente a ajustar la conducta de las partes para el cumplimiento funcional del contrato. Como nos explica Halperín (2001) esta temática ha sido muy discutida por la doctrina alemana donde se advirtió que la diferencia sustancial con la obligación radica en que no posee las cualidades de éstas: exigibilidad de la ejecución, ejecución forzada, daños y pena. En efecto, el asegurador no tiene interés en reclamar su cumplimiento ya que se beneficia con la eximición de su obligación. Las cargas son consecuencia de los fundamentos de la técnica del seguro que se originan en la necesidad de la observancia de deberes del asegurado. Su función es mantener la eficacia de la prestación del asegurador que se sostiene sobre la comunidad de riesgos. Las conductas que alteren la evaluación que efectuó del mismo o que produzcan su clasificación errónea perjudican a todos los miembros de la misma y la manera más eficaz de evitarlas es castigarlas con un perjuicio propio de quien las ejecuta: la pérdida del derecho a la indemnización.

En tal sentido Goldschmidt (1936) habla de las cargas como imperativos del propio interés, a diferencia de las obligaciones en las cuales el imperativo –pagar la deuda- se cumple en interés del acreedor. Dicho autor agrega que en la carga se imponen condiciones de la conservación de un derecho, y que el imperativo se manifiesta bajo amenaza de un perjuicio.

La falta de pago de la prima o premio genera en el derecho de seguros consecuencias muy particulares. A las consecuencias propias de cualquier tipo de obligación prevista por nuestra ley se suma la caducidad del derecho a la indemnización en el caso que se produzca un siniestro mientras dure la mora - artículo 31 primer párrafo de la ley 17.418-. Ello significa que además de la posible ejecución forzada de la obligación a la que tiene derecho el asegurador y la de rescindir el contrato se agregan los efectos suspensivos de la cobertura (Stiglitz, 1997).

Las cargas pueden ser legales -artículos 37 a 40, 46, 70 y concordantes de la ley 17.418- o convencionales -artículo 36 de la ley 17.418-. Todas en general tienen como consecuencia la caducidad del derecho a la indemnización.

Las cargas legales en general -no específicas de tipo de seguro en particular- son:

a.- Denunciar la agravación del riesgo -artículo 39 y siguientes de la ley 17.418-: el asegurado debe denunciar la agravación del riesgo que tenga tal entidad que de haber sido conocida para que el asegurador decida rescindir o no el contrato. La agravación debe ser denunciada antes de producirse si es un hecho del mismo asegurado o inmediatamente si es el hecho de un tercero. El plazo de denuncia es de un mes e ínterin caduca el derecho a la indemnización si se produce un siniestro. Lo mismo ocurre con el plazo que el asegurador tiene para rescindir. El asegurador no podrá eximirse si no hubo culpa del asegurado, conoció la agravación dentro del plazo para alegarla o se debió al cumplimiento de un deber de humanidad generalmente aceptado. Esta carga se relaciona con otra estrechamente vinculada cual es la de evitar la agravación del riesgo como principio general.

b.- Denunciar el siniestro y acompañar la información complementaria - artículo 46, ley citada-. La primera es una carga de conocimiento que consiste en denunciar las circunstancias del siniestro dentro de los tres días. Si el asegurador tomó conocimiento por otra vía o el hecho era público así como ante la imposibilidad de hecho insalvable sin culpa del asegurado impiden la consecuencia natural, cual es, la caducidad del derecho a la indemnización.

La información complementaria es todo aquello que el asegurador requiere a fin de determinar las verdaderas circunstancias del siniestro y tiene importancia a los fines del artículo 56 de la ley de seguros ya que el plazo que éste fija para que el asegurador se expida sobre el derecho del asegurado bajo apercibimiento de tenerlo por reconocido comienza en ese momento. El requerimiento debe ser razonable, o sea, no abusivo y no utilizado al solo efecto de dilatar su pronunciamiento sobre el siniestro.

c.- No modificar el estado de las cosas dañadas es otra carga que está relacionada con la mejor evaluación del daño pero que tiene que ver con la racionalidad de su análisis por asegurador en tiempo y forma. Lo mismo ocurre con la simulación del siniestro o sus consecuencias, ello supone falsear daños o siniestros inexistentes.

d.- El salvamento es una carga por la que se requiere del asegurado cumpla con las instrucciones del asegurador para evitar o disminuir los daños. Los gastos son a cargo del asegurador si se siguieron sus instrucciones o las medidas fueron razonables dadas las circunstancias. Por supuesto las instrucciones también deben serlo.

Con referencia a las cargas convencionales, la ley las prevé en el artículo 36 y para poder imponer caducidad del derecho a la indemnización deben constar de los siguientes requisitos:

a.- Relación de causalidad entre el incumplimiento y el siniestro o sus consecuencias. Adviértase que a diferencia de las cargas legales -salvo la de salvamento- y de la reticencia, aquí importa la relación causal. No así en las otras -insistimos salvo en la carga de salvamento que la prevé expresamente-, ello es así porque es otro el sentido que las motiva. En las cargas legales, la agravación, la reticencia, etc. se prioriza la mantención del estado del riesgo, la correcta denuncia del mismo por que poco importa si tienen o no relación con el siniestro. Digamos que es una sanción al asegurado negligente o de mala fe. Sin embargo no son pocos los fallos que exigen relación causal entre agravación -o reticencia- y siniestro. Se prioriza en ellos al asegurado o la víctima como parte débil del contrato o su protección (Barbato, 1994).

b.- Que al menos haya culpa del asegurado, no puede tratarse de hechos objetivos -sí podría serlo la exclusión de cobertura-.

c.- Un plazo para alegarla, la ley prevé una caducidad de la caducidad.

Son defensas propias del seguro de responsabilidad civil el incumplimiento por parte del asegurado de las siguientes cargas que producen caducidad del derecho a la indemnización (Llistosella y Favier Dubois, 2002):

a.- Denuncia del hecho que genera la responsabilidad dentro de los tres días de producido si es conocido o debía conocerlo, o de la reclamación del tercero si no lo conocía.

b.- Denuncia del reclamo judicial del tercero inmediatamente -artículo 115 de la ley 17.418-.

c.- La imposibilidad reconocimiento de la responsabilidad o de la celebración de transacción sin anuencia del asegurador. Ello no impide que el asegurado al ser interrogado judicialmente pueda reconocer los hechos de los que nace su responsabilidad ya que no se puede obligar a no cumplir el deber de sinceridad frente al órgano jurisdiccional -artículo 116, ley 17.418-.

e.- La cesión de la dirección del proceso al asegurador.

f.- Preservar las cosas dañadas o intervinientes en el hecho que generó la responsabilidad manteniendo su estado hasta que el asegurador pueda verificarlo.

La prescripción en el seguro de responsabilidad civil tiene una especial dificultad que, si bien se encuentra esencialmente solucionada en forma pacífica, ha motivado oportunamente cierta discusión. El artículo 58 de nuestra ley de contrato de seguro establece un plazo de un año para la prescripción de las acciones, computado desde que correspondiente obligación es exigible. En tal sentido se produce el conflicto relacionado con que las acciones nacidas de la responsabilidad civil tienen un plazo diferente de aquel, más extenso.

Para Halperín (2001), el problema se vincula con la determinación del siniestro, ya que ocurrido el mismo, la prescripción empieza a correr desde que el tercero efectúa el reclamo.

La legislación italiana contiene una disposición específica respecto del momento de comienzo de la prescripción. Así lo establece el artículo 1917 del

Código Civil de ese país al decir que “En el seguro de la responsabilidad civil el término transcurre desde el día en que el tercero ha requerido el resarcimiento al asegurado o ha promovido acción contra aquél”. Algo idéntico ocurre en Francia donde el artículo L-114-1 del *Code des Assurances* establece que: “Cuando la acción del asegurado contra el asegurador tiene por causa la petición de un tercero, el plazo de prescripción no corre sino desde el día en que ese tercero ha ejercido una acción en justicia contra el asegurado o ha sido indemnizado por este último”.

Como expresamos, nuestra ley no tiene norma específica por lo que al decir de Stiglitz (1997) debe estarse a la obligación del asegurador que es exigible desde que se encuentra concretamente determinada, por lo que sólo podrá iniciarse cuando exista una sentencia firme que condene al asegurado. Ello en virtud de la obligación de indemnidad que caracteriza al contrato de seguro de responsabilidad civil.

En tal sentido se expidieron tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re: “Siddi, L. C/ Provincia de Buenos Aires”) como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (in re: “Leptiem, L c/ Muhlemann, R.”)

La suma asegurada tiene una función relevante en el seguro de responsabilidad civil. Se distingue del valor asegurado por su función. El primero funciona como un tope indemnizatorio y el segundo como un monto relativo a la cuantificación del interés asegurado. El valor asegurado no es considerado ni tiene los efectos que en los demás seguros patrimoniales por el hecho práctico de la imposibilidad de predeterminarlo. En efecto, establecer cuál es el daño que se puede generar al tercero al momento de celebrar el contrato es inviable. Desde otro punto de vista, lo que se compromete es la integralidad del patrimonio como universalidad, no un interés o bien particular dentro de él. Por ello los aseguradores han fijado el límite cuantitativo en una suma máxima indemnizable.

#### VI.4. Alcance y límites de las defensas.

En nuestro sistema jurídico el asegurador puede oponer a los terceros las excepciones que ostenta contra el asegurado conforme lo dispuesto por la ley 17.418 en su artículo 118, el que le impide hacerlo con las defensas nacidas con el siniestro.

La posibilidad de oponerse a la acción directa por parte del asegurador está consagrada en determinadas legislaciones y reconocida en sentencias. El *Code des Assurances* estipula que el asegurador puede oponer al tenedor de la póliza, o al tercero que invoque su beneficio, las excepciones oponibles al suscriptor originario, entendiéndose como tales las existentes en el propio contrato y las derivadas del alcance de la garantía nacida de este. En Italia, señala Hill Prados (1995), existen sentencias que reconocen la posibilidad de oponer al perjudicado aquellas excepciones que hubiera podido alegar frente al asegurado el asegurador. Este es un elemento interesante, por cuanto la legislación italiana no consagra la acción directa, sino que otorga un privilegio sobre la indemnización debida, e instrumenta su protección por medio de la llamada en garantía.

En Perú -artículo 111, Ley 29.946/2012, del contrato de seguro- se dispuso que el asegurador puede oponer al tercero las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima, los límites y exclusiones previstas en la póliza y las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, si no se producen con posterioridad al siniestro, lo que supone un valladar a las excesivas oposiciones.

El derecho anglosajón entiende que los derechos del asegurado sólo son transferibles al tercero por ley, sujetos a las condiciones del contrato de seguro, por lo que el asegurador puede oponer aquellas excepciones derivadas del contrato de seguro. Sin embargo, sostiene que el asegurador no podrá oponer la falta de pago de las primas, por lo que se considera que los derechos que se transfieren son los referentes a la responsabilidad incurrida frente a terceros.

En tal sentido, se defiende la necesidad de consagrar la oponibilidad de las excepciones objetivas, basadas en la existencia y vigencia del contrato de seguro de responsabilidad civil, la cobertura pactada o el límite de la indemnización, y que hayan surgido con anterioridad al nacimiento de esa acción directa. Así, de no

existir un contrato de seguro previo al siniestro, quedaría exenta la aseguradora de la obligación de pagar, salvo algunos casos de seguros obligatorios donde el tratamiento difiere. Igualmente, la obligación de la aseguradora resulta hasta el límite pactado de la indemnización, no el total del daño, pues de ocurrir un daño superior al protegido, la diferencia quedaría a cargo del asegurado, no de la aseguradora.

Como principio, no se reconocen las excepciones nacidas con posterioridad al siniestro, lo que se entiende en el sentido de que el acreedor es titular de un derecho propio, independiente del de su deudor.

Las caducidades convencionales operan como cláusulas resolutorias, por lo que su efecto es retroactivo, en consecuencia, oponible al titular de la acción directa. El asegurador no debe la indemnización sino cuando se han cumplido todas las condiciones del contrato. Ello es importante, el contrato de seguro de responsabilidad civil es el que marca las condiciones en que nacen y se ejercitan los derechos del tercero.

Por su parte Armelín (2003) enumera como excepciones alegables la inexistencia de seguro, la existencia de contrato no cumplido por el asegurado, la prescripción, el pago efectuado por el asegurado a la víctima, la compensación realizada entre asegurado y víctima y otras formas objetivas de extinción del derecho.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en distintas oportunidades la plena vigencia del art. 118 de la ley 17.418 y, por lo tanto, el asegurador sólo no puede oponerle al tercero damnificado las defensas allí establecidas ("Fallos" 306:2177; 311:945; 313:988; 318:862, 318:2296; 319:3395, 319:3489, 323:262, 325:595, entre otros).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que la aseguradora sólo puede oponer a la citación del artículo 118 de la ley 17.418 aquellas defensas que hacen a su legitimación pasiva, esto es aquellas anteriores al siniestro y resultantes del contrato de seguro que demuestren que en ese momento no existía cobertura o, en su caso, la limitación que ésta tenía. (in re: "Pérez, G. S. D. c/ Pertini, H. A. s/ daños y perjuicios").

En relación a las defensas de culpa grave y dolo la jurisprudencia se encuentra dividida, habiéndose sostenido que dichas causales de exclusión de cobertura resultan oponibles al tercero para una corriente y que no los son para otra. La doctrina -coincidente con la política legislativa adoptada en la ley de seguros- se inclina decididamente por la solución de que el dolo o la culpa grave personal del asegurado o tomador en la producción del siniestro es oponible al tercero damnificado, por ser una defensa nacida con anterioridad o concomitante a la ocurrencia del siniestro. Los tribunales han resuelto que en materia de seguro de automotores, se ha decidido que configura culpa grave el conducir en estado de ebriedad, así como también el circular a velocidad tan elevada que, al intentar pasar a otro rodado que lo precedía, en una curva, la fuerza centrífuga lo desplazó a la mano contraria, perdiendo el control y yendo a chocar de frente a otro vehículo que venía en sentido contrario. Sin embargo con respecto al tema de la velocidad excesiva, debe tenerse en cuenta que -como lo tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia- para que sea considerada causa adecuada de un accidente debe haber sido determinante o contribuido en la producción del mismo generando la pérdida del dominio del automotor por parte del conductor – asegurado-, ya que si no se verifica esto último, el sólo exceso de velocidad por sobre los límites legales impuestos para la vía de comunicación en cuestión – amén de constituir una falta administrativa-, no es suficiente para imputar responsabilidad al conductor en el accidente ocurrido.

Así, por ejemplo, en el seguro de automotores, han dicho nuestros jueces que no configura culpa grave el haber cruzado el semáforo con luz roja, el conducir a velocidad superior a la permitida, o a velocidad que resulta imprudente, o excesiva; y tampoco el circular a 60 km/h., en una avenida, no aminorando en los cruces, y tomar por la izquierda en lugar de la derecha, pues son infracciones corrientes, que no cabe calificar de graves, ni el circular de contramano resulta por sí solo configurativo de culpa grave que libere al asegurador, ni la imputación de alcoholemia sí, por su grado, no surge con evidencia que ella ha sido motivación total o parcial del accidente de tránsito en nivel de culpa grave (Barbato, 1994).

En otro orden la jurisprudencia sostuvo que:

... cabe responsabilizar a los padres de un menor que corriendo picadas con el automóvil de aquéllos embistió fatalmente a otro menor mientras cruzaba la calle, dado que existió culpa grave del conductor y no se acreditó ninguna de las causales de eximición de responsabilidad que contempla el art. 1113 del Cód. Civil, siendo que el embistente conducía a una velocidad muy elevada y con total desaprensión de las reglas de tránsito y de los deberes de todo hombre medio al conducir un vehículo por la vía pública". Liberándose de responsabilidad a la aseguradora de la demandada (Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, in re: "Franco, Agustín y otros c. Robles, María C. y otros", p. 7).

La conducta desaprensiva referida en el fallo parcialmente transcrito es la vara de medición que han utilizado los jueces para determinar la gravedad de la culpa. Pero los criterios siguen sin ser uniformes lo que genera un importante grado de incertidumbre jurídica.

La aplicación de las normas del consumidor al derecho de seguros ha motivado diversas controversias las que tienen un especial impacto en el alcance de las defensas del asegurador.

Existe una disputa de larga data entre la aplicación de las normas del derecho del consumidor al contrato de seguro, ríos de tinta han corrido en nuestra doctrina y jurisprudencia sin una clara definición del tema. Hemos referido a esta cuestión al analizar la función del seguro de responsabilidad civil y las medidas de protección, en particular la protección del asegurado -supra III.4.1.-.

Así referimos que existían tres posturas. Una que niega la posibilidad de la aplicación de las normas del consumidor, otra que acepta su vigencia en el ámbito del seguro y, por último, la que sostiene que ninguna de las dos prevalece sino que deben ser entendidas como dos sistemas que interactúan recíprocamente.

La variable que gira en torno de la normativa del seguro y la normativa aplicable al consumidor es atravesada por un concepto clave: autonomía de la voluntad.

En la dialéctica de la aplicación normativa surge inevitable una nueva conceptualización de este término que sirva de herramienta para determinar la incorporación o eliminación y/o coordinación de normas tuitivas.

Va de suyo, que los detractores de la aplicación de las normas de defensa al consumidor al derecho de seguros fundan su negativa en que el contrato de seguro -aun aceptando hipotéticamente que se trata de una prestación de

servicios- no se encuentra alcanzado por la ley de defensa al consumidor por su normativa específica.

Pero además, se ha sostenido en contra de la aplicación de las normas del consumidor que éstas no la preveían en su texto. En efecto, cuando la ley 24.240, en su capítulo V, trataba la prestación de servicios a través de sus artículos 19 a 24, se advertía, con indudable certeza, que el legislador legisló contratos cuyo objeto eran tareas de reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar -artículo 20- en los que el locador debía realizar un trabajo sobre una cosa, utilizando los materiales presupuestados o los adicionales que pudieran corresponder -artículo 22-. Esa descripción no encajaba con el contrato de seguro.

Los que postulan la no aplicación de la regulación sobre consumo refieren que los contratos de seguros están regidos exclusivamente por las leyes 17.418 y 20.091 que no habían sido derogadas ni expresa ni tácitamente por la ley 24.240 ni sus modificatorias.

Bajo esta línea se enrolaron quienes consideraban que el contrato de seguro no encuadra en el concepto de contrato de consumidor o relación de consumo puesto que, un contrato de seguro es algo totalmente distinto a una locación de servicios ya que las obligaciones y derechos que asumen las partes en cada uno de ellos son totalmente diferentes, máxime, cuando en el contrato de locación de servicios el locador asume una obligación de hacer, mientras que en el seguro la obligación del asegurador es indemnizatoria. Así lo afirmaron López Saavedra y Halperín (2003), Schwarzberg (2004) y Bulló (1999).

Un principio fundamental del derecho es que no existe obligación sin una fuente de la que emane dicha obligación. Este principio surge del artículo 726 Código Civil y Comercial de la Nación.

La causa fuente de la que deriva la obligación de la aseguradora es el contrato de seguro. Las obligaciones del conductor o titular registral del vehículo que generó un daño frente a la víctima en un accidente de tránsito surgen del hecho ilícito, mientras que las del asegurador nacen del contrato entre éste y su asegurado.

Los que sostienen la no aplicación del derecho del consumidor afirman que obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente contractual y su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado. En ese orden de ideas afirman que su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De manera tal que la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en contrato carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser objeto de una obligación civil (Bulló, 1999).

Entonces para esa postura, la obligación del asegurador de pagar la indemnización prometida, constituye la contrapartida de la obligación del asegurado de abonar la prima. El asegurador obtiene los fondos para afrontar los siniestros de lo aportado por el conjunto asegurado: y si desde el punto de vista jurídico la prima constituye un todo único e indivisible, que no puede descomponerse en distintos rubros que la integran, no sucede lo mismo desde el enfoque técnico, donde resulta de interés fundamental el estudio que ha servido de base para su cálculo.

Desde ese ángulo, el primer elemento que figura en la composición de la prima está constituido por el puro equivalente matemático del riesgo asumido por el asegurador y representa el límite por debajo del cual éste no puede descender sin comprometer el equilibrio propio del conjunto de asegurados. De las contribuciones hechas por cada asegurado conforme a su riesgo se forma el fondo de las primas que viene a ser la real garantía que –en el aspecto económico- tiene el asegurado, en el sentido que lo prometido por el asegurador en el contrato podrá efectivizarse cuando se verifiquen los eventos (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, in re: “Mussa de Gómez de la Vega, María H. c/La Defensa Compañía de Seguros”).

Conforme los Fundamentos que acompañaron el anteproyecto del actualmente vigente código civil y comercial, podemos encontrar:

a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía de la voluntad.

b) Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen.

c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

El Código Civil y Comercial incorpora como novedad los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas. Los encontramos regulados en el libro tercero –derechos personales-, título II –contratos en general-, dentro del capítulo 3, sección 2, referido a la formación del consentimiento, en los artículos 984 al 989.

Hasta la sanción del mencionado cuerpo legal, el concepto general de cláusulas predispuestas o abusivas estaba legislado sólo en la ley de defensa del consumidor. Es decir, que para que un adherente de un contrato pudiera lograr la protección del régimen tuitivo de la ley 24.240 debía ser un consumidor o usuario en los términos de su artículo 1.

Ahora bien, la nueva regulación del Código Civil y Comercial en la parte destinada a la formación del consentimiento hace aplicable el régimen a cualquier supuesto de contrato.

Entonces, el campo de aplicación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas son los contratos que no son de consumo y que presentan situaciones de adhesión por ejemplo, los ocurridos entre las pequeñas, medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

Es dable sostener que tanto el contrato como las decisiones jurídicas que se adopten con relación al derecho del consumidor y las normas sobre adhesión deben respetar y responder al esquema básico de naturaleza y funcionamiento del seguro. Por ello, la necesidad real de resguardar, a través de normas jurídicas, los presupuestos económicos y financieros del sistema. Ello siempre en el marco del acabado cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes y del respeto por la buena fe contractual, base fundamental del contrato que nos ocupa.

Según esta postura aplicar las leyes de defensa del consumidor al contrato de seguro, significa desconocer la complejidad del negocio asegurador y la importancia de poder cuantificar claramente los riesgos y los costos siniestrales a fin de tener un mercado asegurador saludable.

En consonancia la jurisprudencia ha opinado que

... la Ley de Defensa del Consumidor, contiene reglas protectorias y correctoras que vienen a complementar —no a sustituir— el ámbito de protección del consumidor con carácter general, por cuanto la propia Ley de Seguros también protege al asegurado, aunque en forma especialmente adaptada a ese tipo de relaciones (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A in re: “Rodríguez, Antonino c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario”, Considerando IV, párr. 4).

Al respecto, la jurisprudencia ha opinado que no resulta procedente entablar la acción de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito fundada en las normas de la ley de defensa del consumidor ya que, si bien esa normativa tiene reglas protectoras y correctoras, deben estimarse complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la ley 17.418. Así pues, es que pese a la reforma de la ley 26.361, en caso de incompatibilidad de ambos regímenes, tiene preeminencia la citada ley y otros ordenamientos normativos sobre el plexo legal. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, in re: “Lucas Marcelo c/ Soto, Roque Orlando y otros s/ Daños y perjuicios”).

Cracogna (2001), Sobrino (2010), Piedecabras (2014), Stiglitz (2015), Ghersi (2006), Caballero Sanchez (1997), entre otros autores a destacar sostienen que el régimen del consumidor debe ser aplicado al seguro. Fundamentan su tesis en los siguientes argumentos:

a.- Es contradictorio decir que la ley de defensa del consumidor contiene reglas protectoras y correctoras que vienen a complementar las normas específicas del universo del seguro, pero como éste cuenta con previsiones especiales en materia normativa, son éstas las que deben primar. Precisamente, la complementación a la que se refiere el juzgador insinúa la idea de una integración armónica, basada en los criterios que deben aplicarse por mandato legal y que son propios del estatuto del consumo. Cualquier otra conclusión

importaría afirmar que el derecho del consumidor entraría a jugar solo cuando no existiera una regulación particular que resuelva cierta problemática.

b.- Tampoco es correcto el planteo acerca de si la normativa protectoria se aplica o no a los contratos de seguros, ya que lo que la habilita es la existencia de una relación de consumo en el caso concreto, lo que puede darse o no en materia de seguros, como en tantas otras (Wajntraub, 2015).

Cracogna (2001) con referencia al artículo 42 de la Constitución Nacional sostiene que "...la amplitud y generalidad del precepto involucran dentro de sus alcances al seguro, por lo que a partir de entonces ya no hay duda de que la tutela del consumidor, constitucionalmente reconocido, beneficia también al consumidor asegurado o asegurable ..." (p. 697).

La Corte Suprema de Tucumán califica al contrato de seguro como un contrato de consumo, con la siguiente aclaración: en tanto reúna los presupuestos objetivos y subjetivos que definen la figura. Sostiene la aplicación indiscutida del régimen protectorio a los consumidores, e indica que tratándose de una ley de orden público corresponde a los jueces aplicarla aun cuando las partes no la hayan invocado. En este sentido, refiere que el beneficiario del seguro puede ser incluido en la categoría de subconsumidores pues por el contexto en el que sus requerimientos y necesidades demandan satisfacción, es un sujeto particularmente vulnerable y precisado de tutela (Corte Suprema de Tucumán, Sala civil y penal, in re: "Amaya, Mariana Delicia c. Galicia Seguros S.A. s/ daños y perjuicios")

El tema fue tratado también en la jurisprudencia con relación a los plazos de prescripción. En tal sentido se ha estado en forma mayoritaria por sostener que:

La ley de defensa del consumidor contiene reglas protectoras y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente. [...] no resulta de aplicación el plazo de prescripción de la ley 24.340: 50 porque el mismo se encuentra expresamente previsto en la ley especial. De admitirse una posición contraria podría llegar a afirmarse que ahora el contrato de seguro se encuentra regido por la ley de defensa del consumidor, aplicándose supletoriamente las normas contenidas en la ley de seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquella. [...] Así, la prescripción debe regirse por el plazo anual del artículo 58 de la ley 17.418 (Cámara Nacional Comercial, SALA B, in re "Balboa, Omar A. C/ Provincia Seguros S.A. S/ Ordinario").

Sin embargo, han existido fallos que sostienen la aplicación de los plazos prescriptivos de las normas de consumo y no las del seguro. (Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Sala I, in re: "Gomez de Olivera, Jorge R. c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Daños y perjuicios").

Respecto del consumidor de seguros, es dable destacar que obedeciendo a esta concepción de consumidor, no parece existir razón válida alguna que impida la consideración como tales a todos los elementos personales que se amparan bajo la denominación de asegurado siempre que se actúe al margen de cualquier actividad profesional y, en definitiva, como contraparte del asegurador en relación a la aseguradora.

En principio, y como punto de partida, se ha sostenido que el consumidor de seguros encuadra sin ningún problema dentro del concepto que trae la Ley 24.240, máxime cuando esta normativa utiliza un doble concepto finalista que es el consumo o el beneficio propio, grupal o social que permite comprender tanto al tomador como al asegurado, al beneficio y al damnificado, sin restringir la protección debida al asegurado (Superior Tribunal de Justicia, Rio Negro Sala B in re: "B., L. C. c/ La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales s/ recurso / casación sentencia").

El actual código civil y comercial define en el artículo 1093 el contrato de consumo como aquel celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Asimismo dicho texto legal refiere en su artículo 1094 que en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Como consecuencia de ello, se regulan los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más -por ejemplo contrato de compraventa, de locación, de seguro-, sino una fragmentación del tipo general de contratos, que

influye sobre los tipos especiales -en nuestro caso, seguros de consumo- (Compiani, 2014).

La ley general de protección al consumidor incluye una serie de principios generales de defensa que actúan como un estándar mínimo, lo que implica que no existe impedimento para que una ley especial establezca condiciones superiores y ninguna ley especial en aspectos similares puede derogarlos. Esto implica que la regulación del consumo resulta una regulación de los mínimos indisponibles en defensa del consumidor teniendo como objeto dar coherencia al sistema.

Entonces, debemos afirmar que se produce entonces una integración del sistema legal, en el siguiente orden de prelación, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; los principios y reglas generales de protección mínima; la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros son estables, mientras que el tercero es flexible y disponible conforme las circunstancias de los usos, prácticas y la relación en particular.

Tanto la ley 17.418 como la ley 20.091 e, inclusive en cierta medida, la ley 22.400 son un intento de avanzada y específico para el área, de protección a la que se consideró la parte débil del contrato.

Debemos admitir que no siempre el asegurado se encuentra en inferioridad técnica, económica o jurídica frente al asegurador, recordamos que algunos asegurados tienen una magnitud económica a veces mayor que sus aseguradoras. Pero, es cierto que es mucho más numerosa la cantidad de asegurados que carecen de tal capacidad.

En tal sentido, la ley 17.418 posee una serie de normas tendientes a la protección del asegurado, a hacer equitativas las condiciones de la póliza, evitar que se modifiquen las condiciones del contrato y procurar una liquidación leal y rápida de la indemnización. Podemos mencionar las imposiciones del artículo 11 sobre la claridad y legibilidad del texto de la póliza, la presunción de aceptación del derecho del asegurado del artículo 56, así como la necesidad de la aprobación del texto de las pólizas por la autoridad de control.

En igual modo, las normas de la ley 20.091 tendientes al control de solvencia, esto es, del equilibrio económico financiero, son una protección indirecta del asegurado ya que le procuran garantizar que ocurrido el siniestro existan reservas suficientes para afrontarlo. A su vez, todo el régimen de control de los directivos de los aseguradores y productores de seguros -leyes 20.091 y 22.400 respectivamente- intentan evitar prácticas desleales.

Como expresáramos, el control de solvencia y de respeto a las normas técnicas tiene también como objetivo proteger al asegurado, aunque en forma indirecta. Ello es así porque el incumplimiento de tales principios afecta a los asegurados que verán imposibilitado el pago de sus indemnizaciones si la aseguradora no respeta las previsiones necesarias. Esto último ha inclinado a un sector de opinión a favor del principio de especialidad de la ley de seguros y, en consecuencia, de su aplicación exclusiva, excluyente o no.

Por su parte la ley 20.091 establece el control exclusivo y excluyente de la Superintendencia de Seguros de la Nación a las entidades de seguros, “con exclusión de toda otra autoridad administrativa nacional o provincial” -artículo 8-.

Como consecuencia de lo expuesto puede apreciarse que en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia existe una clara tendencia a limitar los efectos contractuales frente al adherente y consumidor.

Encontrándose el asegurado en esas categorías, las normas contractuales pasan a valorarse desde otro prisma jurídico y, por esa vía, a limitarse las defensas oponibles al asegurado e –indirectamente- al tercero damnificado. Significa decir que la revaluación del contrato en cuanto al alcance de sus condiciones condiciona las defensas que el asegurador puede oponer, ya no frente al tercero, sino frente al mismo asegurado.

Sin perjuicio de ello, también puede sostenerse que la situación de tercero afectado por la relación de consumo es aplicable al damnificado en el seguro de responsabilidad civil, considerándose, en tal supuesto, que estamos a una virtual inaplicabilidad de aquellas cláusulas o prácticas que puedan ser consideradas abusivas.

En tal sentido, el Código civil y Comercial al definir la relación de consumo establece que queda equiparado al consumidor el que, “sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” -artículo 1092 párrafo segundo-.

El control jurisdiccional de las normas contractuales que permiten la revisión de cláusulas consideradas abusivas, se relaciona también con la interpretación del contrato. A su vez, ésta se encuentra ligada al alcance de las defensas que el asegurado podrá esgrimir ya que una interpretación restrictiva de las mismas puede significar su limitación concreta.

La cuestión de la interpretación del contrato está estrictamente vinculada al principio de buena fe, entendida como un modelo objetivo de conducta que la sociedad acepta como arquetipo e inmersa en un marco ético. Se trata de la observancia en la relación jurídica de un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza que se genera en la otra parte (Stiglitz, 1997). Esa buena fe creencia de la que habla Morandi (1971), se profundiza en el contrato de seguro por la complejidad técnica que el mismo posee, a lo que debe adicionarse la dinámica y masividad necesaria de su comercialización.

Por ello, la difícil tarea de armonizar una estructura contractual técnicamente adecuada con la factibilidad de la fácil comprensión de los alcances de la misma por parte del asegurado. De allí la relevancia de un correcto asesoramiento al asegurable o tomador del contrato y una correcta evaluación administrativa estatal previa de los términos de las pólizas.

Una cuestión particular se ha dado con la aplicación del sistema de cobertura sobre la base *claims made* –reclamo hecho-, de origen anglosajón, que se extendió en el seguro de responsabilidad civil profesional. La cláusula que la incorpora establece que se cubre al asegurado por los reclamos que reciba durante la vigencia del contrato, más un plazo que habitualmente se adiciona para permitir que ingresen reclamos correspondientes a sucesos generadores de responsabilidad que hayan ocurrido durante la vigencia o un plazo muy cercano. A éste se lo denomina de extensión. Dicha cláusula se apoya en la teoría que

sostiene que el reclamo es el que determina el siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Avanza más aún y considera al reclamo como el riesgo objeto del contrato (Halperín, 2003).

Varios doctrinarios se han manifestado a favor de la validez de las cláusulas *claims made* actualmente utilizadas; las cuales, para sortear el cuestionamiento que recibieron, prevén períodos extendidos de cobertura que, en algunos casos, pueden extenderse hasta que se cumpla el plazo de prescripción. Tienen esta postura: Marcó (2001), Bulló (1999), Wierzba y Czernizer (2002) y López Saavedra (1999). Este último se inclina decididamente por su validez, aunque aconseja que no se apliquen a seguros masivos.

Los motivos que fundamentan estas cláusulas son básicamente dos:

a.- El extenso plazo de prescripción que obliga a mantener reservas por eventuales siniestros por un largo tiempo haciendo antifuncional al contrato desde el punto de vista técnico tanto para aseguradores como para reaseguradores.

b.- Las características de ciertos daños que se exteriorizan luego de transcurridos muchos años lo que genera las mismas dificultades que las descriptas en el párrafo anterior.

Lorenzetti (1998) señala que la cláusula *claims made* no sería abusiva en sí misma si el asegurador, al inicio de la contratación, ofreciera alternativas suficientes al asegurado, como la contratación subsiguiente de coberturas por ocurrencia del hecho generador. Señala el actual ministro de la Corte que la abusividad surgiría de la renuncia a contratar por tener que seguir contratando el seguro para no quedar sin cobertura.

Algunos autores, como Stiglitz (1998), Sobrino (1996), Barbato (2001) y Halperín (2003), han sostenido la ilicitud de esa cláusula. Los principales fundamentos para sostenerla son:

a.- La dependencia de la voluntad del tercero para la determinación del momento de la concreción del siniestro –el reclamo–.

b.- La desnaturalización del seguro de responsabilidad civil que se encuentra previsto para mantener indemne al asegurado por el hecho acaecido sin poner otro límite temporal que su ocurrencia.

c.- El reclamo es sólo un instrumento de la pretensión y carece de aptitud para erigirse como riesgo.

e.- Se produce un efecto de encadenamiento a un asegurador toda vez que el asegurado sólo puede abandonarlo mucho tiempo después de dejar de ejercer la actividad riesgosa –profesional, afectación al medio ambiente, elaboración de productos–, al menos por el plazo de su prescripción de las posibles acciones.

Morandi (1996) con referencia a las cláusulas abusivas del derecho del consumidor y con relación a la cláusula *claims made*, sostiene que "...dicha cláusula, al importar una desnaturalización del vínculo asegurativo a través de una restricción de los derechos del asegurado y una ampliación de los derechos del asegurador, resultaría abusiva en los términos del artículo 37 de la Ley 24.240."

Steinfeld (2003) afirma respecto que "...entretanto no obtenga aceptación y vigencia legal, dicha cláusula no tiene base legal en nuestro país..." (p. 199). En similar sentido se ha pronunciado Cracogna (2001) refiriendo además a la especial regulación y aplicación del derecho del consumidor.

Los críticos de tal cláusula referida sostienen que los inconvenientes que alegan los aseguradores fueron trasladados al asegurado y que ese no resulta el modo de resolverlos ya que desarticulan la función del contrato.

La jurisprudencia ha sido variable. Se ha expresado en contra de su validez sosteniendo que es abusiva porque desnaturaliza el objeto del contrato y que en la contratación de este tipo de seguros debe establecerse un esquema que permita sostener una cobertura sobre base ocurrencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, in re: "Barral de Keller, G. c/ Guevara, J. A."). También sostuvo su aplicabilidad basándose en la autonomía de la voluntad y en la situación que el asegurado podía –y debía– conocer los términos de la cobertura contratada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, in re: "Furtado, N. G. c/ Edesur S. A.").

Diversas legislaciones han permitido la cláusula como España, Inglaterra, Bélgica y Colombia.

Finalmente debemos destacar, junto con Llistosella y Favier Dubois (2002), que aceptar que el siniestro se configura con el reclamo tiene importantes

consecuencias. Ello pues el asegurador puede oponer al tercero todas las defensas anteriores al reclamo, no las previas al hecho generador, lo que las amplía más aún.

Con relación al alcance de la limitación cuantitativa del riesgo, como hemos referido en el punto anterior existen dos cuestiones que han sido debatidas. La primera de ellas es la suma asegurada como tope de la indemnización, y la segunda, la franquicia o descubierto obligatorio en el seguro obligatorio de transporte automotor.

Hemos dicho que la suma asegurada funciona como monto máximo del resarcimiento y por imperio de la ley 17.418, artículo 118, resulta una defensa oponible al tercero. La cuestión suscitada surge cuando dicha suma resulta evidentemente exigua no siendo realmente efectiva a los efectos de lograr un pleno resarcimiento de la víctima. Ello tiene una doble implicancia: obliga al asegurado a desembolsar la diferencia y puede dejar sin compensación al tercero frente a la insolvencia del asegurador.

Los planteos sobre el particular atienden a la desnaturalización del objeto del contrato cuando la suma asegurada no cumple en modo alguno la función resarcitoria real. En contra del mismo se esgrime la supremacía de la autonomía de la voluntad y la expresa normativa de la ley especial. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Acuerdos N° 38.173, 39.415 y 68.385).

Concordante con lo expuesto se ha dicho que “la indemnización debida por el asegurador podrá ser igual o menor que la suma asegurada pero nunca superior (Cámara Nacional Comercial, Sala C, 28/5/86, in re: “Lagarreta S.R.L. c/ Cenit Compañía de Seguros S.A.”; íd., 19.4.05, “Grosso, Juan c/ HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros s/ ordinario”, “Palacio, Luis c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”; Sala A, 20.7.95, in re: “Páez, Marta c/ El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija S.A. s/ cobro de pesos”).

Sin embargo, dicha limitante no incluye los gastos causídicos según lo sostienen fallos fundados en los establecido por el artículo 110 de la ley 17.418 (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa N° 96.946, in

re: s/ "Labaronnie, Osvaldo P. y otra c/ Madeo, Leonardo y otros Daños y perjuicios"). En igual sentido se expide Stiglitz (1998),

En sentido contrario, o sea, la inoponibilidad de la limitación resultante de la suma asegurada se ha pronunciado cierta parte de la jurisprudencia nacional afirmando que:

La víctima resulta ser la destinataria del pago de la indemnización; este es el propósito querido por la ley de seguros en virtud de la función social del contrato de seguro; de lo contrario quedaría desprovista de toda tutela (conf. Morandi Juan Carlos, "Estudios de Derecho de Seguros", pág. 414 y ss., citado en el fallo mencionado "ut supra"). En virtud de ello, ante la exigencia de la contratación de un seguro contra la responsabilidad civil, no puede desnaturalizarse su destino con los límites de aseguramiento mencionados, los cuales podrían dejar sin cobertura asegurativa a la víctima [...] solución diferente [...] podría llevarnos a [...] que el damnificado quedara sin posibilidades de ejecutar a la citada en garantía como consecuencia de esta cláusula, implicando con ello una exoneración de responsabilidad. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil in re: "David, Adriana J. c/ Caputo, Alejandro s/ daños y perjuicios", "Figueredo, Juan A. c/ Visciglia, Darío s/ daños y perjuicios" y en "Sosa, Miguel Á. c/ Alegre, Emanuel s/ daños y perjuicios").

La discusión en la doctrina tomó el mismo camino que la jurisprudencia. Algunos autores sostienen que el tope indemnizatorio pactado contractualmente no puede ser dejado de lado bajo la excusa de la desnaturalización del objeto de contrato y la protección de la víctima. Así lo afirman Pennino (2014), Compiani (2014), López Saavedra (2003) y Bulló (1999).

Mosset Iturraspe (2001), Stiglitz (2015) y Sobrino (2010) se pronuncian sobre su inoponibilidad o abusividad en el supuesto que se altere la naturaleza del contrato, en especial en aquellos seguros que brindan una mayor función social como lo son los obligatorios del transporte.

Respecto de la franquicia o descubierto obligatorio el debate en nuestro país se centró en lo dispuesto por la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que fue dictada en cumplimiento a una particular atribución de complementar las condiciones de la cobertura asegurativa obligatoriamente establecida en el artículo 68 de la ley 24.449. Esta última norma establece que todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no y dispone que la ley

será completada funcionalmente mediante el acto administrativo del referido órgano de contralor. Tal resolución estableció una franquicia o descubierto obligatorio de una suma que era varias veces superior a las que se fijaban para los seguros de responsabilidad civil en general.

El acuerdo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *in re* “Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios” resolvió la inoponibilidad de esa defensa contra la víctima por considerar fundamentalmente que alteraba la obligatoriedad del seguro instituido por la ley.

Algunos autores sostienen que la forma en que se legisló el seguro obligatorio de transporte automotor resulta deficiente, considerando inapropiada la delegación a un órgano administrativo de la determinación de sus alcances. Así lo afirman Compiani (2014), Schiavo (2006), Sotto (2005), Pantanali (1996), Quintana (2006) y Barbato (1996), entre otros, los que entienden que la declaración de inoponibilidad no es la solución a tal defecto.

Otros autores plantean la abusividad de tal cláusula (Sobrino, 2010) o la inconstitucionalidad de todo el sistema que lo establece (Stiglitz, 2004).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas –por supuesto con la limitante del artículo 118 de la ley 17.418-, aun aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener (Acuerdos N° 65.395 y 83.726). En ese sentido y con esos fundamentos importante parte de la doctrina -Bullo (1999), Córdoba (2016), López Saavedra (2006), Speyer (2006) entre otros- apoya la validez y oponibilidad al tercero de la mencionada franquicia o descubierto obligatorio.

## VI.5. Defensas y autonomía.

La discutida naturaleza jurídica de la acción directa tiene relación con el alcance que se le otorga. Esencialmente las defensas que se le conceden al asegurador para enfrentar el reclamo del tercero, víctima del hecho del que nace

la responsabilidad del asegurado, se encuentran ligadas a la conceptualización que el sistema legal otorga a esa acción.

Si se entiende que la acción directa es un mecanismo procesal, nace de un derecho propio o un reconocimiento legal específico de carácter tuitivo, existe un presupuesto que la condiciona que es su falta de autonomía. Si, en cambio, es un derecho condicionado a la existencia del contrato y sus alcances, la falta de autonomía está ligada a la fuente de la obligación.

Entonces, si consideramos a la naturaleza de la falta de autonomía como de carácter sustancial –o de su origen- o de carácter procesal, lo cierto es que no se encuentra desprendida de la relación contractual o de la adjetiva -según sea el caso- que vincula al asegurador con el asegurado.

Existe otra posibilidad: afirmar la existencia de una autonomía de origen que nace del propio derecho. Adhiriendo parcialmente a la teoría de Halperín (2003) que afirma la existencia de un derecho propio, podemos avanzar y sostener que el mismo da origen a una acción propia del tercero. Su nacimiento se produciría en la hipótesis que evaluamos por dos circunstancias propias del seguro de responsabilidad civil:

a.- El contrato establece un beneficio a favor del damnificado porque, en rigor, fue celebrado teniéndolo en miras especialmente. La falta de su determinación al momento de la celebración del contrato no obsta que se encuentre previsto, por el contrario, hace parte del alea propio del contrato.

b.- El hecho que genera la responsabilidad del asegurado ante el damnificado configura el siniestro, esto es, la concreción del riesgo, por lo que el último resulta ser esencial para su existencia.

Entre asegurador y asegurado se genera un deber de indemnidad y, a su vez, una obligación indemnizatoria que tiene su correlato en el derecho del tercero de percibirla y que la ley –con distintos alcances- le reconoce en su protección.

Esta estructura jurídica supone que la ley puede concederle sin inconvenientes la autonomía a la acción del asegurado, sin que ello altere en modo alguno la naturaleza del contrato y su función económica. Por el contrario, reconocérsela tanto en el aspecto sustancial como de ejercicio del derecho,

supone una eventual mejora la accesibilidad a la composición que se procura fomentar socialmente.

Entendemos que hoy no existe autonomía de ejercicio de la acción directa por imperio del sistema que impuso la ley. Pero en la medida que se intente favorecer el acceso a la indemnización por parte de la víctima, no cabe duda que su reconocimiento legal implicaría una clara facilitación.

En este orden de ideas, las defensas oponibles al tercero son parte de ese sistema de limitaciones que mantienen estrictamente vinculado el derecho del damnificado a acceder a la obligación debida por el asegurador con el contrato y sus alcances. Sin embargo, hemos podido evaluar que esta relación no es estricta, ello debido a que no todas las normas contractuales le son oponibles a la víctima.

En efecto, en la medida que la necesidad de profundizar la función social del seguro de responsabilidad civil, o, dicho de otro modo, agudizar una herramienta tuitiva de los que sufren un daño injusto, las excepciones contractuales del asegurador frente al tercero se tienden limitar o eliminar.

Vale decir que la eficacia de la acción directa se encuentra de algún modo condicionada por el alcance de las defensas oponibles al tercero limitando en definitiva su autonomía.

En tal sentido la ley 45 de 1990 modificó el Código de Comercio de Colombia en su artículo 1127 el que define al seguro de responsabilidad civil como aquel que

... impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, a la cual en tal virtud, se constituye en beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Podemos advertir que esta norma se ha inclinado decididamente por entender que el objeto del contrato es el beneficio al tercero y no la indemnidad del asegurado, aunque ésta se siga de aquel.

Esta visión que no deja de considerar el fin bifronte del contrato, pone de resalto como legislativamente es factible caracterizar al derecho del tercero como propio y por ende autónomo del asegurado.

La misma legislación colombiana -artículo 1132 del Código de Comercio- reconoce al damnificado la acción directa.

Explica Garrigues (1982) que la acción del tercero contra el asegurador tiene su origen en la ley y la jurisprudencia, a diferencia de la del asegurado que nace del contrato de seguro. Además la acción del tercero sirve para liberar al asegurado de su responsabilidad patrimonial. Agrega que la jurisprudencia de ese país le ha dado autonomía a dicha acción imposibilitando al asegurador oponer al tercero las excepciones que podría hacer valer contra el asegurado fundada en el incumplimiento de sus deberes contractuales.

En suma, el derecho colombiano ha logrado hacer coincidir el reconocimiento de la acción directa del damnificado contra el asegurador del responsable civil del daño, con autonomía de ejercicio, como derecho propio del tercero y con inoponibilidad de las defensas nacidas del contrato frente al mismo.

Nada de ello parece conmover las bases técnicas y jurídicas de este tipo de seguros en la visión de aquel derecho.

## VI.6. Conclusión.

Debemos insistir en que la función económica del contrato sólo se cumple si las partes ven satisfechas sus expectativas pero, a la vez, se encuentran en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de manera sustentable.

Así, tanto el asegurador debe poder cubrir efectivamente el riesgo en cuestión, como el asegurado debe estar en condiciones de afrontar una prima que coincida con su capacidad de pago.

El fomento o, inclusive, la obligatoriedad de la celebración de contratos de seguro de responsabilidad civil, depende en gran medida de esa ecuación económica. Pero además, el asegurado procura trasladar su riesgo de manera tal que no se vea efectivamente perjudicado su patrimonio.

Ahora bien, esta relación estrictamente contractual reconoce otra funcionalidad, cual es, la de proteger a la víctima y, a tal fin, resulta necesario otorgarle herramientas que le permitan acceder al resarcimiento del daño de la manera más inmediata posible.

Entonces, aparece el reconocimiento de distintos mecanismos tendientes a ese objeto. Entre ellos la acción directa como un instrumento más preciso para reclamar al asegurador en forma autónoma o con participación necesaria del asegurado. Pero también, surge la prohibición del asegurador de oponer ciertas o todas las defensas que posea en razón del contrato de seguro.

Hemos destacado que la autonomía puede ser vista de distintas maneras. Lo que no puede soslayarse es que su falta no resulta, en todos los casos, ser una limitante al acceso a la indemnización por parte de la víctima ante el asegurador.

Es sin dudas importante determinar los límites de la inoponibilidad. Las defensas que el asegurador puede esgrimir frente al tercero pueden restringirse a su máxima expresión pero siempre deberá estarse al límite contractual -artículo 118, ley 17.418-. Con ello queremos decir que no es posible otorgar una cobertura sin límite alguno, lo que lleva a cuestionarse sobre el alcance de la obligación del asegurador.

El referido artículo 118 en su párrafo tercero expresa primero que la sentencia dictada en proceso donde es citado en garantía se extenderá en la medida del seguro y, a continuación, explicita las defensas que son inoponibles, o sea, las que pudiendo evitar una condena en su contra en razón del contrato no pueden ser opuestas al damnificado. Parece lógico entender que la medida del seguro supone que todas las excepciones oponibles al tercero son el límite de la obligación indemnizatoria frente al tercero.

Dicha coherencia podría desaparecer si se declaran inoponibles a la víctima todas las defensas nacidas del contrato, ya que ello significaría que el asegurador debería responder sin límite alguno.

Es por lo expuesto que debemos sostener que la autonomía plena de la acción directa y la total inoponibilidad de defensas respecto del damnificado resultan tener un cierto grado de relatividad, lo que no afecta su esencia y es común a cualquier derecho subjetivo reconocido legalmente.

Así, entre las defensas que no pueden dejar de existir se encuentra, en primer término, la existencia misma del contrato de seguro. En efecto, salvo el supuesto que existiera un sistema de fondo común de garantía administrado

indistintamente por todas las aseguradoras o parte de ellas, donde ellas no respondieran por sí sino como agentes del mismo, su inexistencia es óbice para cualquier reclamo.

Se trata, en definitiva, de una consecuencia inevitable de carácter contractual de la obligación del asegurador, por lo que es condición necesaria para su cumplimiento su existencia efectiva.

En cuanto al plazo de vigencia y sin dejar de considerar la especial dificultad que ofrece el régimen de la cláusula base reclamación o *claims made*, sostenemos que también debe poder ser opuesta ya que afecta a la existencia misma del contrato y sus efectos, aunque entendemos que deberá aplicarse un criterio interpretativo siempre favorable a la existencia y vigencia del contrato en caso de duda.

Entendemos que la descripción positiva del riesgo tampoco puede dejar de oponerse, caso contrario el asegurador de la responsabilidad emergente del uso de un automotor podría responder por el ejercicio profesional del asegurado –a modo de ejemplo extremo-. Ello, toda vez que no estaríamos frente a un verdadero siniestro que, por definición, es el riesgo descrito en el contrato y concretado efectivamente.

Resultan más complejas otras defensas como las exclusiones de riesgo y las limitaciones cuantitativas.

Respecto de las primeras, existen supuestos de cierta claridad conceptual que entendemos deben poder oponerse en cualquier caso, como lo son las catástrofes o situaciones dolosas.

La suma asegurada como tope máximo de la indemnización tendrá que ser considerada con relación a las características del riesgo. Así, principalmente en los seguros obligatorios de responsabilidad civil, su marcado objeto de interés social puede generar que un monto máximo exiguo suponga su desnaturalización.

Algo semejante puede decirse de la franquicia o descubierto obligatorio establecido en valores muy elevados que dejen sin resguardo a la mayor parte de los siniestros más habituales, como pudo advertirse en nuestro país con los

seguros obligatorios para el transporte público de pasajeros por medio de automotores.

Las demás defensas, especialmente las cargas o conductas subjetivas exigidas al asegurado, tienen vinculación estrecha con la relación entre partes del contrato y resultan más fácilmente discutibles entre asegurado y asegurador en otra vía distinta que la del reclamo del tercero. Por lo cual podemos sostener que podrían ser declaradas inoponibles al tercero sin generar efectos imprevisibles. Ello debido a que es el asegurador, en su relación contractual de tracto sucesivo, quien debe evaluar convenientemente a su asegurado, particularmente en sus circunstancias subjetivas, ya que se encuentra en mejores condiciones que el damnificado para hacerlo.

El problema de la interpretación de las condiciones del seguro se engloba en el general de todas las contractuales. La facultad interpretativa del contrato por parte de los órganos jurisdiccionales ha venido avanzando en todos los campos del derecho, no siendo el que analizamos motivo de excepción. Por el contrario, quizás podamos afirmar que es uno de los que primero incorporó esa práctica judicial incluyéndosela luego en las sucesivas leyes tuitivas de la parte presuntamente más débil del contrato.

Entonces, la interpretación de los alcances del contrato deberá ser muy especialmente en el seguro de responsabilidad civil, dada su particular función, la más favorable a la víctima, en primer término, y al asegurado, en segundo.

## Capítulo VII La obligación de accionar también contra el asegurado.

### VII.1. Introducción.

Con la concepción platónica del diálogo y su desencadenamiento en el método dialéctico como directriz del conocimiento científico (De Azcárate, 2005) que luego se incorporó en todo el pensamiento occidental y, más tarde, en el de todo el globo, se concibió a la verdad como el fruto de la tensión entre posiciones antagónicas.

De esa visión dialéctica se impregnaron de algún modo todas las ciencias y actividades humanas llevando a la creencia generalizada que las distintas tensiones éticas, sociales, económicas, políticas y jurídicas permitían el desarrollo de las civilizaciones por medio del diálogo. Este necesita de una confrontación que, en el campo del derecho, se patentiza primero en el conflicto y luego en el proceso como forma armónica de resolverlo por medio de un tercero instituido e imparcial: el juez.

La participación de esos actores –las partes en conflicto y el órgano jurisdiccional- se enmarca en los principios jurídicos que se han establecido desde la organización política. Al decir de Foucault (1992), existe una evolución histórica del poder y de las distintas maneras que la búsqueda de su imposición ha generado. El derecho intenta cumplir un papel equilibrante entre los que más y menos pueden. Esa función se da tanto en el plano sustancial –de las facultades que se le reconocen a los sujetos- como en el adjetivo –de las que se le conceden dentro de un proceso judicial-.

El derecho de seguros no escapa a ésta lógica y como fruto de la tensión entre los diversos intereses del asegurado, del asegurador y del damnificado, surge una situación compleja que ha sido resuelta de diferentes modos, siendo el órgano jurisdiccional quien finalmente actúa como moderador y hacedor de esas soluciones concretas.

Por ello, los alcances de las defensas del asegurador frente al damnificado, que ya analizamos -supra II.5.-, y el puntual análisis de la exigencia legal de

accionar contra el asegurado para poder hacerlo contra el asegurador, de la que nos ocuparemos a continuación, tienen relevancia respecto de la autonomía de la acción directa y su real eficacia de ejercicio.

En tal sentido, analizaremos la cuestión procesal y la sustancial, es decir, los límites reales que se le conceden a las partes del contrato y al tercero en ambos aspectos. Ello relacionado con la función del seguro de responsabilidad civil, la obligación principal del asegurador y los conflictos de intereses que las distintas relaciones jurídicas generan.

## VII.2. La cuestión procesal.

En el seguro de responsabilidad civil aparece el conflicto como sustrato necesario aunque muchas veces sólo potencial. El mismo nace de la tensión entre una víctima de un daño -cuya responsabilidad ha sido asegurada- y el asegurado que debe responder frente a él. También puede advertirse la del asegurador con garante de indemnidad y obligado contractual al pago de la indemnización respecto del damnificado. Finalmente la eventual tensión entre el interés del asegurado –mantener su indemnidad patrimonial- y la del asegurador de responder sólo en los límites del contrato.

Dentro de la teoría del conflicto, una tríada, tal como la define Caplow (1964), es un sistema social formado por tres miembros relacionados entre sí en una situación persistente. Una moderna concepción de la estructura de los grupos sociales postula que todos los enfrentamientos, asociaciones o configuraciones naturales deben basarse en modelos triangulares de los que no escapa la sociedad humana, que parece ajustarse a ese principio estructural. Se afirma que la interacción social es triangular o triádica, ya que recibe la influencia de un determinado auditorio, presente o no físicamente. Se trata del entorno, más o menos cercano y más o menos fuertemente vinculado a aquel al cual nos referimos al sostener que los conflictos puros son, en el fondo, una abstracción.

Es importante resaltar que la afirmación que hacemos no contradice la ley de la bipolaridad del conflicto porque el triángulo o tríada a que nos referimos se

integra con los dos miembros actores del conflicto y el auditorio que constituye el tercero. Este último en mayor o menor grado controla, en nombre del sistema más amplio al que pertenecen los actores, la conducción recíproca de éstos.

Hemos dicho que en nuestro ordenamiento legal la acción de la víctima es directa pero requiere que se demande al asegurado, de allí que se sostenga que no es autónoma. También es conocido que el derogado régimen de la ley 9.688 eximió al obrero damnificado por un accidente de trabajo de la necesidad de accionar contra el asegurado para hacerlo contra el asegurador de éste. Fuera de esa excepción, ya inexistente, el sistema no tuvo variantes. No nos detendremos en el régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo ya que, como surge de su mismo plexo normativo, no nos encontramos frente a un verdadero seguro de responsabilidad civil (Barbato, 2001).

Ahora bien, ¿cuál es el motivo de la obligación de la víctima de accionar contra el asegurado para accionar contra el asegurador?. En general, se ha sostenido que se funda en la protección de los derechos del asegurador y en la naturaleza misma de la figura establecida por el artículo 118, la citación en garantía. Esto último debido a que no puede haber citación de un tercero que preste garantía asegurativa si no existe un principal demandado.

Esta cuestión ha motivado que distintos autores como Stiglitz (1997), Fontanarrosa (1972) y Steinfeld (1970) sostuvieran la inexistencia de la acción directa en nuestra ley de seguros. A su vez Sateler (2004) no sólo tiene por inexistente la acción directa sino que sostiene la inconveniencia de su incorporación en el derecho de Chile.

Desde el punto de vista del ejercicio de la acción por el reclamo de su daño, para el damnificado de un hecho que genera la responsabilidad de quien se encuentra asegurado por un seguro de responsabilidad civil la situación se puede plantear de distintos modos posibles:

a.- La imposibilidad de accionar directamente contra el asegurador sin obtener previamente una condena contra el asegurado.

b.- La posibilidad de accionar o traer al proceso al asegurador para que sea condenado en la medida del seguro junto a su asegurado y en el mismo proceso donde se discute su responsabilidad.

c.- La facultad de accionar directamente contra el asegurador sin que sea menester hacerlo también contra el asegurado.

Por supuesto, existen distintas previsiones legales que incluso combinan estas opciones dentro de un mismo sistema jurídico. En nuestro país convivió el régimen de la acción directa autónoma en cuanto a su ejercicio para los infortunios laborales junto a su inexistencia legal para las demás formas de responsabilidad y luego con la reforma introducida por la ley 17.418 se incorporó el instituto de la citación en garantía que no se aplicó los accidentes laborales.

Vale repetir que toda combinación de soluciones destinadas a darle accesibilidad al damnificado a la indemnización por parte del asegurador depende del reconocimiento que la sociedad civil y, en consecuencia, la legislación y la jurisprudencia le concedan. Existe, además, la posibilidad que se entienda que no es el derecho privado el que deba dar respuesta inmediata a los daños a las personas o sus bienes sino un sistema solidario de seguridad social. Se puede afirmar también que integralidad de indemnización y celeridad en su pago no resultan factibles ya que son principios que se contradicen en la práctica habitual. Esto es, siempre que se acude a un proceso judicial en procura de una suma indeterminada que intenta resarcir plenamente a un damnificado se producirá la demora natural propia de la complejidad del mismo.

Entonces, parece inevitable sostener que hacer coincidir ambos principios – celeridad y plenitud indemnizatoria- resulta tarea dificultosa.

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 1740 que la reparación del daño debe ser plena y ella consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

Hemos referido a las pautas para la determinación del daño en nuestra ley - supra III.4.- y en tal sentido advertimos una mayor preocupación por la protección de la víctima.

La reparación plena es un principio instaurado por la normativa del derecho privado pero que encuentra diversas excepciones como el derecho marítimo, aeronáutico, laboral, del transporte, entre otros. Mosset Iturraspe (2001) se ha pronunciado categóricamente, sin formular distinciones, por la inconstitucionalidad de la normativa que fije topos o techos indemnizatorios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” (Caso Acevedo Jaramillo y otros Versus Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 144, Párr. 175). Ese Tribunal ha sentado las bases del concepto de reparación integral. En cuanto a la indemnización pecuniaria, no cabe duda de que es uno de los elementos más recurrentes en el diseño de las medidas reparatorias, por su intrínseca capacidad de funcionar como elemento fungible, frente a aquellas cosas que no se podrán ya recuperar. En la generalidad de los casos incluirá lo relativo al daño moral, como así también el daño emergente y el lucro cesante o pérdida de ingresos como también lo ha denominado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. También incluye el daño al proyecto de vida que “... atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (Caso Loayza Tamayo Versus Perú. Reparaciones y Costas. Serie C, N° 42, párr. 147).

El principio de la reparación íntegra o plena del daño, constituye un arbitrio interpretativo de jerarquía constitucional y supraconstitucional, al que se acude para fundamentar la determinación del daño, por un lado, y su cuantificación, por el otro. Por lo tanto, repercute mayormente en el reconocimiento de la existencia y extensión del menoscabo a la persona en su total dimensión, el que es indemnizable intrínsecamente aún con prescindencia de su aspecto laborativo o lucrativo (Galdós, 2005).

La Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional –artículo 19 de la Ley Fundamental- y su violación ofende el sentido de justicia de la sociedad. Por ello, su vigencia debe ser afianzada por dicho Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna. Así sostuvo: “Que [...] no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social” (in re: “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos, 308:1160, considerandos 7° y 8°). En igual sentido se pronunció el referido tribunal respecto de la prohibición de acceder a una indemnización plena respecto de la ley laboral reafirmando el principio de reparación plena (Fallo del 21/9/2004, in re: “Aquino, Isanio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”)

A su vez, en cuanto a la faz procesal las diversas leyes de procedimiento incorporan el principio de celeridad, el que se encuentra definido como un aspecto de la aplicación del principio de economía procesal por el cual se fijan normas destinadas a impedir la prolongación de los plazos y a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos. Además la abreviación del proceso se obtiene por medio del denominado llamado principio de concentración, el que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, y a evitar, por consiguiente, la dispersión de dicha actividad (Gozaini, 2009)

El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia (Corte Constitucional de Colombia. Fallo C-037/98, párr. 47).

De conformidad con ese principio el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil de Colombia establece que uno de los deberes del juez consiste en “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran”.

En nuestro derecho el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación incorpora el principio de concentración en forma general como uno de los deberes

de los jueces en su artículo 34 inciso 5°, a). Por medio de éste se obliga a los mismos a concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar (Palacio, 1977).

La evolución del derecho procesal ha avanzado hacia nuevas herramientas como el principio procesal civil del máximo rendimiento -consecuencia del de economía procesal-, que tiende a establecer lo conducente para aprovechar todas las potencialidades correspondientes que pudiera tener una actuación, acto cumplido o una etapa procesal (Peyrano, 2008).

La contraposición entre indemnización plena y celeridad de su obtención es una cuestión generadora de conflicto que supera al derecho de seguros y se enmarca en el de la responsabilidad civil o, más certeramente, en el del derecho de daños. Pero, no debemos olvidar que el seguro ha servido como una herramienta útil para acercar al damnificado su reparación de manera más cierta y solvente, aunque no siempre con la celeridad deseable. La citación en garantía como instituto supone una concepción del modo de indemnizar, o, dicho de otro modo, de la manera de reclamar un daño, mucho más ligada al proceso judicial que a un sistema de pago inmediato.

Ciertamente la posición que adquirirán las partes en un posible proceso tiene incidencia sobre la actuación de las partes previamente a su inicio. La conducta extrajudicial de víctima, asegurado y asegurador se encuentran fuertemente condicionadas por distintos aspectos, pero no hay dudas que es uno de ellos el que concierne a las expectativas del progreso de una acción judicial.

La incertidumbre respecto del resultado de un pleito posee distintos aspectos:

a.- El plazo de su duración total.

b.- Los aspectos sustanciales relativos a la falta de certeza respecto al resultado final del proceso.

b.- Los costos económicos y demás límites a la accesibilidad a la justicia -lejanía de los órganos jurisdiccionales, facilidad de representación letrada entre otros-.

c.- Montos probables de sentencia y ejecutabilidad de la misma.

d.- Fiabilidad del órgano jurisdiccional.

Todas esas facetas son naturalmente evaluadas por las partes al momento de decidir resolver el conflicto antes o después del proceso judicial.

La celeridad procesal influye sobre la inmediatez del ofrecimiento voluntario de pago de la indemnización. A su vez, la mayor certeza judicial respecto del monto de una eventual condena incide sobre los plazos para un acuerdo extrajudicial. Ello se sigue de la consecuencia lógica de la evaluación costos. Por supuesto, tal relación no es lineal e influyen sobre ella distintas cuestiones ligadas a aspectos psicológicos, sociales, emocionales, financieros, entre otros que podemos enunciar. Además, resulta importante resaltar que es el asegurador quien se encuentra en mejores condiciones técnicas de analizar los riesgos que significa llevar un reclamo a la etapa judicial.

En tal sentido, la ley de contrato de seguro prevé el supuesto que el litigio haya sido mantenido innecesariamente por el asegurador. Así, el artículo 111 en su parte pertinente expresa respecto de los gastos y costas judiciales que “si devengaron en causa civil mantenida por decisión manifiestamente injustificada del asegurador, este debe pagarlos íntegramente”

### VII.2.1. Los sujetos del proceso y su función.

El sujeto es el que pone en movimiento un órgano jurisdiccional competente en materia civil. Ese acto es lo que llamamos “acción” y se ejecuta por medio de un proceso. El actor o accionante –sujeto activo- es el que exige una pretensión a un sujeto procesal llamado demandado o accionado –sujeto pasivo-. La capacidad de litigar se relaciona directamente con la de libre ejercicio de sus derechos. Por ello, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, nadie podrá hacer valer en el proceso, en nombre propio, un derecho ajeno (Palacio, 1977).

El concepto de parte es estrictamente procesal y esa calidad está dada por la titularidad activa o pasiva de una pretensión y es totalmente independiente de la efectiva existencia de la relación jurídica sustancial, sobre cuyo mérito se pronunciará la sentencia. Cuando el proceso se inicia, al juez se le presentan

meras hipótesis, simples afirmaciones, no hechos comprobados; y es precisamente para llegar a comprobar si realmente existe el derecho alegado y si ese actor está o no legitimado, que se instruye el proceso. Pueden ser parte todas las personas tanto humanas como jurídicas, o sea, los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Las personas jurídicas, por su propia naturaleza deben actuar por intermedio de sus representantes legales o estatuarios. Una misma persona puede tener en el proceso la calidad de parte actora y demandada, como ocurre en el caso de la reconvención (Azula Camacho, 2008).

Carnelutti (1950), distingue la parte en sentido material o sustancial de la parte en sentido formal o procesal. Son parte en sentido material o sustancial los sujetos de la relación jurídica sustancial. Por ejemplo, el comprador y vendedor en el contrato de compra-venta; el que produce el daño y quien lo sufre, en el caso de responsabilidad extracontractual. En el supuesto del seguro son parte el tomador, el asegurado y el asegurador. Son parte formal o procesal los sujetos que ejerciten el derecho de acción y de contradicción en el proceso, es decir, el demandante y el demandado.

La intervención de un tercero es provocada u obligatoria cuando alguna de las partes solicita o el propio Juez dispone su incorporación al proceso. La intervención del tercero en este caso no proviene de su voluntad, sino que se ve impelido para intervenir en el litigio como consecuencia de un llamamiento formulado por el Juez, ya sea de oficio o a petición de alguna de las partes. La citación de tercero o -denuncia civil para algunas legislaciones- como una forma de llamamiento de terceros al pleito, desde una visión genérica, constituye una forma de propiciar una intervención obligada de un tercero en el proceso. Es un mecanismo procesal mediante el cual una de las partes en el litigio solicita la incorporación de un tercero al proceso, además de él o en su lugar, por tener alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, para lo cual debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio a fin de que, si el Juez considera procedente, sea emplazado con las formalidades establecidas para la notificación

con la demanda. La denuncia civil constituye un mecanismo de intromisión de un tercero en el proceso.

A su vez en la sucesión procesal, hay un cambio de persona legitimada, por cuyo motivo el sucesor pasa a ocupar el lugar del causante y, por tanto, carece de facultades para ejercer defensas personales propias frente a la contraparte, en tanto que en la sustitución procesal aparece un nuevo legitimado al lado del legitimado primitivo. No hay cambio de legitimado sino una suma de legitimados y es por eso que el sustituyente puede ejercer defensas personales propias frente al adversario, con la salvedad que no puede realizar actos procesales que impliquen, directa o indirectamente, una disposición del derecho del sustituido, como sería, por ejemplo, desistir del derecho, allanarse o confesar (Azula Camacho, 2008).

La doctrina admite la distinción entre parte en sentido material directamente vinculada en la relación de derecho sustantivo y parte en sentido formal, en cuanto actúa en el proceso y realiza actos procesales, con prescindencia del contenido u objeto de aquella relación. Como lo explica Carnelutti (1950), la diferenciación tiene sentido en virtud de que no siempre ambas clases coinciden. Por eso, a veces actúa en el proceso la misma parte en sentido material, en otras, por lo contrario, lo hace una persona distinta de ella pero que tiene con la misma una relación determinada. Se comprende que esta relación deba ser tal que la haga igualmente apta para tal actividad. En estos casos es conveniente hablar de parte indirecta frente a la parte directa.

La situación del asegurador podría asimilarse a la de una parte indirecta –en sentido sustantivo- conforme la concepción de nuestro sistema de citación en garantía. Ello dependerá de la relación sustancial que se considere existe entre el tercero y el asegurador. En efecto, si el damnificado posee una real acción directa, el asegurador es un demandado, como lo es también el asegurado responsable civilmente. De no ser así, estaremos frente al asegurador como un tercero que es citado en razón de una relación contractual con el asegurado demandado.

La noción de parte, precisamente porque es propia del conflicto jurídicamente relevante en general, no de la litis en particular y, por tanto, es

común al derecho procesal y al derecho material, debe buscársela también en la teoría general del derecho. Así nos explica Carnelutti (1950) con un ejemplo:

Como los intereses en litigio no pueden ser más que dos, tampoco son más de dos los sujetos de la litis. Puede ocurrir que un interés de Ticio esté paralelamente en conflicto, no sólo con un interés de Cayo, sino también con otro interés de Sempronio; por lo demás en tales casos, no se da una sola litis con más de dos sujetos, sino dos litis, cada una de ellas con dos sujetos; sumando las dos litis los sujetos parecen tres, pero es porque Ticio es sujeto de ambas (p. 30).

En igual sentido nos explica que objeto del interés es un bien. Tal es necesariamente también el objeto del conflicto de intereses y, por tanto, de la relación jurídica y de la litis. El mismo autor nos aclara que la pretensión, es un acto y no un poder, algo que alguien hace, no que alguien tiene. Es una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan declaraciones de voluntad. Dicho acto, no sólo no es, sino que ni siquiera supone el derecho subjetivo. La pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión, como puede haber pretensión sin derecho, así también puede haber derecho sin pretensión. Así, al lado de la pretensión infundada tenemos, como fenómeno inverso, el derecho inerte.

Debemos recalcar que el derecho subjetivo y la acción no son la misma cosa, pues la acción es la facultad que la ley otorga al interesado de acudir al órgano jurisdiccional para reclamar la actividad de este, en demanda de tutela jurídica, frente a otra persona (Grillo Longoria, 2004).

Se considera acción en sentido procesal o abstracto a la posibilidad de requerir la actividad jurisdiccional y supone el cumplimiento de los presupuestos procesales para ello, por lo que la titularidad de dicho derecho prescinde de la titularidad del derecho que se hace valer con la demanda. Se solicita el pronunciamiento judicial sobre el mérito del reclamo, con prescindencia del derecho que le asiste o no que será luego evaluado.

Mientras que es acción en sentido concreto o sustancial a la posibilidad de reclamar cuando alguien es privado de algún beneficio o se le causa una lesión, por lo que el derecho nace en el patrimonio de aquellos que son titulares del derecho subjetivo creado por la situación sustantiva, acción que se refleja en el derecho de los ciudadanos de pedir ante la jurisdicción (Feltri Martínez, 1998).

Todas estas precisiones nos conducen a evaluar la función de los sujetos en el proceso de daños y perjuicios iniciado por el damnificado contra el responsable civil quien, a su vez, ha celebrado un contrato para la cobertura de ese riesgo con un asegurador y que, por ende, debe responder en garantía de su indemnidad.

Es por ello que debemos considerar la exigencia de demandar al asegurado para poder hacerlo contra el asegurador en forma directa y, luego, volver al instituto de la citación en garantía al que ya nos referimos anteriormente –supra IV.-.

Martínez Escobar (1945) al analizar una sentencia del Tribunal Supremo de España, del 4 de noviembre de 1932, entendió que era posible accionar contra la aseguradora sin demandar al asegurado:

Para mí, no necesita el damnificado demandar, en primer término, al asegurado. Le basta dirigir directamente su acción contra la entidad aseguradora, como beneficiario del seguro, como 'interesado en el contrato' después de ocurrido el daño, [...] como tercero favorecido por un convenio, lo que le da derecho a exigir su cumplimiento... (p. 229).

No es ocioso destacar que esta opinión fue brindada antes de que existiera el actual régimen del seguro obligatorio en la ley española y la consagración de la acción directa.

Es importante considerar que la necesidad de demandar al asegurado para poder hacerlo contra el asegurador no se encuentra pacíficamente impuesta, más aún, donde existe es consecuencia de una imposición legal y no necesariamente doctrinaria. Ello quiere decir que existe por imperio de la ley debido a que el legislador debió entender que era conveniente tal requisito en todos los supuestos. Debe considerarse que no se distinguió entre los supuestos en que existe conflicto entre asegurado y asegurador o no, sino que se lo impuso en todos los casos sin distinción.

El fundamento de tal afirmación puede surgir de la fórmula legal de la ley 17.418 al establecer que el asegurador responde en la medida del seguro, por lo que ésta estaría presumiendo la potencialidad del conflicto o, al menos, la necesidad de que el asegurado participe de la discusión trabada en el proceso.

La figura de la citación en garantía pareciera seguir el esquema antes mencionado ya que se parte de un proceso donde se demanda al asegurado por su responsabilidad y se trae al asegurador a responder por él en la medida del contrato. Esto alienta a sostener la inexistencia de una verdadera acción directa en nuestra ley.

Sin embargo algunas cuestiones procesales hacen dudar de esa interpretación lisa y llana.

Una de ellas es el carácter de parte procesal que se le ha otorgado en nuestra jurisprudencia. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que existe un interés personal defendido por la aseguradora, el que es objeto de una especial protección dentro del sistema de la ley de contrato de seguros, pues el asegurado no sólo tiene deberes en relación a su defensa en juicio, sino que se le veda la realización de actos de disposición del objeto procesal, en tanto cuenta con expresa prohibición legal de reconocer su responsabilidad y de transar (ED N° 154-707).

Ello quiere decir que no se trata de una simple información de la existencia del proceso o de un requerimiento para que reconozca los hechos allí debatidos, sino que es un real emplazamiento para comparecer al juicio en forma obligada. Por tal motivo debe efectuar negativas de hechos y derechos, formular afirmaciones y descripción de circunstancias, ofrecer medidas de prueba y producirlas, recurrir pronunciamientos, en fin, actuar como un litigante más con todas las prerrogativas de tal (Halperín, 2001).

Así se ha sostenido reiteradamente que la citación en garantía no se limita a una mera llamada del asegurador a la causa, sino que implica el ejercicio de una acción en su contra. Pero ello no sólo por parte del asegurado sino también del tercero damnificado.

Stiglitz y Trigo Represas (1977) enrolándose en la posición doctrinaria que considera que el artículo 118 de la ley de contrato de seguro establece un supuesto de acción directa no autónoma del damnificado frente a la aseguradora, consideran que el asegurador asume la calidad de parte en el proceso.

En suma, el asegurador es un demandado más, a tal punto que no es menester que, a fin de ser citado, se haya notificado previamente al asegurado sino que se integre la litis definitivamente con éste. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, in re: “Transporte Expreso Villa Bosch S.R.L. c/ Balzi, Silvio s/ Daños y Perjuicios). Ello es consecuencia natural de la extensión de la condena en su contra (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, in re: “Palleres, Faustino E. c/ Rincón Troncoso, Alfredo s/ Daños y perjuicios”).

Por lo tanto, corresponde concluir que no se trata de una mera atracción al juicio, sino de una acción principal ejercida por el tercero, por el asegurado o por ambos, pero en todos los casos con los mismos efectos.

Así resulta que los fundamentos antes mencionados respecto de la necesidad de demandar al asegurado pierden virtualidad.

En cuanto a la naturaleza del litisconsorcio que se produce por aplicación del instituto de la citación en garantía se ha generado un importante debate.

Un parte de la doctrina afirma que se trata de un litisconsorcio facultativo y otra que es necesario.

Debemos resaltar que existe litisconsorcio cuando mediando cotitularidad con respecto al ejercicio de una pretensión o un vínculo de conexidad entre distintas pretensiones, el proceso se desarrolla con la participación de más de una persona en la misma posición de parte. Es pluralidad puede ser activa –si es de varios accionantes-, pasiva –si se trata de varios demandados- o mixta si existe en ambas partes. A su vez, puede tratarse de un litisconsorcio facultativo, cuando su formación obedece a la libre y espontánea voluntad de las partes; o de uno necesario, cuando lo impone la ley o la misma naturaleza de la relación o situación jurídica en que se sustenta la pretensión procesal (Palacio, 1977).

Quienes sostienen que se trata de un litisconsorcio necesario se fundan en que dicha figura, al igual que la del artículo 118 de la ley 17.418, impone que el

litigio esté integrado por todos los litisconsortes para poder ser dictada sentencia válidamente. Fue la postura inicial de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (in re: "Ise, Jacinto c/ Roldán, Luis s/ Daños y Perjuicios", DJBA 123-11) que luego modificó sosteniendo que no lo era (in re: "Ninci de Fernández, Ofelia M. c/ Ande, Juan C. s/ Daños y perjuicios", DJ 1994-2-33")

La Suprema Corte de Mendoza sostuvo también que la intervención del asegurador que ha sido citado en garantía configura un caso de litisconsorcio necesario, ya que se encuentra obligado coactivamente. Dicho Tribunal afirma que lo previsto en el artículo 118 de la ley 17.418 es una acción directa no autónoma (Sala 2. In re: "Martín, Antonio R. c/ Chic Cahiza Hnos. y Cía. S.A. S/ Daños y perjuicios", Repertorio LL 1994-66-1963).

Para Cima (2013) "El asegurador se constituye en litisconsorte pasivo autónomo, o sea, que si bien en principio adhiere a la posición de una de las partes, puede oponer defensas autónomas, diferentes de las opuestas por el asegurado" (p. 280).

La posición que sostiene que se trata de un litisconsorcio pasivo facultativo se funda en que tanto asegurado como damnificado pueden citar al asegurador pero no están obligados a hacerlo, por lo que la sentencia contra el responsable del daño será factible sin su presencia en el proceso. Esto significa que el asegurado debe ser necesariamente demandado junto al asegurador para el supuesto que se quiera condenar al último, por ello la citación en facultativa.

Los que postulan la opinión contraria refutan este argumento sosteniendo que justamente es ese el supuesto donde entra a jugar la legitimación necesaria, cuando se quiere una sentencia contra el asegurador (Halperín 2001). En tal sentido es dable recordar que el litisconsorcio necesario no sólo puede derivar de la naturaleza de la relación que es motivo del pleito, sino de una disposición legal que la imponga por motivos de política legislativa (Dávila Millán, 1997). Este es justamente el supuesto de la citación en garantía donde el legislador ha decidido que la extensión de la condena al asegurador en el proceso donde se debate la responsabilidad de su asegurado requiere que éste sea demandado.

La existencia de un litis consorcio facultativo ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re: “Lanza Peñaranda c/ Transportes Quirno Costa” JA, 1991-II) y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno. (“Flores c/ Robasa s/ Daños y Perjuicios”, DJ, 1992-I).

### VII.2.2. El derecho de defensa y la economía procesal.

Como ya hemos visto -supra III.4.2.- en razón de su objeto la institución de la acción directa tiene un verdadero sentido práctico vinculado al principio de la economía procesal, ya que se busca obtener el rápido resarcimiento del daño sufrido por la víctima evitándole iniciar dos diferentes acciones, para quienes la necesidad de ejercer dos acciones sucesivas, cuales son la de daños y perjuicios y la oblicua, significa un peligro en la mora que acentúa o acrecienta el dispendio judicial y en cierta forma el gravamen patrimonial. (Baumeister Toledo, 2003).

Entonces, aparecen otros dos principios en pugna. El de la debida defensa y el de la economía procesal.

Ya nos hemos detenido sobre la economía procesal al explicar su relación con el principio de integralidad de la indemnización -supra VII.2.-.

La garantía de la legítima defensa tiene carácter constitucional y, por supuesto, no es absoluto, sino que cede frente a otras garantías y derechos. El asegurador accionado en forma directa se sujeta a un proceso donde puede ser condenado y al que accede en virtud de una obligación legal y un fundamento contractual. La posibilidad de hacer valer las defensas nacidas de la fuente de su obligación, como sabemos, se encuentra de un modo u otro, limitada por la ley que rige a la misma frente al tercero damnificado. En tal sentido, la ley de contrato de seguro no habilita al asegurador a ejercer todas las excepciones que surgen de la póliza, sino aquellas que establece su artículo 118. Esto no significa que sea vedado al asegurador su derecho de hacer valer las cláusulas contractuales, sino que sólo las podrá utilizar contra el asegurado y en otro proceso distinto de aquel al que fue citado.

El objetivo del debido proceso legal es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. Es decir, el proceso tiene que ser idóneo

para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesales que lo integran, ya que el cumplimiento de dichas formalidades no es un fin en sí mismo, sino que representa un instrumento fundamental para garantizar los demás derechos de las personas. Por ello hacemos tanto hincapié en la necesidad de superar la visión simple y estanca de esta garantía, concebida a veces como un mero cumplimiento de formalidades para asegurar el derecho de defensa.

En nuestra opinión, se debe efectuar una interpretación que vaya más allá, demandando que el estado no se limite, simplemente, a ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que se debe controlar que las autoridades públicas presten también atención al fondo de los asuntos a ellas sometidos, y al contenido de los derechos y obligaciones en juego, exigiéndoles que no sólo cumplan las formalidades, sino que las decisiones que adopten -además de ser fundadas, justas y razonables- sean útiles y efectivas. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia". (Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 117).

Puede señalarse que la garantía del debido proceso encuentra sustento en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en conjunción con tratados internacionales que expresamente lo contemplan, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- cuyo art. 8 dice:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Una norma similar contiene el artículo 14.1 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El debido proceso legal presenta un aspecto adjetivo y otro sustantivo. Como enseña Linares (1970) se trata de un conjunto no sólo de procedimientos

legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida -aspecto adjetivo del debido proceso-, sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate -aspecto sustantivo del debido proceso-.

La garantía de defensa en juicio exige, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle, asegurando a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal forma, ya se trate de procedimiento civil o criminal, requiriéndose indispensablemente la observancia de las formas sustanciales relativas a acusación, defensa, pruebas y sentencia.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído, y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales (in re: "Esquivel, Mabel A. c/ Santaya, Ilda", Fallos 319:1600). El debido proceso legal, tiene dos modalidades: el debido proceso legal adjetivo -respeto a los procedimientos establecidos- y debido proceso legal sustantivo -respeto al sentido de justicia establecido en las normas superiores- (Quiroga Lavie, 1979). El debido proceso legal adjetivo -o formal- en el ámbito jurisdiccional consiste en el cumplimiento de determinados recaudos formales o de procedimiento, para llegar a la sentencia que resuelva el litigio. La jurisprudencia de los Estados Unidos ha conceptuado al debido proceso en sentido formal como el curso regular de la administración de justicia por los tribunales, conforme con las reglas y formas que han sido establecidas para la protección de los derechos individuales. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 no contenía ninguna referencia al debido proceso de ley. Recién en 1791, entre las diez primeras enmiendas, se incluye la Enmienda V que introdujo el debido proceso en materia penal. Y en 1868, con la Enmienda XIV, la garantía tiene alcance general. Se ha introducido la cláusula que establece que ninguna

persona será privada de su vida, su libertad o su propiedad, sin el debido proceso de ley. (Quiroga Lavie, 1979)

Tratando de describir en síntesis la esencia del debido proceso, dice Bidart Campos (1989) que consiste en la oportunidad o posibilidad suficientes de participar -o tomar parte- con utilidad en el proceso; de ahí, agrega, que el debido proceso nos deje la idea de un proceso regular y razonable y de una tutela judicial eficaz.

En nuestra Constitución Nacional, no hay ninguna disposición que aluda específicamente al debido proceso legal. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia la encuentran comprendidas en distintas normas de la misma. Linares (1970), sostiene que la garantía se encuentra implícita aunque no está mencionada en forma expresa en nuestra Constitución Nacional, y la denomina innominada. Mercader (1944) considera que, aunque no aparezca escrito expresamente en la Constitución Nacional, la garantía del debido proceso está formulada en la misma: dice que basta tener en cuenta que la necesidad de asegurar la justicia impuesta a las provincias por el artículo 5, equivale a esa garantía, porque en la idea de justicia está implícita la exigencia de un debido proceso. Guastavino (1977), distingue la garantía del debido proceso de la de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Ubica el fundamento positivo de la primera en el artículo 33 de la Constitución Nacional, y el de la segunda en el artículo 18 de la misma.

En tal sentido, aún cuando se admitiera que la garantía del debido proceso no está expresada en la primera cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, derivaría de la de la inviolabilidad de la defensa en juicio, o, al menos, se trataría de una garantía innominada y normativamente encasillada en el artículo 33. (Mirás, 1966).

Entonces no hay duda de la importancia de sujeción a un proceso legal y debido para que la sentencia que se dicte sea ajustada a derecho y, especialmente conforme a la Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que adhiriera el país.

Volviendo al tema de éste acápite, debemos revisar la relación entre la economía procesal, el derecho de defensa y la necesidad impuesta al tercero damnificado de demandar al asegurado como requisito para accionar contra el asegurador.

Se torna relevante considerar que el equilibrio entre un debido proceso y si su celeridad se encuentra ligado al objeto de cada tipo de proceso. En efecto, cuando el ordenamiento procesal estima que es menester agilizar la obtención de una resolución judicial establece un mecanismo más dinámico, como ocurre con los procesos sumarios o sumarísimos donde los plazos y los actos procesales se reducen llegando a limitarse los medios probatorios. En igual sentido se ha emplazado la acción directa como medio para facilitar el acceso de la indemnización al damnificado sin violentar la garantía constitucional analizada.

Advertimos por lo tanto que la celeridad procesal fomenta el acceso a la indemnización como prioridad del régimen de la responsabilidad civil y, como consecuencia natural de ello, se viene marcando una tendencia a instituir un régimen que lo permita.

La imposición de traer al proceso al asegurado aparece como necesaria cuando existe un conflicto concreto entre asegurado y asegurador, pero no resulta tan claro que lo sea cuando éste no exista. En efecto, si la sentencia va a dirimir cuestiones que no se refieren sólo al reclamo del tercero sino al alcance de la obligación del asegurador, el asegurado debe participar del proceso para hacer valer su derecho, no así caso contrario. Asimismo la obligación de traer al asegurado al proceso supone una limitación en el trámite judicial que condiciona su economía.

Finalmente, si se concede al asegurador la posibilidad de esgrimir todas o alguna de las defensas nacidas del contrato, la posibilidad de que se produzca un conflicto entre asegurado y asegurador resulta más probable, por lo que dicha facultad también supone un condicionamiento a la economía procesal de la acción del tercero.

### VII.3. La cuestión sustancial.

En cualquier caso, resulta de extrema importancia la existencia de un crédito, nacido de un daño a un tercero, que entrañe una obligación de indemnizarlo. Como nos explica Le Torneau (2008), se indemniza "...todo el daño, pero nada más que el daño" (p. 68) ya que como el mismo autor sostiene "...en responsabilidad no hay acción sin perjuicio" (p. 60). Resulta entonces que es la titularidad del crédito la que otorga la legitimidad a la acción -derecho procesal y sustantivo de pedir- del tercero en la relación originaria de la acreencia -sea un contrato, un acto ilícito o cualquier otra fuente de obligaciones- es una cualidad que deviene de la titularidad del crédito y no directamente de la Ley, como en los casos de la acción oblicua o de cesión de derechos litigiosos.

Ahora bien, dado su carácter extraordinario, solo es posible cuando la ley de manera expresa la crea y autoriza, a fin de que su titular, el de la acción directa, en sustitución del titular originario del crédito, ejerza la acción de cobro de ese crédito (Vigil Iduate, 2013).

En los seguros de responsabilidad civil el asegurador se obliga a pagar por los daños que debe resarcir el asegurado, y por mandato legal, se permite que el tercero perjudicado pueda exigir directamente al asegurador lo que aquel le debe. Entonces, se superpone una pretensión procesal, con un derecho sustantivo. Se confunde habitualmente el derecho con la acción. Para Sánchez Calero (1997) se trata del reconocimiento de un derecho subjetivo material propio y, en consecuencia, la posibilidad de acudir al proceso alegando esa titularidad jurídica, por lo que se puede concluir que la acción directa no supone sino el ejercicio procesal de un derecho propio.

Algunas normativas se han decidido directamente a reconocer la acción directa al tercero damnificado. Así lo sostiene el artículo 76 de la ley especial española que expresa: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación" o el artículo 110 de la ley peruana que expresa: "La víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador...". Por su parte la ley cubana en su artículo 95 de la ley cubana dispone que "El tercero perjudicado tendrá acción directa contra la entidad

de seguros hasta el límite de las obligaciones contempladas en el contrato de seguro o la póliza”.

En todos estos supuestos donde se la impone concretamente la redacción genera la duda sobre si la acción directa es un mecanismo procesal o un derecho propio, o incluso si hay confusión entre el derecho subjetivo material propio del perjudicado y la acción. En realidad, la acción directa lo que hace es facilitar el ejercicio procesal de un derecho material propio, pues da la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial alegando que se es titular jurídico de ese derecho propio; el tercero perjudicado tiene dos derechos con los que se corresponden dos obligaciones que no hay que confundir: una que nace del hecho ilícito y que se desarrolla directamente en la relación contractual o extracontractual entre causante –asegurado y tercero perjudicado y otra entre asegurador – asegurado y que presupone la existencia de la póliza de responsabilidad civil.

Es por eso que resulta quizás más clara la ley de colombiana en cuanto declara que el tercero perjudicado es el beneficiario del contrato. Por lo tanto resulta más precisa al considerar que, si existe un derecho propio del tercero, se le concede una acción para ejercerlo.

En relación a la ley española Montero Aroca (1994) afirma que “... el artículo 76 de la Ley 50/1980 no está concediendo al perjudicado una legitimación extraordinaria por sustitución, sino un derecho material propio, de modo que la afirmación de éste no supondrá más que un supuesto normal de legitimación ordinaria” (p. 20)

Para dicho autor el perjudicado no ejercita en nombre propio un derecho ajeno, sino que ejercita en nombre propio un derecho propio.

Para algunos sistemas jurídicos, como el argentino, paraguayo, chileno, por mencionar algunos ejemplos, sigue en discusión el derecho propio, y el reconocimiento de la acción, pero sin considerar necesariamente que lo uno sea consecuencia natural de lo otro. Queremos decir que, según este esquema y la doctrina que lo sustenta, puede existir acción directa sin que exista derecho propio.

Pero además, debemos resaltar que si afirmamos que la acción directa del tercero contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil carece de autonomía. ¿Ahora bien, esa falta deviene de idéntica ausencia sustancial o es sólo procesal? ¿En otras palabras, la acción directa no es autónoma por la necesidad de demandar también al asegurado para hacerlo contra el asegurador o deviene de la falta de derecho directo del tercero contra el asegurador?

Las respuestas a esas preguntas generan la posibilidad de distintas opciones.

Es factible considerar que la acción directa sea un reconocimiento de la ley con ese alcance solamente, o sea, sin que se le reconozca un derecho sustancial más allá de su faz de ejercicio. Entonces la no autonomía existe doblemente, tanto en la faz sustancial como en la procesal o de su ejercicio.

Otra posibilidad es sostener que la ley reconoce un derecho sustancial que se ejercita en forma no autónoma.

Cabe considerar otra posición, cual es la que sostienen algunas legislaciones, que existen y corresponde reconocerle ambas autonomías, de derecho y de ejercicio. Se trataría, en este supuesto, de un derecho propio ejercido directamente.

Si bien la discusión tiene siempre que ver con el sustento normativo vigente en cada país, resulta importante comprender que el posicionamiento que se tome tiene consecuencias en práctica jurídica. Se trata no sólo de saber si es factible o no imponer la acción directa sin ningún tipo de limitación, si ello trae o no ventajas generales al sistema o a la protección de las víctimas y los asegurados, sino también, si tal imposición no trae aparejada una desnaturalización del contrato de seguro de responsabilidad civil o, por el contrario supone el cumplimiento de su función.

En tal sentido nos dice Tzirulnik (2007):

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

buscarla en tales construcciones jurídicas. Ella proviene de la propia esencia del contrato de seguro de responsabilidad civil (p. 7).

### VII.3.1. El alcance de la obligación del asegurador.

La obligación del asegurador está ligada a su función dentro del contrato. Siguiendo a Tzirulnik (2007) la naturaleza del seguro resulta importante para fijar dos factores:

1.- Que el seguro tiene necesariamente que ser comprendido como un contrato de dimensión meta individual, colectiva o comunitaria.

2.- Que el cumplimiento de la obligación a cargo de la aseguradora no solo tendrá lugar después de la ocurrencia del siniestro, sino desde el inicio de vigencia del contrato.

Las prestaciones de las partes, no hay que examinarlas en cada relación individual, ya que no es posible imaginar, como puede ocurrir con otros contratos, al seguro como un contrato singular. Es evidente que, por las características del negocio, el asegurador no puede celebrar un solo seguro. Ello significaría celebrar un contrato de azar, juego o apuesta.

Si fuera posible pactar las prestaciones del seguro como prestaciones solitarias, aisladas para un único contrato, en ese caso se podría identificar la “conmutatividad del riesgo” propia de los contratos aleatorios. Pero es esencial, en el caso del seguro, por razones actuariales, considerar el contrato en su ontológica naturaleza comunitaria o masificada, de tal modo que se destaca la conmutatividad de prestaciones, propia de los contratos conmutativos. Esta visión no aleatoria del contrato supone concebir que la incertidumbre sólo existe para el asegurado y no para el asegurador quien ciertamente sabe que deberá cumplir con una prestación, lo que no sabe es concretamente con quien. En efecto, en su cálculo actuarial tiene estimado su costo futuro y, por ende, las provisiones que deberá tener. Por lo tanto su característica de contrato plural, en masa y de empresa –todos factores ligados- resulta no ser accidental sino esencial a su naturaleza.

Como lo explica Toledo Piza (2002) “el contrato de seguro presenta una inolvidable estructura sinalagmática -genética y funcional- en la medida que la

prestación de la prima tiene contrapartida inmediata: la propia desintegración del riesgo en el ámbito de la masa que le corresponde.”

La función social no perjudica la libertad de contratar, de realizar, materialmente, el contrato, pero actúa de manera decisiva con relación a ella, porque busca proteger la real manifestación de la voluntad inserta en su contenido, ya que “los contratos desempeñan relevante papel en la sociedad, nacional e internacionalmente considerada” (Azevedo, 2003, p. 34).

Así podemos advertir como el Código Civil de Brasil, promulgado en 2002, en su artículo 421, dice que “La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”. Esa es una norma de orden público, como advierte expresamente el párrafo único del artículo 2.035: “Ninguna convención prevalecerá si es contraria a los preceptos de orden público, tales como los establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos”.

Por ello debemos afirmar que de un lado, el asegurado paga una prima que se corresponde con la garantía prestada por el asegurador. Las dos prestaciones tienen una equivalencia esencial y se dan desde el inicio de vigencia del seguro. Pero además, debemos considerar que los contratos en general y, el de seguros, muy particularmente son medidos conforme su función no sólo individual sino también social. Al adentrarnos en el seguro de responsabilidad civil aparece la necesidad de protección del damnificado.

Como lo sostiene Ewald (1999) La sociedad necesita, más que encontrar responsables, indemnizar sus víctimas. El derecho de la responsabilidad es, ahora, el derecho de la solidaridad. El derecho de responsabilidad persigue indemnizar las víctimas individual y socialmente consideradas.

Por función social, no se tiene tan solamente el equilibrio interno del negocio, ni tampoco las solas manifestaciones económicas de los contratos. El negocio privado, sea cual sea, no puede desafiar el interés público, sin perjuicio de su propia existencia, validez o eficacia. El contrato, entonces, no es sólo para las partes, es para la sociedad, necesariamente (Tzirulnik, 2007).

Esta concepción obliga a definir el alcance de la prestación del asegurador en el seguro de responsabilidad civil, generando una nueva visión de su cumplimiento y correspondiente ejecución.

Es por ello que la falta de autonomía de la acción y del derecho del tercero damnificado se encuentran condicionadas por esa redefinición de la obligación principal del asegurador en este tipo de contratos.

### VII.3.2. El conflicto de intereses entre asegurado y asegurador.

Resulta inevitable que pueda surgir un conflicto entre los intereses del asegurador y el asegurado. Las prestaciones a la que se obligan las partes del contrato de seguro generan el derecho de su exigibilidad recíproca. Como consecuencia de ella resulta factible que frente a un eventualmente incumplimiento total o parcial, esencial o accesorio, se trabee una discusión contractual. Esta puede provenir de la distinta interpretación que se le da a los alcances de una norma contractual o legal, o simplemente de la negligencia o directa intención de incumplir.

Ese posible conflicto, que no solo existe en el contrato de seguros, sino en todos en general, está previsto por el derecho como excepción. Lo razonable, lo que el ordenamiento jurídico espera, es que el cruce de intereses no se transforme en conflicto como regla, sino en forma aislada o, al menos poco frecuente.

Revisando el esquema impuesto por la ley 17.418, donde la sentencia puede abarcar también al asegurador bajo el requisito de que se demande al asegurado pareciera hacernos concluir que el conflicto eventual entre ambos está presente necesariamente. En otras palabras aparentemente la ley presume de algún modo el conflicto entre asegurado y asegurador por eso impone que sea traído al conflicto.

Frente a ese análisis cabe otra posibilidad. Nos referimos a la de sólo traer al asegurado cuando el conflicto se encuentra concretamente exteriorizado. La presencia o no del asegurado en el proceso, si no es llamado por el tercero perjudicado, queda entonces a voluntad o estrategia de la aseguradora, que

podría alegar la necesidad de su presencia en el proceso como accionado o su ofrecimiento como testigo. En cualquier caso, sí está obligada a defender al asegurado, para lo que puede utilizar las opciones que brinda la ley procesal.

Por supuesto, si se considera que el tercero damnificado ostenta legitimación extraordinaria por su propio derecho, en razón de que la propia ley se la confiere, cambia la lógica antes descrita y la accionada material es la aseguradora por lo que el asegurado pasa a ser citado por vía excepcional, cuando las circunstancias lo ameritan.

La acción directa contra la aseguradora de responsabilidad civil, en un inicio creada por la jurisprudencia, se fue incorporando a los ordenamientos legales, como muestra del interés estatal de proteger a quien recibe un daño, existiendo la tendencia actual de no necesitar la declaración de la responsabilidad del asegurado causante del daño. Como alternativa aparece la llamada en garantía, que desde un enfoque procesal busca incorporar a la aseguradora al proceso y que la sentencia resulte cosa juzgada para la misma (Vigil Iduate, 2013).

Otra visión, posicionada desde la legitimación directa del tercero perjudicado, nos la da Talciani (2015) al sostener que:

La acción directa debe interponerse en contra del asegurador del responsable del daño. Pero como ella se funda en la procedencia de la obligación de indemnizar del asegurado nos parece que es necesario que, al mismo tiempo, se ejerza la acción de responsabilidad en contra de este. Iría contra las reglas del debido proceso, y produciría muchos inconvenientes, el que se discutiera sobre la procedencia de la responsabilidad civil de una persona, sin que esta tuviera la oportunidad de intervenir en el litigio (p. 13).

Esta otra forma de encarar la cuestión vuelve sobre los principios antes analizados: la tensión entre la economía procesal y el derecho de defensa.

El asegurado celebró el contrato para que el asegurador responda por él, lo proteja frente al reclamo del tercero. Entonces el primero asume la defensa en el juicio del segundo cumpliendo con su obligación.

Es claro que el asegurado no puede ser condenado sin ser demandado, pero ello no es imprescindible para el tercero, si no existe un motivo para que sea menester.

Si el asegurador cubre la totalidad del riesgo o el tercero sólo procura obtener la reparación de quien se encuentra en mejor condición de abonarla – aunque prescinda de una parte de ella al aceptar las limitaciones del contrato que le son oponibles- nada obsta que no accione contra el asegurado responsable del daño.

Es por ello que la acción directa puede no requerir para su ejercicio de la obligación de demandar al asegurado como requisito esencial propio de la naturaleza del seguro de responsabilidad. La conveniencia o no de tal condicionante ha sido fruto del mayor o menor interés del sistema jurídico de otorgarle garantías al asegurador frente a los eventuales conflictos con su asegurado.

#### VII.4. Conclusión

El requisito de que el tercero damnificado deba demandar al asegurado para poder demandar al asegurador en el seguro de responsabilidad civil puede tener distintos fundamentos para su imposición legal:

a.- La relación sustancial del contrato basada en que la falta de autonomía del derecho implica falta de autonomía de ejercicio. Se aplica en ese sentido un criterio análogo al de la acción subrogatoria u oblicua donde la ley concede una acción que le corresponde al deudor respecto de un deudor de éste sin que ello implique que exista una relación jurídica sustancial. Ese decir, existen dos relaciones independientes y una posibilidad de accionar del titular de una de ellas en nombre –en lugar- del titular de la otra. Por lo que el única facultad que se le reconoce al tercero es la de accionar en forma directa o subrogatoria según sea el caso.

b.- La potencialidad presunta o real de un conflicto nacido de las excepciones contractuales o legales que puede oponer el asegurador frente al asegurado y también frente al damnificado accionante. Podemos afirmar que hay una presunción de contradicción dentro de este esquema jurídico que se sostiene en el entrecruzamiento de intereses, de por sí, más complejo en otros contratos, pero que no escapa a la dinámica de la contractual actual. Ello debido a que la variada

interrelación entre distintos actores -jurídicos, económicos y sociales-, obligaciones e instrumentos ha venido siendo moneda corriente en la actividad de nuestros días. El contrato en general –y el de seguro no es la excepción- no puede analizarse en forma aislada sino dentro de un esquema diverso y en el marco de la trama social.

c.- La acumulación de conflictos tripartitos con relación al concepto de legítima defensa, donde la falta de participación el proceso de alguno de los interesados implicaría en términos procesales la imposibilidad de extenderle la sentencia. Entonces, una razón de conveniencia práctica de seguridad o certeza judicial primaría frente al principio de economía procesal y, en lo sustancial, frente al privilegio o facilitación de acceso a la indemnización por parte del damnificado.

d.- Pero, además, para otra corriente doctrinaria en nuestro país es argumento suficiente para imponer la obligación de demandar al asegurado para poder hacer extensiva una condena al asegurador la inexistencia de una verdadera acción directa. Para esta postura, especialmente la citación en garantía de nuestro sistema, no estableció dicha acción sino que se trata de una simple acumulación en un mismo proceso de distintos reclamos a efectos de una mayor economía procesal. Incluso se ha discutido si se trata de un litisconsorcio necesario o facultativo.

La conveniencia de demandar al asegurado para poder traer al proceso al asegurador, o dicho de otro modo, la utilidad de demandar al asegurador en forma directa sin que sea requisito hacerlo también contra el asegurado, consiste en la mayor facilitación del acceso de la víctima a la indemnización.

La oposición a tal entendimiento –con los fundamentos antes resumidos- es sostenida principalmente por los aseguradores que ven en el requisito de accionar contra el asegurado para que sea viable un reclamo en su contra, una garantía tuitiva de su equilibrio técnico. En este último sentido, resulta indudable que la falta de determinación jurídica de las pautas normativas atentará contra las previsiones que el asegurador, como administrador de riesgos ajenos, pueda hacer.

En consecuencia, resulta primordial que el ordenamiento legal y la interpretación jurisprudencial no varíen en sus criterios y provean de una institución clara de los principios que se harán primar.

De todo ello surge la imperiosa necesidad de definir claramente las prioridades normativas sustentadas axiológicamente que le permitan dar previsibilidad a los actores del negocio del seguro de responsabilidad civil.

En igual sentido la certidumbre respecto de la cobertura y régimen de garantía, así como las herramientas para hacerlas valer, en tanto a su eficacia y alcances resultan también esenciales para la comunidad donde se desarrolla tal actividad.

Tanto asegurados como las eventuales víctimas de su responsabilidad deben obtener instrumentos concretos y debidamente regulados para poder acceder a una protección adecuada de su patrimonio e integridad física y moral. De eso concretamente se trata la verdadera previsibilidad, siendo esta una parte importante de la función social del seguro.

La comprensión de la actividad privada como medio para acompañar con un interés colectivo requiere de la determinación precisa y firme de sus condiciones y límites. Este es el caso de la actividad aseguradora, sobre todo cuando se trata del riesgo de la responsabilidad civil.

La ciencia evolucionó a partir del conflicto de teorías y paradigmas. Un paradigma sustituye a otro cuando aparece una nueva manera de pensar los problemas no resueltos por el paradigma vigente y un nuevo método para solucionarlos (Khun, 1982). Este proceso también ocurre en la Ciencia del Derecho. Cuando se logra una confluencia de ideas sobre los conceptos y los problemas que debe abordar el Derecho, se puede decir que se consolidó un paradigma jurídico.

Habitualmente los paradigmas colisionan entre sí y uno de ellos resulta dominante. Luego, pequeños ajustes y cambios lo perfeccionarán. Pero cuando las respuestas para los problemas surgidos no aparecen dentro del paradigma vigente, surgirán paradigmas alternativos que desafiarán a aquellos hasta entonces dominantes. Hay quienes denominan este proceso conflictos de

ideologías; otros lo describen como un choque de discursos (Laclau, 1990) o como disputas de poder entre los jugadores de un mismo campo.

Todo ello es parte de esa tensión que debemos considerar y que confluye en la evolución de la noción del contrato y de su función.

Benetti Timm (2010) afirma que

... el Derecho Contractual confiere seguridad y previsibilidad a las operaciones económicas y sociales, al proteger las expectativas de los agentes económicos. Esas funciones le asignan un importantísimo papel institucional y social. Eso no significa que no existan otros objetivos valiosos a perseguir, sino que el Derecho Contractual no es una herramienta igualmente idónea para todos los fines. A los efectos de la distribución de la riqueza, por el ejemplo, el sistema tributario suele ser una herramienta más eficaz y eficiente que el Derecho de los contratos (p.37).

El alcance de esa función social del seguro debe analizarse desde una visión general y no en forma aislada ya que la falta de una correcta evaluación de su impacto económico puede atentar contra su concreción.

## Capítulo VIII La acción directa en el seguro de responsabilidad civil en el derecho comparado.

### VIII.1. Introducción.

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil ha sido motivo de un importante debate a nivel nacional e internacional. Algunos países como Argentina, España, Colombia y, más recientemente Brasil, plantearon el tema desde lo doctrinario, mientras que otros como Estados Unidos de Norteamérica o Bolivia, partieron de la búsqueda de soluciones prácticas menos generales.

El desarrollo evolutivo del instituto ha tenido su comienzo indudablemente en Francia como creación de la jurisprudencia, siendo que desde allí se extendió a varios países europeos y luego de nuestro continente. Las razones que motivaron su establecimiento fueron diversas pero se centran en la tensión de que venimos hablando –supra VII.- entre los intereses de asegurados, aseguradores y damnificados. La priorización del acceso a la indemnización por parte de la víctima, sea en forma de protección de su crédito frente a terceros –o el mismo asegurado- o el reconocimiento de un derecho propio del damnificado, tiene su efecto directo en la medida del alcance de la concesión de la acción directa en el ordenamiento jurídico.

La internacionalización de los mercados en el fenómeno habitualmente denominado globalización, ha tenido como consecuencia que los riesgos traspasaran las fronteras, motivando que la coordinación de los derechos locales y regionales pasaran a tener un papel fundamental. De allí que las normas convencionales tiendan a determinar las normas aplicables, como ocurre específicamente con el Reglamento Roma II de la Comunidad Económica Europea respecto de la acción directa en los seguros de responsabilidad civil.

Por ello entendemos necesario efectuar un relevamiento de la regulación de la acción directa en ciertos países dada su especial relación jurídica, social y económica con el instituto como los son, en Europa: Alemania, España, Francia, Italia e Inglaterra, y en América: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Estados Unidos de Norteamérica, México, Paraguay, Perú y Venezuela. Ello no significa

prescindir de los demás regímenes sino procurar un esquema de los distintos sistemas. En éste último sentido realizaremos una caracterización general sobre los diversos modos de instituir o no la acción directa en estos países.

## VIII.2. La acción directa en Europa.

El mecanismo de la acción directa ha sido acogido por varios ordenamientos, entre los cuales debe destacarse los de Europa que, muy probablemente, se han visto influenciados por la legislación francesa. Si bien su más antiguo antecedente legislativo es la ley federal de seguros de Suiza del 2 de abril de 1908 que fue la primera en reconocerla expresamente, su expansión por el continente se produjo con la implementación en Francia.

A nivel convencional y en el marco de la Comunidad Económica Europea, la acción directa fue motivo de regulación en el artículo 18 del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

Las disposiciones nacionales habían establecido sus normas al respecto. Así lo hizo el artículo 141 de la ley suiza de derecho internacional privado, el artículo 106 del Código belga de derecho internacional privado y el artículo 40.4 EGBGB - *Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch*- alemán. Esta última es la principal fuente del derecho internacional privado de ese país y es una ley Introdutoria del Código Civil-, en particular sus artículos 3 a 46. No obstante, el artículo 3.2 de la EGBGB establece que las disposiciones de los actos jurídicos de las Comunidades Europeas y las de los acuerdos internacionales que son directamente aplicables en Alemania tienen primacía sobre esta ley en sus respectivos ámbitos de aplicación.

De igual forma lo reguló el artículo 9 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable a accidentes de circulación por carretera. En concordancia con toda esa normativa, el artículo 18 de Roma II, con el título de acción directa contra el asegurador del responsable, establece que "...la persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro...". Y lo hace

enmarcado en un instrumento como el Reglamento Roma II que es fiel a la idea de responsabilidad basada más en el principio de objetivación y reparación del daño que en el de regulación de las conductas y sanción de los comportamientos culpables -Considerando núm. 16 Reglamento Roma II-.

De ahí que se haya establecido la admisibilidad de la acción directa condicionada a la ley aplicable a la obligación extracontractual, lo que no hace sino reafirmar su naturaleza como medida de reparación del daño; y coherente, asimismo, con el régimen de los seguros obligatorios, en cuanto su normativa reguladora contempla siempre la posibilidad de este tipo de acción.

Así, dicha norma regula el ejercicio de la acción directa contra el asegurador de la persona responsable del daño en los términos expuestos, permitiendo, a partir de una calificación sustancial y no procesal de la acción, que la persona perjudicada pueda actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable, en orden a reclamarle resarcimiento, si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro. O, lo que es lo mismo, la víctima del daño va poder reclamar su permite la ley reguladora del contrato de seguro o la ley reguladora de la responsabilidad no contractual.

La redacción del artículo 18 Roma II, condicionando la posibilidad de una acción directa contra el asegurador a la conexión doble y alternativa que establece, beneficia básicamente a la persona perjudicada por el daño, en tanto en cuanto puede ejercitar su acción directa en la medida en que sea admitida por cualquiera de dos normativas estatales diferentes, siendo suficiente con que se halle contemplada en una de ellas.

Ello ha sido criticado por parte de la doctrina ya que considera que tal normativa perjudica la situación del asegurador al limitar su posibilidad de elección de ley aplicable ya que le permite al damnificado optar por régimen que le sea más favorable (Maseda Rodríguez, 2016).

### VIII.2.1 Alemania

En la ley sobre contrato de seguro -Gesetz über den versicherungsvertrag-, de 30 de mayo de 1908 con varias modificaciones, no existe la acción directa en el

seguro de responsabilidad civil –*Haftpflichtversicherung*-, que dicha ley regula en su Título Sexto. Por el contrario, el artículo 156 -Posición jurídica de los terceros perjudicados-, establece que:

La relación jurídica -derivada de la responsabilidad civil-, se establece entre el tomador del seguro y el tercero perjudicado, a través de un acuerdo, reconocimiento o sentencia, que origina la obligación del asegurador, previamente informado de ello, a pagar al tercero perjudicado el monto a que es obligado el tomador del seguro -traducción propia-.

En la ley sobre seguro automotriz obligatorio -*Gesetz über die pflichtversicherung für kraftfahrzeughalter*-, se consagra en cambio la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador -artículo 3-. (Contreras Strauch, 2004). Esa acción puede ser ejercida dentro de los alcances de la cobertura impuesta legalmente. En tal sentido, dicha ley cubre daños materiales a bienes y las consecuencias de lesiones, incapacidad, o muerte, por un monto mínimo. En caso de imposibilidad de conocimiento de la aseguradora, su insolvencia o inexistencia de cobertura, el damnificado puede reclamar ante el fondo de compensación de daños producidos por accidentes de tránsito -*Entschädigungsfonds für schäden aus kraftfahrzeugunfällen*-.

Vale destacar la estrecha relación que existe entre el régimen de licencias para conducción de automotores y la asegurabilidad de sus conductores. Los seguros de responsabilidad civil son celebrados por conductor y no por vehículo – casco-. Ello permite una mejor evaluación de la conducta siniestral del asegurado imponiéndole un régimen de puntaje –*scoring*- que sirve para la evaluación del riesgo y, a su vez, la calificación del conductor para el manejo de automotores. El registro de sanciones y de siniestros se encuentra centralizado recibiendo información de todas las compañías de seguros lo que facilita la tarea de control.

También es dable resaltar la importante cultura aseguradora en general y sobre la responsabilidad civil en particular que posee este país. Ella deriva del rigor con que la legislación y jurisdicción alemanas juzgan los denominados hechos no intencionales. Por tal motivo se han desarrollado los llamados seguros de responsabilidad personal –*Haftpflichtversicherung*- o de costes legales –*Rechtsschutzversicherung*- muy extendidos en la práctica de ese territorio.

## VIII.2.2. España

El mecanismo de la acción directa ha sido acogido por el ordenamiento jurídico español el que, seguramente, se ha visto influenciado por el derecho francés. Sin texto legal expreso, ni siquiera alguno semejante a los de la ley francesa de 1930, el Tribunal Supremo español desde antiguo fue reconociendo la facultad de la víctima de demandar directamente al asegurador, para facilitar su acceso a la indemnización y lograr el funcionamiento normal del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Un primer fundamento fue la estipulación en favor de otro –Sentencia del Tribunal Superior 23 de junio de 1930-. Luego la justificación se fue diversificando:

a.- Se habló de que el asegurador era un deudor subsidiario -Sentencia del Tribunal Superior 4 de noviembre de 1932; 22 de septiembre de 1950; 3 de noviembre de 1966-.

b.- Se afirmó que el asegurador era un deudor solidario con el responsable - Sentencia del Tribunal Superior de 23 de junio de 1930; 18 de febrero de 1967; 14 de octubre de 1969; 26 de marzo de 1977; 30 de junio de 1977-.

c.- Incluso algunas sentencias sostuvieron que la obligación del asegurador de indemnizar a la víctima era de naturaleza especial y más gravosa que la obligación solidaria -Sentencia del Tribunal Superior 25 de noviembre de 1969 y 16 de marzo de 1977- (Clavero Ternero, 1995).

Los argumentos aportados por esta jurisprudencia eran muchas veces criticados por la doctrina que los consideraba inadmisibles, pero la idea de que la acción directa debía proceder fue avanzando como una necesidad social y jurídica en España, hasta que al dictarse la Ley de Contrato de Seguro –ley 50/1980- se la reguló en forma expresa en el nuevo artículo 76 de dicho cuerpo normativo.

La referida norma en su parte principal dispone:

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 este, el daño o perjuicio causado a tercero. 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

este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

La doctrina ha criticado fuertemente la redacción del texto. Afirma Veiga Copo (2013) que el artículo 76 es un "paradigma de confusión y abigarramiento léxico" (p. 17).

El legislador español ha optado por privilegiar claramente al tercero reforzando la función social del seguro de responsabilidad civil. Pero además, ha ido más lejos y no sólo consagró la acción directa, sino que la dotó de inmunidad frente a las defensas que pueda oponer el asegurador, excepto, por supuesto, a las sustanciales, las que hacen al grado de responsabilidad del asegurado o la víctima en la producción del evento dañoso.

La doctrina española, no obstante, se ha ocupado de morigerar el principio declarando la oponibilidad a terceros de las delimitaciones objetivas del riesgo (Blanco Giraldo, 1999).

El diccionario Mapfre de seguros define la acción directa como la "...facultad que tiene el perjudicado por un siniestro para reclamar una indemnización directamente contra la entidad aseguradora de la persona que es responsable del daño" (Castelo Matrán y Guardiola Lozano, 1992, p.6), y es que por virtud de ella, el damnificado puede accionar en contra de la compañía de seguros sin que el asegurado tenga ningún tipo de intervención como parte dentro del procedimiento.

Se trata en consecuencia de una doble autonomía: la sustantiva, que hace al derecho de accionar directamente el tercero contra el asegurador, y la procesal que permite demandarlo sin que sea menester traer al proceso al asegurado.

Decimos en este caso que se trataría de una citación al asegurado tal como si se tratara de un tercero, en virtud de que la prioridad –al menos desde la faz procesal y de la acción- se ha puesto en la relación entre el asegurador y el damnificado y no, como se sostiene en los sistemas que –como el nuestro- establecen la citación garantía que la relación sustancial se da entre las partes del contrato y el damnificado es ajeno a ella.

En definitiva, se vuelve sobre aquella dicotomía respecto del destinatario del contrato. Ello en el sentido de discurrir entre las dos posturas:

a.- Que el contrato se celebra para la protección del patrimonio del asegurado por lo que deba en razón de su responsabilidad civil.

b.- Que el contrato tiene como principal fin indemnizar al damnificado víctima de la responsabilidad del asegurado.

Resulta claro que la legislación española, sin desatender al primer objetivo, hace hincapié en el segundo.

Ello puede advertirse de la propia definición del contrato de seguro de responsabilidad civil de la mencionada ley que en el primer párrafo de su artículo 73 expresa:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

En efecto la definición legal genera una obligación de indemnizar al tercero dentro de los límites del contrato.

En tal sentido en este país la doctrina ha analizado la función del seguro de responsabilidad civil sosteniendo que es un seguro de daños en interés propio del asegurado, en cuanto tiende a que el asegurador le libere del pago de la deuda que

nace con motivo del hecho dañoso o le reembolse la indemnización ya satisfecha al tercero perjudicado. Si bien esto último es lo que originariamente justificó el seguro de responsabilidad civil, en la práctica, más que un reembolso hay una verdadera sustitución, pues el asegurador es quien de forma directa indemniza al tercero víctima del daño. De hecho, existe en la conciencia colectiva la idea que el obligado a indemnizar en caso de un siniestro es el asegurador. (De Ángel Yagüez, 2006).

La referida norma del artículo 76 alude a las excepciones que puede oponer el asegurador contra el tercero perjudicado, así como a las excepciones a las que la acción directa es inmune.

La jurisprudencia va más lejos y distingue entre lo que son hechos constitutivos de la pretensión del tercero y las excepciones que el asegurador puede oponer al asegurado; esto último, necesario para concluir qué excepciones

puede, o no puede, oponer el asegurador a la víctima del daño. Son hechos constitutivos de la pretensión del tercero que ejercita la acción directa: la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil y que el asegurado sea responsable civil de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento reclama el tercero. Ello como consecuencia de que la denominada acción directa es en realidad un derecho propio del tercero perjudicado, distinto del que ostenta contra el asegurado causante del daño (De Ángel Yagüez, 2006).

Sobre excepciones inoponibles al perjudicado que ejercita la acción directa, el más Alto Tribunal de España estableció sus parámetros.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (artículo 76 de la Ley) hay que referirla a las excepciones personales, que el primero albergue contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, dentro de cuyos límites queda el asegurador obligado a indemnizar al perjudicado, como se infiere del artículo 73, párrafo primero de la Ley de Contrato de Seguro [...], cuando la excepción objetiva tenga una relación directa, o sea factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso ... (Iturmendi Morales, 2009, p. 11).

Como podemos apreciar, el órgano jurisdiccional delimitó el alcance de la oponibilidad desde el punto de vista cuantitativo y sustancial en cuanto a la responsabilidad del asegurado que motiva la obligación del asegurador en este tipo de seguros. Pero no es posible que éste oponga al tercero defensas contractuales propias, las que son llamadas personales.

Es en tal sentido que dicho fallo luego añade que

De esa forma, el asegurador puede oponer al perjudicado que el daño sufrido por él es realización de un riesgo excluido en el contrato. Lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado (Iturmendi Morales, 2009, p. 11-12)

En un principio, la jurisprudencia sostuvo que la acción directa tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que emana -el de seguro-, si bien luego se matizó esa afirmación en el sentido de que la acción nace de la imputación al asegurado de un hecho culposo, y de la ley, constituyendo el contrato de seguro un presupuesto de la acción. La justicia española ha dicho

también de forma reiterada que el artículo 76 de la ley especial crea una situación de solidaridad pasiva entre el asegurador y el asegurado frente al tercero perjudicado.

Esto hace posible que el tercero dirija su acción contra cualquiera de los dos, o contra ambos conjuntamente, sin que exista litisconsorcio pasivo necesario. No obstante, la doctrina entiende que se trata de una solidaridad impropia, ya que, mientras el asegurado causante del daño responde frente al tercero con todos sus bienes presentes y futuros -ex artículo 1.911 Código Civil de España-, el asegurador responde dentro de los límites previstos en el contrato (Sánchez Calero, 2005).

### VIII.2.3. Francia

El surgimiento de la acción directa de la víctima contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil dentro del derecho francés se debe a la interpretación jurisprudencial de ciertos textos normativos dictados a comienzos del siglo XX (Corral Talciani, 2015).

En principio, con fundamento en la relatividad del efecto contractual, se sostuvo que, no siendo el tercero parte del contrato de seguro, no podía ejercer ningún derecho o acción en contra del asegurador y debía demandar al asegurado como responsable del daño. Solo se consideraba posible que intentara la acción oblicua, es decir, una acción indirecta en aplicación de la regla general del art. 1166 del Código Civil. Pero esta acción oblicua o subrogatoria tiene el inconveniente de que, como lo que se ejerce es el crédito del asegurado, la indemnización debe entrar en su patrimonio para que el tercero perjudicado pueda luego pagarse de su propio crédito indemnizatorio, y en ese ingreso al patrimonio del asegurado, no teniendo el tercero víctima ninguna preferencia o privilegio, la suma pagada por el asegurador puede ir a manos de otros acreedores del asegurado, frustrando así total o parcialmente el interés del perjudicado (Russo, 2001).

Los intentos doctrinarios para darle al damnificado una acción directa - nombre que nace en contraposición a la acción indirecta u oblicua-, se basaron en

un comienzo en la necesidad de impedir el enriquecimiento sin causa de los acreedores del asegurado o en entender que la víctima es el beneficiario de una estipulación en favor de tercero. Tales teorías no resultaron convincentes (Mazeaud y León y Tunc, 1963).

La incorporación legislativa del instituto se produjo de alguna manera por la ley del 13 de julio de 1930 sobre el contrato de seguro. El artículo 53 de este cuerpo legal dispuso que "El asegurador no puede pagarle a nadie distinto del tercero lesionado la totalidad o parte de la suma debida por él, mientras ese tercero no haya sido resarcido, hasta concurrencia de dicha suma, de las consecuencias del hecho dañoso que haya llevado consigo la responsabilidad del asegurado". Este mismo precepto pasaría luego al artículo L. 124-3 del Código de los Seguros. Si bien el texto no refiere expresamente a la acción directa, la jurisprudencia que ya había comenzado a entender que el tercero dañado tenía un derecho propio para reclamar la indemnización del asegurador sobre algunas leyes anteriores para seguros particulares -leyes de 8 de febrero de 1889, 31 de marzo de 1905, 28 de mayo de 1913- vio en esta norma general una consagración de esa tendencia (Russo, 2001). En efecto, si la ley ordena que el asegurador sólo puede pagar válidamente a la víctima todavía no indemnizada, quiere decir que la víctima es acreedora del asegurador de la indemnización pactada en el contrato de seguro; siendo así excluye a cualquier otro acreedor del asegurado y puede proceder directamente contra el asegurador para obtener el pago de su crédito. Los tribunales reconocen, entonces, que el tercero perjudicado tiene un derecho propio a la indemnización y una acción directa para hacerlo valer. La Corte de casación consagró esta doctrina por la sentencia de 28 de marzo de 1939 (Mazeaud y León y Tunc, 1963).

Más tarde, frente a las directivas europeas sobre seguros de responsabilidad por accidentes de automóviles, por medio de la ley 2007-1774, de 17 de diciembre de 2007, finalmente se recepcionó en forma expresa la acción directa agregando como inciso primero al artículo L. 124-3 del Código de seguros la norma siguiente: "El tercero perjudicado dispone de un derecho de acción directa contra el asegurador que garantiza la responsabilidad civil de la persona responsable".

En el *Code des Assurances* –Código de seguros- se estipula que el asegurador puede oponer al tenedor de la póliza, o al tercero que invoque su beneficio, las excepciones oponibles al suscriptor originario, entendiéndose como tales las existentes en el propio contrato y las derivadas del alcance de la garantía nacida de éste.

#### VIII.2.4. Italia

En este país el artículo 144 del *Codice delle Assicurazioni Private* –Código de los seguros privados- establece la acción directa solamente para los seguros obligatorios de responsabilidad por accidentes de vehículos.

Respecto de los seguros en general, el Código Civil solo dispone que el asegurador tiene la facultad de pagar directamente al tercero perjudicado, previa comunicación al asegurado, así como que el asegurador, al ser demandado por el tercero, puede traer en causa al asegurado -artículo 1917, números 2 y 4). La doctrina y la jurisprudencia se han negado a construir, sobre estos elementos normativos, una propia acción directa. Aunque se admite que el tercero perjudicado podría hacer uso de la acción subrogatoria del artículo 2900 del Código Civil (Botiglieri, 2010).

Esta citación a la causa que permite el derecho italiano ha sido el antecedente más conocido de la citación en garantía en Argentina y luego en Paraguay.

La doctrina italiana mayoritaria ha sostenido el rechazo a la acción directa por medio de destacados autores como Viterbo (1980), Graziani, (1935) y Vivante (2002). Este último, si bien es contrario a admitir la existencia de la acción directa en ese país, reconoce la necesidad de su incorporación con fundamento en el posible enriquecimiento del asegurado y la incitación a la producción de siniestros de parte de éste. En igual sentido Donati (1969) sostuvo que a pesar del privilegio concedido por el artículo 2767 del Código civil de Italia, no existe acción directa.

Nos informa Hill Prados (1995) sobre la existencia de jurisprudencia en el país referido que reconoce la posibilidad del asegurador de oponer al perjudicado aquellas excepciones que hubiera podido alegar frente al asegurado. Este es un

elemento interesante, por cuanto ya hemos señalado que la legislación italiana no consagra la acción directa, sino que ve un privilegio sobre la indemnización debida.

#### VIII.2.5. Inglaterra.

En el Reino Unido se sostiene fuertemente la *privity of contract* la que consiste en una doctrina del derecho contractual que impide que cualquier persona solicite la ejecución de un contrato, o demande en sus términos, a menos que sean parte del mismo –doctrina del efecto relativo de los contratos-. Ella impidió el reconocimiento jurisprudencial de la acción directa.

En auxilio de las víctimas se dictó la *Third Parties Act* de 1930, por la cual se permitió a los terceros perjudicados accionar en contra del asegurador, aunque no ejerciendo un derecho propio sino aquel que tenía el asegurado y siempre que este estuviere en insolvencia. Se trataría de lo que en el sistema latino continental llamamos acción oblicua o subrogatoria (Iriarte y Casado, 2013).

La ley de 1930 ha sido sustituida y perfeccionada con las sugerencias de la *Law Commission*, por la *Third Parties -Rights against Insurers- Act* de 2010.

Aún en el supuesto de las mencionadas normas legales, el derecho anglosajón entiende que los derechos del asegurado sólo son transferibles al tercero por ley, sujetos a las condiciones del contrato de seguro, por lo que el asegurador puede alegar aquellas excepciones derivadas del contrato de seguro. Sin embargo, sostiene que el asegurador no podrá oponer la falta de pago de las primas, por lo que se entiende que los derechos que se transfieren son los referentes a la responsabilidad incurrida frente a terceros.

En consecuencia, existe unanimidad en consagrar la oponibilidad de las denominadas excepciones objetivas, basadas en la existencia y vigencia del contrato, la cobertura pactada o el límite de la indemnización, y que hayan surgido con anterioridad al nacimiento de esa acción. No así las nacidas con posterioridad, lo que es lógico, por cuanto el acreedor es titular de un derecho propio, independiente del de su deudor (Vigil Iduate, 2013).

### VIII.3. La acción directa en América.

La denominada póliza del Mercosur sobre seguro de responsabilidad civil está dirigida al transportador carretero en viaje internacional por los territorios de los países del cono sur -Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay- e incluye básicamente los daños causados a personas y cosas transportadas o no, con excepción de la carga transportada. La Superintendencia de Seguros de la Nación Resolución N° 39927/2016 en su anexo IV, establece las condiciones de la mencionada póliza con fundamento al Convenio sobre transporte internacional terrestre, suscripto por nuestro país el 1 de septiembre de 1989, que establece la obligación para las empresas que realicen viajes internacionales de contratar seguros que cubran la responsabilidad civil por lesiones, muerte o daños a terceros no transportados. Dicho Convenio dispone la necesaria presentación por ante la autoridad de control fronterizo del certificado de la cobertura aludida. Por su parte, ese cuerpo legal prevé como requisito de validez del seguro en cuestión, la celebración de acuerdos entre las aseguradoras de los países en tránsito para la liquidación y pago de los siniestros.

Conforme la cláusula 9 del texto de la póliza “el Asegurador podrá hacer frente al reclamo en la medida de la Suma Asegurada, debiendo dejar constancia que ello no compromete la responsabilidad del Asegurado, ni importa reconocer los hechos o el derecho del tercero.”

Además la cláusula 15 establece que:

Sin perjuicio de los derechos que en cada caso correspondan a los terceros damnificados, para las acciones emergentes de este contrato de Seguro, serán competentes los tribunales del país de la entidad Aseguradora que emitió el contrato o del país de su corresponsal. En este último caso, el representante de la entidad Aseguradora indicada en las Condiciones Particulares de esta Póliza será, competente para responder por la reclamación o procedimiento Judicial.

Lo que nos lleva a afirmar que por vía de la remisión legal se aplican las normas y criterios jurisprudenciales de cada país en lo que no fueran modificados por la Convención y la póliza.

En tal sentido, como veremos a continuación los regímenes son diversos en cuanto a la forma de intervención del tercero y su legitimación. De todos modos, existe un punto en común reconocido por el texto que analizamos: el asegurador puede abonar la indemnización al damnificado en forma directa y en la medida del contrato.

### VIII.3.1. Brasil

En este país el artículo 757 del Código Civil reconoce la garantía como la prestación fundamental de la aseguradora: "Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga, mediante el pago de la prima, a garantizar el legítimo interés del asegurado [...] contra riesgos predeterminados."

Tzirulnik (2007) resalta que en el artículo transcrito no se dice que la prestación debida será la indemnización, como antes resultaba del anterior artículo 1.432 del Código Civil de 1916 actualmente derogado, que afirmaba que se considera seguro el contrato "por lo cual una de las partes se obliga para con la otra, a indemnizarla del perjuicio resultante de riesgos futuros, previsto en el contrato".

Silva Pereyra (2004) sostiene que "el seguro de responsabilidad civil permite la transferencia a la aseguradora de las consecuencias de los daños causados a terceros por los que responden civilmente el asegurado" (p. 470).

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

Siguiendo al mencionado autor podemos sostener que no dice la ley que el interés garantizado es la reposición del patrimonio del asegurado, pero si el pago del crédito de la víctima. Tiene el legítimo interés de la víctima en recibir su indemnización una especial atención del legislador. Además, en este tipo de

seguro, evitar la reducción patrimonial del asegurado es socialmente útil para el derecho brasileño.

El Código Civil de Brasil, promulgado en 2002, en su artículo 421, dice que “La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”. Esa es una norma de orden público, como advierte expresamente el artículo 2.035: “Ninguna convención prevalecerá si es contraria a los preceptos de orden público, tales como los establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos.” Por tanto, debido a una norma de orden público, la idea de autonomía privada y de libertad contractual, encuentra límite en la función social que se reconozca a cada contrato. No solo referida a contratos, sino también al derecho de propiedad como instituto protegido de la regulación de la actividad privada. En verdad, la libertad sufrió un cambio de contenido y en la actualidad tiene uno social, no más enfáticamente individual, en la acepción abstracta del liberalismo. El derecho subjetivo no es más, lisa y llanamente, el poder de la voluntad, ni siquiera la actuación de las voluntades individuales de las partes del negocio. El contrato no es ya solamente la estrecha ligación ínter subjetiva (Tzirulnik, 2007).

El cambio es tan profundo en el derecho de Brasil que el mismo derecho subjetivo, aunque previsto expresamente en la ley, se ha de ejercer con moderación, ya que, dice el artículo 187 del Código Civil, “También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres.” Por función social, no se tiene tan solo el equilibrio interno del negocio, ni tampoco las solas manifestaciones económicas de los contratos. El negocio privado, sea cual sea, no podrá desafiar el interés público, no debe ser negligente en cuanto a las obligaciones que de él surgen respecto de la sociedad, bajo el riesgo de su propia de perder su propia existencia, validez o eficacia. El contrato, en fin, no es para las partes, es para ellas y para la sociedad, necesariamente. Así lo refleja la propia ley de éste país -artículo 787 del Código Civil- dice que la garantía del seguro de responsabilidad civil es para las víctimas. No es posible olvidar esta presentación del objeto del contrato, puesto que en ella

esta su función social. Se reitera la regla: “En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador garantiza el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero”.

Resulta interesante notar que el legislador brasileño no tuvo la preocupación de predeterminar el objeto de ningún otro tipo de seguro. Solamente se preocupó de aclarar el objeto del seguro de responsabilidad civil. Resulta inexorable que la garantía prevista no solo interesa a las partes contratantes, sino también a la sociedad como un todo.

La ley tuvo el cuidado de limitar la libertad contractual, de alterarla en su esencia, fijando que el negocio debe funcionar para que ocurra el pago del crédito de que es titular el tercero perjudicado. Así, no será admisible que las partes contratantes dispongan que el seguro tenga una finalidad cualquiera que no sea garantizar el crédito de la víctima. Muchas veces nos encontramos con seguros que contienen ese vicio, especialmente los denominados seguros de responsabilidad civil de los directores y administradores de sociedades empresariales -D&O-. Esos seguros, especialmente los de inspiración estadounidense, acostumbran ser declarados con la finalidad de pago de la defensa jurídica de los asegurados (Tzirulnik, 2007).

Algunos autores reconocen la eficacia del seguro facultativo de responsabilidad civil en favor de los terceros perjudicados, atribuyéndoles, incluso, la posibilidad de accionar directamente contra la aseguradora, y advirtiendo que tal solución no debe causar sorpresa a nadie puesto que “el tema es viejo más de medio siglo, y no debería suscitar entre nosotros el pasmo de la novedad o los escrúpulos de la osadía.” (Tzirulnik, Cavalcanti, y Pimentel, 2003, p. 140).

En el sentido de sostener la existencia de la acción directa en el derecho brasileño para los seguros voluntarios, debemos observar que el párrafo 4º del artículo 787 afirma que “Subsistirá la responsabilidad del asegurado para con el tercero, si el asegurador es insolvente.” Esta regla muestra que la aseguradora está en la primera línea de responsabilidad. De ahí el verbo principal utilizado sea subsistir, y estará la subsistencia condicionada a la previa insolvencia de la aseguradora.

Para el supuesto en que el asegurado sea el insolvente en la legislación brasileña existe una norma que parece ser sólo aplicable a las relaciones de consumo y muchos la exhiben como la prueba de la imposibilidad de la acción directa en otros casos. En efecto, el artículo 101, inciso II, del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que en la acción de responsabilidad civil del proveedor de productos y servicios

... serán observadas las siguientes normas: [...] II.- [...] Caso de ser declarada la quiebra del demandado, el síndico será llamado a informar la existencia de seguro de responsabilidad, facultándose, en caso afirmativo, el enjuiciamiento de acción de indemnización directamente contra el asegurador ...

Con el pretexto de proteger al consumidor, haciendo opción por establecer una regla especial para el proveedor insolvente de bienes o servicios, el legislador acabó por dificultar la afirmación de la amplia posibilidad de acción directa.

Desde fines de los años 90 del siglo pasado, la jurisprudencia, admitió la acción directa de la víctima contra la aseguradora de responsabilidad civil. Sus fundamentos han sido la efectividad contractual, la propia naturaleza del contrato y las obligaciones que de ella emergen, el criterio de justicia y la postura que sostiene que el seguro de responsabilidad comprende una especie de estipulación mixta, o sea, en beneficio propio y a favor de tercero por ser determinado (Tzirulnik, Queiroz Cavalcanti y Pimentel, 2001).

Es el Superior Tribunal de Justicia, el que abre, de manera lo amplia, el camino para la acción directa al sostener que la legitimidad para ejercer el derecho de acción proviene de la ley y es dependiente, en general, de la titularidad de un derecho, del interés jurídicamente protegido, conforme la relación jurídica de derecho material existente entre las partes celebrantes. Además el referido Tribunal explica que las relaciones jurídicas nacidas del contrato de seguro no se limitan a las partes contratantes, por lo que resulta factible definir al tercero como beneficiario, tal cual ocurre con los seguros de vida o de accidentes personales, ejemplos clásicos apuntados por la doctrina. Las denominadas estipulaciones en favor de tercero, se pueden establecer a favor de persona futura e indeterminada, bastando que sea determinable, como en el caso del seguro, en que se identifica el beneficiario en el momento del siniestro. Finalmente, sostuvo el Alto Tribunal de

Brasil que el tercero beneficiario, aunque no haya participado del contrato, tiene legitimidad para ejercer una acción directa contra la aseguradora, con el objeto de percibir la indemnización prevista en su favor. (Recurso Especial nº 257880-RJ, 03/04/2001).

Sin embargo, la aparición del artículo 788 del Código Civil, generó un cambio en la tendencia jurisprudencial favorable a la acción directa incondicionada.

Dice ese artículo que “En los seguros de responsabilidad legalmente obligatorios, la indemnización por siniestro será pagada por el asegurador directamente al tercero perjudicado”. Esta norma es utilizada para sustentar el que la acción directa solo es posible en los casos de seguro obligatorio de responsabilidad civil y no en los facultativos.

Como sostiene Armelin (2003) “los seguros obligatorios corresponden tan solo a una especie del género responsabilidad civil, la dicción del nuevo código civil demuestra indicar la existencia de dos regímenes diferenciados” (p. 178). Ahora bien, este autor afirma que la redacción del mencionado artículo 787 no es obstáculo para admitir la acción directa:

Esto porque la interpretación sistemática de tales disposiciones no debe llevar en consideración tan solo el capítulo en que esos dispositivos están presentes, pero sí todo el tratamiento prestado por el Código Civil al seguro. De ello se infiere que este se destina a beneficiar más a la víctima que al asegurado porque ella es quien soporta directamente las consecuencias de los siniestros. Además, se debe considerar que el seguro, como un contrato, debe ser interpretado mediante una óptica que prestigie su función social (p. 180).

Es justamente lo que surge de artículo 2035 del Código Civil al establecer la ineficacia de las convenciones dirigidas a violentar el orden público, siendo éstas las que aseguran la función social del contrato.

Respecto de la participación en el proceso judicial algunos fallos del Superior Tribunal de Justicia fijan la necesidad de la participación del asegurado en litisconsorcio pasivo con la aseguradora.

En tal sentido dicho Tribunal ha sostenido:

I – ... el seguro voluntario es contratado en favor del asegurado, no del tercero, de suerte que en su presencia concomitante en el polo pasivo de la litis, resulta posible la demanda intentada directamente por la víctima en contra de la aseguradora.

II – la condenación de la aseguradora solamente ocurrirá si probado que el asegurado actuó con culpa o dolo para el accidente, se produjo la necesaria integración del contratante para que no haya, incluso, de lesión al derecho de defensa. (Recurso Especial n° 256.424-SE, 29.11.2005, párrafo 7).

En tal sentido, el fundamento brindado por el Superior Tribunal de Justicia surge del Fallo que sostiene: “El contrato de seguro no se hace en beneficio de la víctima, sino para asegurar los bienes de la parte asegurada, si tiene que responder por los daños causados a un tercero. El mismo sólo permite accionar contra el asegurador previa demanda al asegurado.” (Recurso Repetitivo Resp 962230 RS, 2007, párrafo 11).

### VIII.3.2. Bolivia.

La legislación de Bolivia ha optado por una solución diferente al resto de la región. La acción directa se encuentra contemplada en forma subsidiaria para ciertos supuestos. El artículo 1090 del Código de Comercio boliviano dispone:

En el seguro de responsabilidad, el tercero damnificado puede, en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte del asegurado, ejercer acción contra el asegurador como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina la responsabilidad del asegurado para percibir la suma correspondiente. En caso de muerte sus herederos recibirán la indemnización que corresponda.

Como podemos apreciar, dados los supuestos referidos en la norma, el tercero es considerado beneficiario directo de la indemnización.

Otra cuestión particular se da en la redacción del artículo 934 del Código de Comercio boliviano referido al seguro dentro el contrato de transporte. El mismo establece: “En el transporte de personas, el damnificado o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización por la empresa aseguradora, conforme al contrato, sin perjuicio de la correspondiente acción directa contra el transportador”. En rigor la formulación de este artículo, está orientada a la legitimización del accionar de los pasajeros afectados y/o sus herederos, que en términos generales llegan a ser los beneficiarios del seguro aunque no estén nominados expresamente en la póliza tomada por el transportador.

Sobre el mencionado artículo Morales Guillen (1999) señala que su formulación no es lo necesariamente precisa. La acción directa contra el

transportador quiere decir que el damnificado o sus causahabientes pueden también accionar contra la empresa aseguradora, porque el derecho a la indemnización está establecido por la ley con cargo al transportador. Aunque respetando esta apreciación sobre lo establecido por el artículo de referencia, en nuestro criterio lo que en realidad busca establecer este artículo cuyo nombre es acción directa, es precisamente garantizarla contra el responsable del daño que es el transportador, dejando en claro que si bien el afectado o sus causahabientes adquieren un derecho propio sobre la indemnización del seguro y pueden dirigirse al asegurador para solicitar el pago de la indemnización, su derecho a accionar lo es contra el transportador.

En los hechos quien está obligado a responder por los daños y pérdidas que se generen es el transportador, y es contra quien se dirigen las acciones principalmente, pero al tener el transportador una póliza de seguros contratada nace la obligación contractual del asegurador de responder por los daños de acuerdo a los términos de la póliza de seguro. Esta obligación, es de indemnizar a terceros, y lo es también frente a su asegurado de mantener su indemnidad. En tal sentido y como lógica del contrato, las controversias entre el transportador y el asegurador pueden surgir cuando este último rechaza el pago por la cobertura del siniestro al amparo de algún incumplimiento a los términos de la cobertura por haber incurrido en alguna causal de exclusión el asegurado o el tomador del seguro.

Lo que sin dudas podemos advertir del referido artículo es que el pasajero o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización, lo que se traduce en que estos adquieren un derecho propio a la indemnización. De ello se sigue que existe la posibilidad de accionar contra el asegurador del transportista.

Ahora bien, la forma en que se encuentra redactada la norma permite entender que lo que procura imponer a los que prestan el servicio de transporte de personas es un seguro personal. Ello ya que quienes se encuentran legitimados para pedir la indemnización, son el propio afectado o sus herederos. Entonces, se entiende para el efecto señalado por el artículo en análisis que el tipo de seguro con el que debe contar una empresa de transporte de personas, es un seguro

dirigido a cubrir los riesgos que afectan la existencia, integridad o salud del asegurado -artículo 1121 del Código de Comercio de Bolivia-. Por lo que bien se puede aplicar el principio de la adquisición de derecho propio al pago de la indemnización o beneficio del seguro que es propio de tal clase de seguros. Por supuesto en tal caso estaríamos fuera del ámbito del seguro de responsabilidad civil.

En Bolivia se ha instaurado el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –S.O.A.T.–, establecido por el artículo 37 de la Ley 1883 de Seguros, que es solo aplicable para accidentes de tránsito de vehículos automotores, por muerte, daños y lesiones físicas sufridas por ocupantes del vehículo o terceros transeúntes que resulten lesionados por hechos de tránsito. Se trata de una póliza de seguro individual por vehículo, cuya finalidad es la cobertura de gastos médicos e indemnizaciones solo en caso de fallecimiento. Se encuentra limitada a los vehículos automotores por lo que no se aplica a las demás formas de responsabilidad civil y debemos destacar que sigue la suerte del régimen general de este tipo de seguros no teniendo un régimen diferente en razón de su carácter de obligatorio.

### VIII.3.3. Chile

El seguro de responsabilidad civil no estaba regulado en título VIII del libro II del Código de Comercio y su introducción se debió a la doctrina y la práctica de la industria aseguradora. Aceptada su existencia y en ausencia de norma expresa que permitiera hacer excepción al principio del efecto relativo de los contratos, se rechazó la posibilidad del damnificado de accionar en forma directa contra el asegurador. La doctrina fue firme en ese sentido, descartándose que fuera de aplicación la figura de la estipulación en favor de tercero regulada en el art. 1449 del Código Civil chileno. Los autores de derecho de seguro se plegaron también a esta posición, encabezados por Achurra Larraín (2005).

Así, Sateler (2006) sostiene que en ese país no existe la acción directa, ni existen disposiciones legales que permitan inferirla tal como ha ocurrido en Francia. Tampoco existen figuras jurídicas de efecto equivalente o similares, tal

como en Argentina. En Chile la situación es en cierto modo inversa a los países referidos ya que el principio del efecto relativo de los contratos impera con pocas limitaciones. La cultura empresarial chilena no es aun propensa a asegurar este tipo de riesgo. En este autor se transparenta una preocupación que ha existido en distintos momentos y lugares, y que aún subsiste en Chile. Ella es, que la incorporación de la acción directa y el crecimiento cuantitativo de los seguros de responsabilidad civil fomenten los reclamos por daños. En efecto, sostiene que si la víctima sabe que el autor de un daño cuenta con un seguro de este tipo y, además, puede accionar directamente contra el asegurador, tiene menos dudas en iniciar un reclamo. A su vez, afirma que los tribunales, por su parte, se inclinan, a interpretar liberalmente las condiciones necesarias para que nazca la responsabilidad y a aplicar con mayor laxitud los criterios de evaluación de los daños toda vez que quien aparece como responsable cuenta con un seguro de responsabilidad civil. En suma, se entiende que la acción directa, al estimular la presentación de reclamaciones, tanto fundadas como infundadas, y al fomentar aumentos en los montos de las indemnizaciones, va a tener un impacto en la estructura de costos de las empresas chilenas.

Sin embargo, debemos decir que se introdujeron algunos supuestos normativos en los que se habla de acción directa contra el asegurador. La ley 18.490, de 4 de enero de 1986 estableció una acción directa de los terceros lesionados en contra del asegurador del seguro obligatorio de accidentes personales en vehículos motorizados -artículo 10-. La ley 18.860, de 11 de enero de 1988, que sustituyó el libro III del Código de Comercio, al regular el seguro marítimo, estableció que en los casos en que un asegurador de responsabilidad otorgue garantía para cubrir la responsabilidad del asegurado, podrá ser demandado directamente por el tercero a cuyo favor se ha emitido la garantía (artículo 1201 inciso 1). Pero en verdad no se trata de casos de acción directa en los términos que lo estamos refiriendo en este trabajo. El primer caso, tratándose del seguro de accidentes personales, no es un supuesto un seguro de responsabilidad civil y en el caso del seguro marítimo de responsabilidad la

facultad de demandar de la víctima es justificada por la garantía concedida por el asegurador.

En los últimos años parece haberse producido una inclinación favorable de la doctrina hacia la admisibilidad de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, al menos en ciertos casos. Así, se sostuvo que si bien, a falta de norma expresa, debía prevalecer el efecto relativo del contrato, "queda la duda de si una visión más articulada y completa del fenómeno de la responsabilidad civil [...] podría dar pie para admitir el derecho del perjudicado de demandar directamente a la compañía aseguradora, al menos en ciertos casos" (Corral Talciani, 2014, pp. 565). Bourie (2006) se manifiesta a favor de conceder la acción directa en los seguros de responsabilidad obligatorios.

Durante la larga tramitación del proyecto de ley, que acabaría en la ley 20.667 de 2013, se suscitó en la doctrina una discusión acerca de la conveniencia de consagrar legalmente la acción directa. Mientras algunos autores como Sateler (2015) y Barriga Chávez (2011) se oponían terminantemente a ello, alegando que supondría un incremento de la litigiosidad, y por ello de las primas, lo que redundaría en un menor acceso a este tipo de seguros, otros, como Contreras Strauch (2004) y Achurra Larraín (2005) hacían ver que la acción directa estaba admitida en muchas legislaciones de países semejantes sin que se hubieran producido tales resultados adversos.

La ley 20.667, de 2013, que modificó el Código de Comercio chileno fue aprobada sin una norma que se refiriera expresamente a la acción directa, pero la que define el seguro de responsabilidad civil obliga al asegurador a pagar la indemnización a la víctima y no al asegurado.

La regulación contenida en los nuevos artículos 570 a 774 del Código de Comercio, incorporados por la reforma de la ley 20.667, no contempla en forma expresa la facultad de que la víctima de un daño pueda deducir una acción contra el asegurador del asegurado, responsable. Para Corral Talciani (2015) en ciertas instituciones se encuentran implícitas la lógica y armonía de las reglas legales. Esto es lo que ha sucedido para dicho autor con la ley 20.667 que, aunque no consagró una norma específica para la acción directa, contiene elementos

normativos que permiten deducir clara y categóricamente que la institución ha sido recepcionada. El primer elemento normativo es la definición de seguro de responsabilidad contenida en el inciso primero del artículo 570 del Código de Comercio. Dicha norma dispone expresamente que por el seguro de responsabilidad el asegurador "se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado". La obligación que surge del contrato, en consecuencia, no es la de pagar al asegurado aquello en lo que se condenó a indemnizar al tercero, sino directamente indemnizar, resarcir el daño causado por el asegurado, por cierto, todo ello "en los términos previstos en la póliza" –citado artículo-. Siguiendo a dicho autor podemos sostener que reafirma su postura lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 570 que dispone expresamente: "En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado". Nótese que se trata de un imperativo que no admite excepciones, el asegurador no puede pagar al asegurado sino que al tercero, y lo que paga recibe la calificación de indemnización. La norma agrega que esa indemnización que debe pagar el asegurador al tercero perjudicado, puede haber sido fijada por sentencia judicial o transacción, esta última celebrada por el asegurado con el consentimiento del asegurador.

En esa misma lógica, si el asegurador de responsabilidad, una vez producido el siniestro, contrae la obligación de pagar la indemnización del daño al tercero perjudicado, es ineludible deducir que este adquiere un derecho personal o crédito en su contra. Se tratará, por tanto, de alguien que, no habiendo sido parte del contrato de seguro, adquiere un derecho subjetivo a reclamar la indemnización pactada entre asegurado y asegurador. Esta figura que constituye una excepción al principio del efecto relativo del contrato no es rara en el contrato de seguros ya que en su regulación siempre se ha contemplado la figura de beneficiarios distintos del asegurado. El actual artículo 513 letra c del Código de Comercio define como beneficiario a "el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro".

Las normas chilenas son más claras y categóricas al disponer que el asegurador no debe pagar al asegurado sino al tercero perjudicado, de donde se sigue que este tiene un crédito o derecho personal que puede ser reclamado mediante la correspondiente acción, que no puede ser otra que la que a nivel de derecho comparado se conoce como acción directa.

Ahora bien la historia del establecimiento de la ley sugiere que la intención del legislador fue la de no instaurar el mecanismo de la acción directa ya que expresamente fue votado y rechazado un precepto que la mencionaba y regulaba expresamente. Pero esto sería una visión parcial de la historia legislativa, porque dicho rechazo solo se produjo en la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional. No obstante, en el Senado, si bien no se reincorporó el artículo que se refería expresamente a la acción directa, se reintrodujo, sin objeciones, la norma que, al definir el seguro de responsabilidad, obliga al asegurador a indemnizar al asegurado, y que supone necesariamente la aceptación de lo que llamamos acción directa. Prueba de ello es que el precepto fue también votado en contra, durante el primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados al mismo tiempo y con las mismas razones por las cuales se desechó la norma de la acción directa. La norma reincorporada por el Senado no fue objeto de impugnación alguna durante el segundo trámite ni tampoco en el tercero por la propia Cámara de Diputados. La historia del establecimiento de la ley, por tanto, muestra que el legislador, si bien no quiso consagrar de manera expresa y reglamentada la acción directa, sí consintió en acogerla de manera implícita, dejando su regulación a las normas generales que sean adecuadas a su naturaleza y función propia. En tal sentido, es dable destacar que respecto del reaseguro el legislador previó expresamente la improcedencia de la acción directa del asegurado y sus excepciones -artículo 586 del Código de Comercio- (Corral Talciani, 2015). Conforme esta interpretación la acción directa se encontraría contemplada implícitamente en la reforma de la ley 20.667 admitiendo dos modalidades de ejercicio, sobre la base de las cuales podríamos hablar de una acción directa de cobro y una acción directa de indemnización.

Para esta doctrina la acción directa de cobro se origina cuando la indemnización del tercero perjudicado se declara y se fija sin que se haya emplazado judicialmente al asegurador. Sería el caso más frecuente el supuesto en que se llegue a una transacción por la cual se concede una indemnización a la víctima. Así, a falta de cumplimiento espontáneo el tercero podría demandar directamente al asegurador, aun cuando este no haya participado como parte en la transacción, siempre que se pruebe que consintió en ella, conforme a lo exigido por el art. 570 inciso 2º del Código de Comercio.

También se daría la acción de cobro si la víctima ha demandado en juicio de responsabilidad al asegurado, y este ha sido finalmente condenado. En este evento, el asegurador, avisado por el asegurado -artículo 571 del Código de Comercio-, tiene derecho a asumir la defensa judicial del asegurado -artículo 570 Código de Comercio-, pero el juicio se desarrolla solo contra el asegurado y sin que intervenga como parte el asegurador. Si la sentencia es condenatoria, aunque el asegurador no haya sido demandado ni intervenido como parte, el tercero perjudicado podrá ejecutarla en contra del asegurador sin que este pueda oponer la de serle inoponible. Se impone el artículo 570 inc. 2º del Código de Comercio que ordena al asegurador pagar la indemnización al tercero perjudicado en virtud de sentencia ejecutoriada.

Más discutible es la situación del asegurador que no ha tenido noticia del juicio ni ha podido ejercer el derecho de asumir la defensa. Para esta doctrina, en este caso no sería justo que el asegurador tuviera que responder por una indemnización establecida en un juicio en el que no ha podido intervenir. Aquí sí podría excepcionarse haciendo valer la inoponibilidad de la sentencia por incumplimiento de las cargas del asegurado de notificación y de permitir la dirección de la defensa. De lo contrario, podría suceder que el tercero demandante y el asegurado se concertaran para defraudar al asegurador. Esta exclusión no lesiona los intereses del tercero perjudicado porque este tiene siempre la facultad de convocar al juicio al asegurador interponiendo la acción directa de indemnización.

Ahora bien, como viene sosteniendo esta corriente doctrinaria en Chile, la acción directa es de indemnización, cuando el tercero demanda directamente al asegurador para que se determine judicialmente la indemnización de la que se ha hecho responsable el asegurado. Es esta la que internacionalmente se conoce estrictamente como tal.

#### VIII.3.4. Colombia

En Colombia se pasó de una situación en la que la ley denegaba expresamente que el tercero perjudicado pudiera accionar directamente contra el asegurador, a otra en la que dicha acción fue expresamente admitida. El giro fue producido por Ley 45 de 1990 que modificó el contenido del artículo 1133 del Código de Comercio. La norma se titula ahora "Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad", y preceptúa que "En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador". Se añade que para acreditar su derecho ante el asegurador "la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador". (Jaramillo, 2013).

La consagración legislativa, con carácter general, de la relación jurídica procesal entre el tercero perjudicado y la compañía de seguros que cubre el riesgo producido, se prevé en la ley del contrato de seguro -artículo 76- para el seguro de responsabilidad civil en todas sus formas. En efecto, la definición que hace el artículo 73 de referida ley sobre el seguro de responsabilidad civil determina que éste tiene como objeto cubrir los daños producidos en terceros, considerándolo así como acreedores de la compañía de seguros, en tal sentido expresa que "... el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

La regulación de la acción directa expresamente establecida en este sistema jurídico se encuentra en el artículo 76 de la referida ley especial el que textualmente expresa:

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 causado a tercero. 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. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

La acción directa que tiene el perjudicado contra la compañía de seguros ha sido reconocida expresamente por abundante jurisprudencia del Tribunal Superior de Colombia. Resulta factible destacar el fallo de ese Tribunal, que la define como un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado, se trata, como dice la sentencia, "... de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil". También la Sentencia del mismo Tribunal -Sala 1ª, núm. 494/2006- se refiere a esta acción directa cuando expresa que:

... el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76.

Muchos han sido los autores que han analizado la acción directa en el derecho colombiano y quizás sea la legislación que más expresamente en América la incorpora con la menor cantidad de limitantes. Entre ellos, Soto Nieto (2001) establece que la víctima tiene frente al asegurador una posición jurídica autónoma, siendo similares sus derechos que los que tendría frente al causante de los daños, y define esta acción como derecho concedido *ex lege* a personas que son terceros frente a la relación jurídica de seguro.

Olivencia Ruiz (1994) ha definido esta acción como derecho propio que la ley reconoce a la víctima de un daño del que es responsable el asegurado. Por lo tanto dos son las características de este concepto, por un lado, la existencia de un derecho propio del perjudicado, no un derecho del asegurado, ni un derecho derivado de otro, y, por el otro lado, se exige que la responsabilidad del daño sea del asegurado, es decir que la culpa no sea del tercero perjudicado.

El fundamento de esta acción directa, lo explicita el Tribunal Superior de este país al establecer que en el objeto de "... evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización". Es decir, es una acción claramente dirigida a facilitar al perjudicado la reclamación del daño producido por el asegurado, y cubierto por el seguro (Sala 1ª, núm. 40/2009).

También Ortega Montoro (1998) analiza el fundamento de esta acción, y lo explica acudiendo a la insuficiencia de mecanismos con que contaba la víctima de un siniestro para lograr el efecto de resarcimiento de los daños causados, es decir, como un mecanismo para facilitar el cobro del daño producido y cubierto por el seguro de responsabilidad civil, y ello, como dice este autor, dado el carácter social del contrato de seguro que exige proteger a la víctima de los daños producidos. Por lo tanto, para este autor el fundamento de la acción directa es la protección del perjudicado, el seguro pasa a convertirse en un instrumento destinado a ese fin.

También Soto Nieto (2001) se refiere a la finalidad socializadora de esta acción, al afirmar que nace bajo una preocupación tuitiva de los damnificados.

Sobre la naturaleza jurídica de esta acción directa y su configuración como autónoma respecto de la del asegurado, se han pronunciado autores como Pantaleón Prieto (1985), que dice que esta acción es autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado. Soto Nieto (2001) habla en el mismo sentido, e indica que dicha acción no es un calco de la acción del asegurado frente al asegurador, es un derecho propio atribuido legalmente. Desde otra perspectiva Olivencia Ruiz (1994) habla de la autonomía de la acción directa,

en cuanto es inmune respecto de las excepciones que pueda ejercitar el asegurador frente al asegurado, cuestión que abordaremos a continuación.

La acción directa, a la vista de las aportaciones doctrinales ya indicadas, se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido en el tercero perjudicado. Entonces, ella se configura con carácter autónomo a la que corresponde al asegurado frente al asegurador.

Respecto a las excepciones puede oponer la compañía de seguros frente al tercero damnificado nos explica Hurtado Yelo (2013) que el tema viene planteado y resuelto en el artículo 76 de la Ley de Contrato de seguros de Colombia, y no de una forma muy eficaz, pues son muchos los puntos oscuros de este precepto. En un principio, y según la lectura literal del precepto, sólo podría oponerse como excepción al perjudicado, la culpa exclusiva del mismo, y las excepciones personales que tuviera la compañía de seguros contra el perjudicado. La cuestión radica en que tal literalidad puede significar que la compañía de seguros ha de responder aun cuando el hecho dañoso no esté amparado por la cobertura del seguro.

Comenzando por el análisis de la excepción relativa a la culpa exclusiva del perjudicado, hay que decir que su fundamento es evidente, si es el perjudicado el causante de los hechos, y culpable de los mismos por su negligencia, no puede entenderse como perjudicado en el sentido de persona que sufre los efectos de una acción negligente causada por un tercero. Ante esta situación la acción directa del causante de los hechos, dirigida frente a la compañía de seguros no tiene sentido alguno, pues no existe responsabilidad alguna del asegurado de la compañía, y por lo tanto no existe el siniestro que hace responder a la compañía de seguros frente al tercero.

El problema es pues determinar a qué excepciones se está refiriendo el artículo 76 cuando expresa que no pueden oponerse frente a la acción directa del damnificado "... las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".

La jurisprudencia en tal sentido ha interpretado que se trata de excepciones personales, esto es, las que se basan en la conducta del asegurado, en su

comportamiento. Entonces aquellas excepciones subjetivas nacidas del incumplimiento del asegurado serán inoponibles al damnificado. El ejemplo más concreto es la falta de pago de la prima.

Es considerada también para jurisprudencia colombiana excepción subjetiva la conducta grave del asegurado que motiva el hecho generador de la responsabilidad. Por lo tanto y sin perjuicio de la facultad de repetir del asegurador contra el asegurado lo abonado al perjudicado, tal causal no es oponible a éste último. (Sala 1ª, núm. 1221/2006).

También puede encuadrarse dentro de las excepciones personales entre asegurador y asegurado no oponibles a terceros, la existencia de defectos formales en la póliza (Sala 1ª, núm. 256/1996).

A su vez, se ha ido elaborando una doctrina respecto de las llamadas exclusiones objetivas. El tema ha sido analizado por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Superior como de las Audiencias Provinciales de Colombia. Podemos concluir que ha sido esbozada una nueva categoría de excepciones a oponer por la compañía de seguros, que no que derivan directamente del texto del artículo 76 ya referido, sino de la propia naturaleza del contrato de seguro, en cuanto es un contrato que tiene como objetivo responder ante determinados riesgos previamente contratados, que son los que lo limitan objetivamente.

El Tribunal Superior de éste país si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que el asegurador puede oponer frente al asegurado, sí reconoce que se puede oponer las denominadas excepciones impropias, quizás en la inteligencia que las mismas no están previstas expresamente en la norma legal, y las define como aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes. Es decir, que son aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado. Esa doctrina se sustenta en que la acción directa tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es

que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado (Sala 1ª, núm. 40/2009).

### VIII.3.5. Cuba

El artículo 448 del Código Civil cubano afirma que "... por el contrato de seguro la entidad aseguradora se obliga a pagar una indemnización o a efectuar alguna otra prestación hasta el total de la suma o valor asegurado".

En Cuba Vigil Iduate (2010) sostiene que: "La limitación de reclamo a la aseguradora se sustenta en el propio contrato suscrito entre el asegurado y la aseguradora, y solo tiene su excepción en el caso de sustentarse la acción directa en un seguro obligatorio" (p. 137).

Un antecedente importante que el mencionado autor refiere es el seguro para la matrícula diplomática, exenta y consular. Esta otorga la consiguiente autorización para circular un vehículo por parte de personal con la referida categoría. Para lo cual están obligados a suscribir previamente un seguro de responsabilidad civil en virtud de la Ley 1089, de Franquicias diplomáticas, que tiene como reglamento la Resolución 166-A, del Ministro de Relaciones Exteriores.

Dicha resolución establece que el seguro sobre el vehículo amparando los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos deberá ser contratado a una entidad radicada en Cuba, resultando imprescindible que se encuentre activo todo el tiempo que aparezca inscripto, pues de lo contrario causará baja del registro correspondiente. El propio apartado decimosexto estipula que siempre que un vehículo de tal categoría ocasione daños a terceros y a bienes ajenos, la autoridad judicial competente solicitará de oficio, del Ministerio de Relaciones Exteriores, información de la póliza que cubra esos riesgos, y una vez recibida por dicha autoridad la información solicitada, procederá a reclamar lo que hubiere lugar, conforme a derecho, a la entidad aseguradora. En realidad, surge una incertidumbre, ya que los diplomáticos no pueden ser enjuiciados, por lo que la mención de la autoridad judicial correspondiente es dudosa.

El procedimiento inicial para que se indemnizara a los perjudicados era lento, recaía en dilatados trámites administrativos. Como elemento negativo, la víctima

ocupaba, y mantiene hoy, un papel pasivo en el proceso, pues queda a merced de las diligencias administrativas que realizaban los funcionarios, sin posibilidad de ejercer sus derechos, ni influir su desempeño.

En la adecuación del mecanismo de protección aparece la promulgación de la Resolución 14, de 5 de abril de 1989, del presidente del Comité Estatal de Finanzas, por la que se dictaron las condiciones generales y especiales, y las tarifas aplicables al seguro contra los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos los vehículos con matrícula diplomática, exenta y consular.

En su apartado sexto se estableció que las personas naturales y jurídicas que resultaren perjudicadas en su integridad personal o en sus bienes como consecuencia de un accidente causado por alguno de los vehículos asegurados, debían dirigirse a la empresa aseguradora. Enumera un grupo de documentos probatorios que debe presentar la víctima, siendo así; el comprobante de la persona con inmunidad diplomática que haya participado en el accidente, la sentencia firme del tribunal que conozca del caso cuando el chofer esté sometido a la jurisdicción cubana, el certificado médico que acredite la muerte, lesiones o incapacidad física del perjudicado, el certificado del centro de trabajo del perjudicado en la que se exprese el salario mensual y la suma de los subsidios que este haya percibido por concepto de las lesiones sufridas en el accidente del tránsito, certificado de defunción, así como cualquier otro documento que permita a la empresa aseguradora cumplir con su obligación de pago.

Por último, se dispone que una vez aceptada la reclamación, el pago se realizará en un plazo no mayor de treinta días. Se aprecia un atisbo de la acción directa del tercero perjudicado, al expresar que los perjudicados, deben dirigirse a la empresa aseguradora para hacer valer su derecho. No era necesario otro trámite que no fuera la solicitud expresa (Vigil Iduate, 2010).

### VIII.3.6. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, la tendencia inicial fue la aplicación de la teoría del efecto relativo de los contratos consagrada por el Alto Tribunal de Justicia de ese país en el caso conocido como *Winterbottom versus Wright* de 1842. Ese

precedente de la Corte norteamericana significó que los consumidores dañados por productos defectuosos en el siglo XIX no tuvieran ninguna acción contra el fabricante, lo que generó estado de rechazo que posibilitó el cambio de criterio en el siglo XX (Vigil Iduate, 2010).

Durante la década del 1920 el progreso económico y el aumento de automotores accesibles a clases sociales menos pudientes motivo que se multiplicaran los accidentes y el seguro de responsabilidad civil pasara a tener mayor desarrollo general. En tal sentido los distintos Estados tendieron a imponer la obligatoriedad de la contratación de coberturas de ese tipo para automotores. En 1925 se presentaron distintos proyectos imponiendo un régimen general para los seguros obligatorios, pero sólo entró en vigencia en el estado de Massachussets en 1927; en 1956 en el de Nueva York; y en 1957 en Carolina del Norte. La mayoría de las instituciones incorporaron esta institución a mediados de la década del 1970.

Sin embargo, no se instituyó en todos los estados la acción directa como medio para acceder a la indemnización. El régimen más cercano en tal sentido es el de la ley de seguros de Nueva York que en su artículo 167 b), otorga acción directa al tercero “si una sentencia contra el asegurado [...] en el cobro de lesiones sufridas o pérdida o daños ocasionados durante la vigencia de la póliza o contrato, permanece insatisfecho al expirar 30 días desde la notificación de la sentencia”

Dicha ley estableció un régimen denominado *no fault* -sin culpa- a modo de seguro obligatorio con una cobertura contra daños personales para quienes han resultado lesionadas en un accidente independientemente de quién causó el accidente o sobre quién recae la responsabilidad. Este seguro *no fault* proporciona el reembolso de una parte de sus pérdidas financieras, incluyendo gastos médicos, pérdida de ganancias y otros gastos razonables tales como medicamentos, viáticos y ayuda doméstica. Los beneficios del sistema *no fault*, en la mayoría de los casos, se limitan a dólares cincuenta mil a menos que el asegurado haya adquirido beneficios adicionales. La reclamación del perjudicado debe presentarse ante la compañía de seguros del vehículo en el que la víctima sea ocupante o que le haya impactado si se trata de un peatón. Una vez que la

compañía de seguros haya pagado la totalidad del beneficio -o más si es el caso de una cobertura extendida-, agota su obligación. Si la lesión ocurre en un vehículo que no esté asegurado, o si el vehículo que atropelló al damnificado no contaba con un seguro, el reclamo debe presentarse ante la compañía con la que tenga su propio seguro o, en su defecto, la compañía aseguradora de cualquier miembro de su familia con que viva el perjudicado. Finalmente, si la víctima o sus familiares carecen de una póliza de seguros del automóvil en el momento del accidente, puede entablar una demanda ante la Sociedad de compensaciones por Accidentes de Vehículos Motorizados -MVAIC, por sus siglas en inglés- del estado de Nueva York, para obtener una compensación. Los conductores de motocicletas y sus pasajeros no están cubiertos, aunque los peatones lesionados por una motocicleta si lo están. Los conductores no asegurados no están cubiertos por el régimen *no fault* si el accidente ocurre en un vehículo sin seguro. Se encuentran también excluidos de cobertura los hechos causados por dolo y el uso de alcohol o drogas.

Debemos resaltar que no existe una regulación federal de seguros por lo que, como hemos detallado, cada jurisdicción ha desarrollado su propia legislación, doctrina y jurisprudencia. Sin embargo la práctica comercial y la fuerte presión de los grupos de consumidores han moldeado la forma de la cobertura de responsabilidad civil en este país.

Dentro de los seguros patrimoniales existen dos tipos más básicos que son:

a.- El *first party insurance*, para la cobertura de daños en la propiedad del asegurado en forma genérica por la cual el asegurador responde cuando la propiedad del asegurado sufra algún daño directo y físico. O sea, después de un siniestro cubierto, el asegurado presente pruebas de la existencia del daño y el valor de la propiedad dañada, entonces la aseguradora pagaría lo correspondiente.

b.- El de responsabilidad civil *-third party insurance-*, que ofrece protección por los reclamos terceros. La protección en este contexto consiste en dos obligaciones distintas:

b.1. Contratar un abogado a presentar una defensa en nombre del asegurado, conocido como *duty to defend*.

b.2. Indemnizar el asegurado en caso de un fallo en su contra -*duty to indemnify*-.

En el ámbito empresarial existen seguros combinados -llamados comercialmente en paquete- conocidos como *commercial package policy* que incluyen seguros de propiedad y responsabilidad frente a terceros. Con respecto a éstos últimos, las coberturas más importantes son encontradas en las pólizas de responsabilidad civil general -*commercial general liability* o *CGL policy*- y de automóvil -*auto policy*-. Las exclusiones más comunes de este tipo de seguros son terremoto, terrorismo, guerra, asbestos, contaminación ambiental y daño físico a los bienes fabricados por el mismo asegurado.

A su vez, existen otras formas de responsabilidades cubiertas y muy difundidas en Estados Unidos de América. Ellas son, por ejemplo, las *employment practices liability insurance* o EPL que cubren la responsabilidad por indemnizaciones debidas a empleados por discriminación o las *directors & officers -D&O-* para proteger a los directivos de empresas frente a las obligaciones personales que puedan surgir de dicha actividad.

En suma, existe una cantidad casi innumerable de seguros especializados, incluyendo responsabilidad civil profesional, aeronáutica privada, errores y omisiones tecnológicos, medioambiente, cibernética, de privacidad, de medios de comunicación, riesgo político, para nombrar algunos. La gran extensión de la actividad, unida a la importancia económica internacional y nacional de su mercado, motivan que la regulación local venga más bien a la zaga de la dinámica contractual, siendo esta la que impone las normas de aplicación sólo atemperadas por la actividad jurisdiccional. Ello sobre todo frente a la posibilidad del tercero de reclamar al asegurador y las defensas que éste puede oponer. (Vigil Iduate, 2010).

El régimen se encuentra fundado en el principio de que los contratos sólo rigen entre las partes, y sólo por el imperio del acuerdo de éstas podrá extenderse a terceros, sin embargo, la ya analizada evolución doctrinaria y legal ha permitido morigerar tal principio. La forma más práctica que ha encontrado parte de este

sistema jurídico es el analizado esquema *no fault*, sin dejar de considerar el importante papel que el derecho del consumidor ha tenido en este país al momento de interpretar las cláusulas de los contratos de seguro.

### VIII.3.7. México

El primer país latinoamericano que acogió la acción directa fue México. La Ley federal sobre el contrato de seguro, publicada el 31 de agosto de 1935, contempló, en su artículo 147, la siguiente regla: "El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho de la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro". El artículo agrega que: "En caso de muerte de este, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria". Esta norma fue replicada en las legislaciones de Honduras -artículo 1211 del Código de Comercio reformado en 1950-, Guatemala -artículo 986 del Código de Comercio de 1970- y de El Salvador -artículo 1428 del Código de Comercio de 1970.

El sistema positivo mexicano instauró la acción directa con fisonomía propia y debidamente delimitada en una ley orgánica que regula el contrato de seguro. Lo hizo en el Capítulo V del Título Segundo de la misma, denominado Contratos de seguro contra los daños, destinado a reglar el seguro de la responsabilidad. Su artículo 147, elaborado por el principal redactor de la ley, Gual Vidal (1934), encuentra sus antecedentes en las leyes suizas de 1908 y francesa de 1930, ambas relativas al contrato de seguro, y en el proyecto de Lorenzo Mossa de 1931, autor italiano, quien redactó a comienzos de la década de los treinta un célebre proyecto de ley atinente al contrato de seguro en general (Casanova, 1961).

El mencionado artículo, sujeto a algunas reformas hasta la fecha expresa lo siguiente: "El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho de la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro". Luego continúa:

En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el

asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio (artículo 147 2º párrafo ley de contrato de seguros de México).

Como se observa de la norma transcrita, resulta clara la adopción de la acción directa en el derecho mexicano, toda vez que por el solo ministerio de la ley se le otorga al tercero damnificado -víctima- un derecho propio sobre la indemnización a cargo de la entidad aseguradora, el que incluso, llegado el momento, es transmisible por vía hereditaria. De ahí que se lo califique como beneficiario del seguro, calidad que reitera la naturaleza de tal derecho del perjudicado, el que se consolida, según el mismo texto legal, una vez se materialice el siniestro.

En concordancia con dicho reconocimiento de la acción directa al definirse el seguro de responsabilidad el artículo 145 de la referida ley mexicana establece que "... la empresa se obliga hasta el límite de la suma asegurada a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro."

Respecto de las defensas que le son oponibles al tercero damnificado el artículo 150 bis incorporado por reforma de 2002 expresa que:

Quando la empresa pague por cuenta del asegurado la indemnización que éste deba a un tercero a causa de un daño previsto en el contrato y compruebe que el contratante incurrió en omisiones o inexactas declaraciones de los hechos a que se refieren los artículos 8º, 9º, 10 y 70 de la presente Ley, o en agravación esencial del riesgo en los términos de los artículos 52 y 53 de la misma, estará facultada para exigir directamente al contratante el reembolso de lo pagado.

De lo que surge que tales defensas de reticencia y agravación del riesgo son repetibles del asegurado pero no son oponibles respecto del tercero damnificado. Por su parte el artículo 77 de la ley mencionada incluye a los beneficiarios entre los que quedan excluidos por mala fe o dolo en la producción del siniestro.

### VIII.3.8. Paraguay

Con relación a la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil en este país Osorio Gonzalez (2016) afirma que: "El seguro contra la responsabilidad civil encuadra en la especie de los seguros de daños patrimoniales, y es un

contrato por cuenta y a favor del eventual responsable (asegurado) y no del tercero damnificado” (p. 140).

Siguiendo al referido autor, respecto de la obligación del asegurador, el mantenimiento de la indemnidad del asegurado excluye, en principio, todo desembolso de éste, tanto para el resarcimiento del daño ocasionado al tercero, como para el pago de los gastos y costas extrajudiciales y judiciales de su defensa (Artículo 1645, Código Civil).

El Código Civil paraguayo ha remarcado esto al establecer en el artículo 1650, que el asegurador cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales. Del mismo modo afirma que, cuando el reconocimiento de la responsabilidad del asegurado, o la transacción, se celebren con intervención del asegurador, éste entregará los fondos que correspondan según el contrato, en término útil para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas.

Siguiendo entonces la fórmula argentina, el Código Civil de Paraguay de 1987, reprodujo casi literalmente en su artículo 1652 la regla del artículo 118 de la ley argentina. El precepto dispone:

El damnificado, en el juicio contra el asegurado, puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponerse la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.- La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos.

Se aplica entonces lo expuesto respecto de la citación en garantía en Argentina cuya influencia doctrinaria resulta indudable.

Sin embargo en materia de seguros obligatorios el avance fue más profundo, en especial respecto del uso de automotores. Así la Ley N° 4950/2013 crea el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. En sus artículos 2, 8 y 37, los propietarios de vehículos terrestres -incluido motocicletas, motocargas, acoplados y otros comprendidos en la definición del artículo 6 de la referida ley-, que requieran de autorización para circular en la vía pública, deberán contar con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (S.O.A.T.), por cada vehículo. El

mismo será exigido para los trámites de obtención de la habilitación anual del vehículo y para la inscripción de títulos de propiedad, contratos de prenda u otros documentos que afecten la titularidad de los vehículos automotores, realizados desde la fecha fijada por la norma, ello conforme al artículo 4º, de la citada ley, que establece:

La Municipalidad respectiva no podrá otorgar ni renovar la habilitación del vehículo, sin antes contar con el debido comprobante de que el vehículo cuenta con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) [...] Sin el previo control de la vigencia del seguro que se crea por esta Ley, la Dirección General de los Registros Públicos no autorizará la inscripción de títulos de propiedad, contratos de prenda u otros documentos que afecten la titularidad de los vehículos automotores.

Resolución SS.SG N° 42/2013 de la Superintendencia de Seguros de Paraguay dependiente del Banco Central de ese país, regula el referido seguro y la póliza de uso. En ella se establece una protección especial para los conductores de motocicletas no propietarios, con cobertura de su vida, en el entendimiento de que los mismos constituyen la parte más vulnerable en un accidente de tránsito, por lo que se facilita la participación de aquellos mediante un fondo de cobertura especial.

### VIII.3.9. Perú

En la legislación peruana la acción directa fue consagrada en la normativa sobre responsabilidad extracontractual contemplada en el Código Civil de 1984. Se estableció, así, en el artículo 1987 que "La acción indemnizable puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de este". Muchas fueron las críticas a la solidaridad contemplada en este precepto, hasta que en 2012, la Ley 29.996, de contrato de seguro, sin modificar expresamente el Código Civil, descartó una solidaridad ilimitada al señalar que "El tercero víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato y siempre que se incluya al asegurado en su demanda" -artículo 110-. Ello significó la consagración de la acción directa con dos limitantes: las obligaciones asumidas

por el asegurador en el contrato y el requisito de demandar al asegurado para poder hacerlo contra aquel.

En cuanto a la definición del seguro de responsabilidad civil el artículo 105 es símil del 109 de nuestra ley de contrato de seguro. En efecto la misma expresa: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto este debe pagar a un tercero, en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho dañoso acaecido en el plazo convenido”

En Perú se dispuso que el asegurador puede oponer al tercero las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima, los límites y exclusiones previstas en la póliza y las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, si no se producen con posterioridad al siniestro, lo que supone un valladar a las excesivas oposiciones –artículo 111 ley 29.996-.

En consonancia con el expreso reconocimiento de la acción directa de la víctima contra el asegurador, el artículo 109 de la ley de seguros de Perú establece que “Existe siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado.” Así como que la obligación del asegurador es de pago directo al tercero damnificado declarando que “son nulas las cláusulas de reembolso según las cuales la obligación principal del asegurador únicamente consiste en reembolsar al asegurado una vez que este haya asumido y pagado los daños”.

### VIII.3.10. Uruguay

El Código de Comercio de este país no prevé dentro de las normas relativas a seguros, al seguro de responsabilidad civil por ser una cobertura de conceptualización posterior a la época de su sanción -año 1865-.

El anteproyecto de ley de seguros emanado de la Superintendencia de Servicios Financieros de ese país incluye la regulación del seguro de responsabilidad civil, pero en su artículo 75 -Ejercicio de la acción indemnizatoria-

establece que “no se admitirá la acción directa del damnificado contra el asegurador, salvo los casos que se establezcan por ley”.

La ley 18.412, creó el seguro obligatorio para vehículos automotores y acoplados remolcados utilizados en la circulación vial. El artículo 2 de esa ley define los accidentes que resultan cubiertos por ese seguro, estableciendo que a los efectos de la ley, se considera accidente a “todo hecho del cual resulta un daño personal, de lesión o muerte, sufrido por un tercero, determinado en forma cierta, aún en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor”. De acuerdo a lo que establece el citado artículo, el seguro tiene como objeto aquellos daños personales -lesiones o muerte- provocados en virtud de accidentes vehiculares, y no a daños materiales -sobre vehículos, etc-.

Dicha ley refiere genéricamente a la inclusión de todos los automóviles que circulan por las vías públicas, con excepción de los vehículos que funcionan sobre rieles, los que se utilizan dentro de un predio cerrado sin acceso al público, los vehículos en depósito judicial y todo aquel vehículo no utilizado para la circulación vial. En lo que hace referencia a la cobertura del seguro, se establece que éste protegerá a las terceras personas que resulten afectadas por lesiones en accidentes de tránsito, o en su caso, a los causahabientes de una persona que resulte fallecida en un accidente de tránsito. El artículo 6 de la ley excluye de esta protección al titular de vehículo, el tomador del seguro y el conductor, así como ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado. Asimismo, se consideran excluidos de la categoría de terceros, y por tanto excluidos de cobertura, los dependientes que se encuentren en el vehículo, quienes sean transportados a título oneroso y se encuentran cubiertos por otro seguro, los ocupantes de vehículos hurtados, así como la víctima o sus causahabientes, cuando para la producción del accidente hubiera mediado una actividad dolosa de este. Es dable destacar que el seguro es de contratación libre en cualquiera de las aseguradoras de la rama de automóviles autorizadas. Éstas deberán asimismo otorgar la cobertura, exceptuándose el caso en que el vehículo a asegurar no reúna las condiciones mínimas de asegurabilidad.

De acuerdo al artículo 12 de la mencionada ley, la víctima del accidente -en caso de lesiones-, o sus causahabientes -en caso de fallecimiento a consecuencia del accidente-, deberán presentar directamente la reclamación ante la entidad aseguradora, acreditando su derecho y los elementos de prueba del accidente, a los efectos de que esta entidad analice el reclamo. Las entidades deberán resolver el reclamo presentado en un plazo no mayor a 30 días hábiles. En caso que las entidades no resolvieren en el plazo previsto, o en caso de denegar el pago indemnizatorio, se considera que queda abierta la vía judicial. En virtud de ello, dentro del plazo de 2 años del accidente, la víctima o sus sucesores tendrán la posibilidad de iniciar acción indemnizatoria directa a través del proceso extraordinario previsto en el Código General del Proceso, contra la entidad aseguradora del vehículo dentro del límite del seguro obligatorio. La ley concede al asegurador el derecho de repetir las cantidades pagadas contra el propietario del vehículo o el tomador del seguro, siempre que se hubieran incumplido las condiciones de la póliza; el vehículo no tuviera vigente el seguro; en los casos de dolo o culpa grave del propietario, usuario o conductor en el mantenimiento del vehículo; y por último siempre que se hubiera modificado el destino del uso del vehículo, agravando el riesgo de producir el accidente.

### VIII.3.11. Venezuela

A falta de ley general que establezca la acción directa, ella es propiciada de manera jurisprudencial, doctrinal o analógica.

En efecto, la ley de contrato de seguros -decreto 1531- no regula el contrato de seguro de responsabilidad civil fijando sólo normas generales para los seguros de daños y algunos contratos en particular.

Sin embargo se estableció un seguro obligatorio por medio de la ley de tránsito y transporte terrestre -decreto 1535-, específicamente en su artículo 58, el cual establece:

Todo Vehículo a motor debe estar amparado por una póliza de seguro de responsabilidad civil, para responder suficientemente por los daños que ocasione al Estado o a los particulares. Igualmente resultara obligatorio el seguro de responsabilidad civil para motocicletas, en las mismas condiciones

que rige para los automotores. En el caso de vehículos destinados al servicio de transporte terrestre público y privado de personas, sus propietarios o propietarias deben contratar adicionalmente una póliza de seguros de accidentes personales que cubra a las personas que transporta y su equipaje.

La póliza referida no cubre la responsabilidad civil del asegurado o conductor en razón del daño sufrido por los ocupantes y las cosas transportadas, cargándolas o descargándolas en el vehículo asegurado.

Tampoco cubre los daños sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas y por los bienes de los que sean titulares el tomador, el asegurado, el conductor, propietario, el cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores, las personas dependientes del tomador o del asegurado y los miembros de la flota o colectivo amparados en la póliza.

En este tipo de seguro obligatorio el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar directamente al tercero víctima de un accidente de tránsito provocado por el vehículo asegurado, los daños materiales y lesiones corporales causados como consecuencia del mismo, los cuales deba pagar el asegurado o conductor del vehículo de conformidad con la ley de tránsito terrestre y su reglamento, pero limitados a las cantidades máximas previstas en la póliza.

#### VIII.4. Clasificación de los sistemas frente a la acción directa.

Encontramos diversas posturas entre los países relevados respecto de la concesión de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, las que podríamos agrupar en distintos sistemas del siguiente modo:

a.- Los ordenamientos jurídicos que desconocen a la acción directa y que consideran que dada la imposibilidad genérica de extender los efectos de los contratos a terceros, ella sólo puede nacer de la ley, desaconsejando su inclusión. Esta posición si bien tiene sus principales exponentes en Chile e Inglaterra encuentra cada vez más reparos entre la doctrina y las resoluciones judiciales, las que morigeran sus efectos.

b.- El sistema que sólo la reconoce para casos excepcionales –por ejemplo Bolivia- o para los supuestos donde se configuran seguros obligatorios de

responsabilidad civil o seguros donde la culpa no es considerada al momento de otorgar el derecho a la indemnización por parte de la víctima. Así ocurre en Alemania e Italia y, de diversos modos, en distintos estados de Estados Unidos de Norteamérica y aparece como la corriente que surge en el Brasil pero no en forma pacífica. De algún modo en este grupo podemos incluir a Cuba con las limitaciones antes apuntadas.

c.- El sistema de la citación en garantía que existen en Paraguay y Argentina y que ya hemos analizado con detalle -supra IV.-.

d.- Los ordenamientos que reconocen y conceden expresamente la acción directa al tercero damnificado. Es el caso de España, Francia, Colombia, México, Perú y Venezuela, entre otros. Dentro de éstos cabe destacar aquellos que entienden al seguro de responsabilidad civil como un contrato en beneficio del tercero al que lo reconoce como titular del derecho.

Debemos destacar que esta clasificación es genérica e incluye variados matices relacionados con las defensas oponibles al tercero, grados de autonomía sustancial y procesal, así como diferencias interpretativas dentro de cada organización jurídica local.

### VIII.5. Conclusión.

Es posible advertir que la tendencia general de los países analizados es la de incorporar al seguro como una herramienta eficaz para la protección de los damnificados y el patrimonio de los responsables de esos daños.

La necesidad de distribuir socialmente las consecuencias de los siniestros y en particular, de las víctimas de daños por la acción de un agente productor del mismo, motivan que se acuda al seguro y, en especial, al de responsabilidad civil.

Asimismo los distintos sistemas jurídicos han intentado lograr una mayor inmediatez o celeridad en el acceso de la víctima a la indemnización. En tal sentido las soluciones han sido variadas y se condicen con los esquemas que fueran planteados en el punto anterior. Mientras algunas legislaciones optan por la concesión de la acción directa con escasas restricciones de ejercicio y para todo tipo de responsabilidad, otras la acotan a ciertos seguros como los obligatorios o

abandonan el régimen y optan por seguros donde no es necesaria la acreditación de culpa para acceder a la indemnización. Finalmente otras legislaciones no reconocen expresamente la acción directa pero la conceden por vía interpretativa jurisprudencia o en la forma de citación en garantía.

Algunos países han entendido que el esquema de protección a la víctima de un hecho dañoso que afecta su integridad física, moral, psicológica o patrimonial se completa con la instauración de la acción directa. Más aún, alguna legislación como la de Colombia, llegan a reconocer un verdadero derecho propio de la víctima en razón de ser destinatario natural de indemnización.

Podemos advertir que en ese juego de prioridades de los fundamentos para avanzar en más o en menos hacia el reconocimiento de la acción directa del tercero contra el asegurador surge principalmente el tema de la funcionalidad del contrato como su eje central.

Quienes restringen o rechazan la posibilidad de una acción directa del damnificado resaltan que el asegurado, es decir, el titular del interés asegurable, es el responsable civil y no el perjudicado. Ello significa que, si bien el tercero recibirá la indemnización para el cumplimiento más preciso de la obligación del asegurador, el objeto del contrato es proteger el patrimonio del asegurado, mantenerlo indemne. Por ende, esa es su función, como lo es, de diferente manera, en todo seguro patrimonial.

Los que afirman la posibilidad del reconocimiento de la acción directa, por el contrario, resaltan que si el destinatario lógico de la indemnización es el damnificado, se le debe reconocer ese derecho para que se cumpla con su fin principal que, sin desconocer que también es el de mantener indemne al asegurado, es resarcir a la víctima. Esto sólo se logra eficazmente, para esta postura, con el reconocimiento de dicha acción.

## Capítulo IX La acción directa y la citación en garantía en nuestra jurisprudencia.

### IX.1. Introducción.

La jurisdicción judicial es todo acto cumplido por un juez o tribunal de justicia en cumplimiento de su función específica. El acto jurisdiccional más importante – aunque no el único- es el dictado de la sentencia como la plena expresión de su actividad.

La función judicial tiene entre sus caracteres el de ser un poder y deber que consiste en la facultad y obligación del juez o tribunal de decidir sobre los asuntos que se le someten a su conocimiento y, en consecuencia, el de administrar justicia cada vez que en cada caso concreto le sea requerido.

Esa función es ejercida en forma independiente en cuanto a su calidad de poder del Estado dotado de autonomía de otros poderes y no sometido a otros órganos superiores jerárquicos.

Finalmente es indelegable, por lo que el juez no puede delegarlo a otras personas salvo la realización de ciertas diligencias del proceso. (Palacio, 1977).

La importancia de las decisiones judiciales como forma concretar el derecho sancionado en forma de ley por el poder legislativo y promulgado y reglamentado por el poder ejecutivo radica, justamente, en llevar a la práctica cotidiana aquellas normas generales. Por ello podemos decir que las normas, los institutos y los principios que venimos estudiando se completan con la determinación de sus alcances en cada caso puntual por medio de los fallos judiciales.

El instituto de la citación en garantía incorporado por la ley 17.418 y la determinación de si el mismo configura una forma de establecimiento de la acción directa motivó distintas posturas en la jurisprudencia de nuestro país.

La situación del asegurador en el proceso donde es citado, así como los alcances de sus defensas frente al asegurador fueron motivo de diferentes posturas jurisprudenciales. Analizaremos a continuación como se desarrollaron las mismas y que impacto tuvieron en la realidad jurídica del país.

De más está decir la importancia que las resoluciones judiciales, en particular de los más altos tribunales nacional y provinciales, tiene en relación a la interpretación de la ley y de los términos de la póliza.

Quizás la evaluación más sustancial que podamos advertir de esta actividad jurisdiccional es la de la función social del seguro y su equilibrio con el fin económico del mismo.

Por supuesto la evolución doctrinaria nacional y extranjera ha tenido una lógica incidencia en los fallos que se fueron sucediendo.

En igual sentido, las distintas reformas legales, muy especialmente, la del régimen de consumidor y más recientemente el Código Civil y Comercial ha impactado sobre las tendencias de la jurisprudencia.

Hemos referido a estos temas al tocarlos anteriormente en los capítulos II, V, VI y VII, procederemos a una sistematización de los mismos en relación estricta a la posición de la justicia de nuestro país al respecto.

## IX.2. La jurisprudencia Nacional.

Existen dos marcadas corrientes en nuestros tribunales. Una tendiente a reconocer en la citación en garantía una verdadera acción directa “no autónoma” y otra contraria a reconocerle tal naturaleza.

En el primer sentido se han pronunciado sosteniendo que la citación en garantía que autoriza el artículo 118, ley 17.418, si bien tiene los alcances de una acción directa, no es autónoma, y, por lo tanto, no puede ser ejercida por el tercero damnificado en contra del asegurador en las mismas condiciones que otra que no tenga esa restricción y, al contrario, sólo parece factible su promoción cuando se cumplen los supuestos previos que así lo permiten (SCBA, DJBA 26/04/83, 126-354; ED 107-205; DJBA 28/12/95, 150-2470 entre otros). En semejante sentido se pronunció el Tribunal Superior de Córdoba (LL, Córdoba, 20/08/92, 1993-2599).

En el segundo sentido, esto es, sosteniendo la negación del carácter de acción directa de la citación del art. 118 de la ley 17.418 se ha dicho que se trata de un mero resorte procesal y no de una verdadera facultad del tercero de

demandar directamente al asegurado. La citación en garantía según esta corriente habilita al demandado y al damnificado a traer obligadamente al asegurador al juicio donde se debate la responsabilidad de su asegurado dándole a aquel cierta amplitud defensiva -excepto la inoponibilidad de ciertas defensas- con la consecuencia de extender una eventual sentencia al asegurador en la medida del seguro. Pero ello no significa que exista en lo sustancial un reconocimiento legal del derecho de la víctima a accionar en contra del asegurado (S.C.B.A. 28/12/93 DJ 1994-2-33; DJBA 146-1508; 22/2/94 ED 157-619, entre otros).

El máximo Tribunal sentó ciertos principios importantes al analizar el alcance de la obligación del asegurador en seguro de responsabilidad civil en el fallo conocido como Buffoni.

Sostuvo la Corte Suprema de Justicia Nacional que no se soslaya el acceso a una reparación integral de los perjuicios sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito, el que constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y plenamente satisfecho sino que el contrato de seguro "... rige la relación jurídica entre los otorgantes [...] los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos".

En el considerando diez del mismo fallo agregó que

... la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman" (in re: "Buffoni, O. O. c/ Castro, R. M. s/ daños y perjuicios", cons. 9, 4 párr.).

En suma, el referido fallo sostiene que la función social que debe cumplir el seguro y el hecho de que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado no implican que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca. En el caso en cuestión, la sentencia considera las particularidades del hecho que la motivara y por lo tanto resalta que no podía pasar inadvertido para los

damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman.

La cuestión relativa a la oponibilidad de las defensas del asegurador frente a la víctima, ello en cuanto a los límites de la citación en garantía, resulta importante debate que generó en nuestro país posiciones encontradas entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En efecto, las posturas estuvieron divididas incluso cuando el Alto Tribunal y otros superiores tribunales de nuestro distintas provincias ya había resuelto en distintos precedentes la oponibilidad a la víctima de las defensas nacidas antes del siniestro, en especial y en ese caso, la franquicia o descubierto obligatorio.

En tal sentido, la Cámara de Apelaciones Civil en pleno consideró que la elevada franquicia o descubierto obligatorio fijado en las pólizas de transporte público de pasajeros automotor desnaturalizan al seguro obligatorio. En tal sentido la Corte ratificó su posición en esos mismos autos sosteniendo que las cláusulas contractuales son oponibles en tales contratos.

En tal sentido se sostuvo que

... el contrato de seguro rige la relación jurídica solo entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del C.C.) y, frente a ellos, los damnificados revisten la condición de terceros, ya que no participaron de su realización y, si desearan invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199, Cód. cit.). A ello agregó que debe ser respetada la resolución 34.225/09 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que establece las condiciones de la cobertura mínima requerida por el art. 68 de la ley 24.449 y prevé también exclusiones de cobertura tales como la establecida en la Cláusula 22°, inc. 17) de la póliza que remite al presente caso (Fallos: 329:3054 y 3488; Página 5/6 331:379, y causas 0.166. XLIII. "Obarrio, M. P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, A. y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", 04/03/08, párr. 37).

Como expresamos, la Corte ya había adoptado el principio de la oponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro a los damnificados, no sólo en los numerosos pronunciamientos que dejaron sin efecto las sentencias de la Cámara Civil Capitalina en aplicación del plenario Obarrio, sino mucho antes (JA 1990-IV-

953, 02/10/90,) y ratificado poco antes del citado plenario de la Cámara Civil (CSJN, 29.08.06, “Villarreal c. Fernández”, La Ley, 09/10/2006).

A su vez, no debe perderse de vista que, como todo principio, encontrará excepción en aquellos casos en los que se constate la irrazonabilidad de lo previsto contractualmente y ello resultó lo que precisamente la misma Corte se encargó de juzgar, en el caso de las franquicias para el transporte ferroviario de pasajeros, a las que consideró abusivas y violatorias del derecho constitucionalmente garantido de las víctimas a la reparación plena (*in re* “Ortega, D. N. c. Transporte Metropolitano General Roca S.A.”, RCyS 2009-XI).

Asimismo, otras jurisdicciones del país plantearon la oponibilidad de las defensas contractuales en la medida que no supongan arbitrariedad. Así lo afirma el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, que si bien no se puede dejar sin protección a las víctimas tal circunstancia no resulta suficiente para declarar la inoponibilidad de defensas que el contrato y la ley reconocen (sala Civil, Comercial y de Minería *in re*: “Pardo, Y. V. c/ García, J. y García, J. L. s/ daños y perjuicios”, 12/04/2016). Sin embargo, este último no puede dejar de reconocer que se encuentra violentada la función social del seguro aunque opte por aplicar la letra expresa de la ley. Ello al decir que no se ignora la necesidad general de proteger a los damnificados, pero ello no puede significar desconocer lo que surge de la normativa legal.

Stiglitz y Compiani (2014) sostienen que tales fallos se conducen en el sentido adecuado, ya que forzar la interpretación normativa puede llevar a desvirtuarlas. Ellos entienden que el camino para reconocer la inoponibilidad de las defensas frente a las víctimas es su declaración legal considerándolo ello factible no en todos los casos, sino en un régimen especial de seguro obligatorio para el transporte.

### IX.2.1. Evolución de los conceptos.

La noción de acción directa y luego de citación en garantía tuvo distintas modificaciones que circularon en las decisiones judiciales en diferentes ejes.

Una tendencia que había receptado favorablemente la facultad del tercero de demandar al asegurador del responsable del daño se produjo en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (LListosella y Favier Dubois, 2002). Así, con anterioridad a la sanción de la ley 17.418 dicho Tribunal reconocía la posibilidad de accionar en forma directa el tercero contra el asegurador. Tal postura quedó desalentada con la incorporación del esquema previsto por el artículo 118 de la mencionada ley. Cabe destacar que a su vez y por el contrario, aún antes de esa reforma legislativa, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal había resuelto en plenario que la víctima no tenía acción contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil. En este último sentido, la incorporación de la referida ley resultó un avance.

Si bien puede sostenerse que la citación en garantía es una forma de acción directa lo cierto es que no podemos afirmar que esa haya sido la concepción dominante en nuestra jurisprudencia.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha reconocido que el seguro de responsabilidad civil tiene una doble finalidad social consistente en preservar el patrimonio del asegurado y evitar que sufra una penuria económica, así como reparar integralmente a las víctimas. (*in re*: "Centeno, Julio C/ contra Ponzio, Horacio S/ daños y perjuicios").

Debemos reiterar que la citación en garantía es una solución intermedia o atenuada ya que no excluye al asegurador del proceso sino que lo incorpora de una manera especial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (1992) viene reconociendo en los fallos referidos la facultad del damnificado de citar al proceso a la aseguradora del demandado y, como consecuencia, propagar respecto de la citada los efectos de la cosa juzgada. Ello genera su consecuencia lógica que es la ejecutabilidad de la sentencia contra dicha parte. Entonces, no se ha limitado a instituir un mero llamado a la causa del asegurador sino que sin perjuicio de la denominación que se le dé, se trata de la legitimación del damnificado para acumular a la pretensión deducida contra el responsable otra reclamación de idéntico objeto contra el asegurador.

Hemos dicho que existen dos posiciones diferentes respecto la naturaleza jurídica de la citación en garantía ya desde la sanción de la ley 17.418.

Una postura sostiene que no se trata de una acción directa y que en realidad el artículo 118 de la mencionada ley se limita a darle al damnificado la posibilidad de citar en garantía al asegurador, pero que ello no supone el ejercicio de una acción autónoma. Como prueba de ello, sostiene este enfoque, que si el actor desiste de la demanda contra el responsable del hecho, ello impide la prosecución del juicio exclusivamente contra la aseguradora (Cámara nacional en lo Civil Sala A, in re: “La Central del Plata S.A. de Seguros c/ Mella. Considerando IV, párr. 34). Lo mismo ha sostenido la justicia en diversas jurisdicciones, como por ejemplo el Superior Tribunal de Córdoba. Este sostuvo que no se le acuerda a la víctima de un hecho una acción directa contra el asegurado del responsable civil del mismo sino que tan sólo se lo autoriza a llamar al asegurador al juicio contra el asegurado demandado. Entonces, dicha citación es a los fines que intervenga en razón de existir un interés coadyuvante autónomo que coincide con la responsabilidad del asegurado, ya que de ésta depende la obligación del asegurador. (Sala Penal. Causa: “Minetto, Angel”).

Otra postura afirma que existe una acción directa pero no autónoma establecida por el artículo 118 párrafo 2° de la ley 17.418.

Dicha posición es reforzada por Halperín (2001). La misma Cámara Nacional en lo Civil ha afirmado que lo que ha instaurado es en realidad un supuesto de acción directa del acreedor de la indemnización de daños contra el asegurador de su deudor en los términos de la cobertura del contrato de seguro, pero no se trata de una autónoma toda vez que no puede dirigírsela contra el asegurador sin dar intervención en el proceso al asegurado.

Significa que existiría una acción directa pero no autónoma en cuanto a su ejercicio. (Sala A, in re: “Londres y Río de la Plata Compañía de Seguros S.A. c/ Baylan AGPO” y Sala C, in re: “Confessore, José c/ Cirmi, Emilio”).

Como consecuencia natural de la discusión sobre la naturaleza de la citación surgió la cuestión del alcance de las defensas oponibles a la víctima por parte del asegurador. Las decisiones judiciales han ido cambiando en sentidos diversos y

continúan variando hasta en fallos recientes. En tal sentido la variabilidad de criterios es amplia. Así, podemos destacar que la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, consideró que no había culpa grave si quien incurre en ella no es el asegurado sino el conductor del vehículo propiedad de aquel (Sala II, in re: "Gaitán, Raúl y Otros c/Gerrero, Gustavo). A su vez podemos remitirnos a lo expuesto en este capítulo respecto de la franquicia o descubierto obligatorio en el seguro de transporte automotor y toda su evolución.

En general, respecto de las defensas del asegurador podemos afirmar que la tendencia jurisprudencial ha sido la de interpretar a favor del asegurado como parte más débil del contrato sosteniendo la inaplicabilidad de defensas contractuales e, incluso, legales y no así su inoponibilidad a la víctima. No así la inoponibilidad de las defensas dada la precisión de la norma legal al establecer cuales lo son.

En consonancia con ello, podemos citar algunos ejemplos reiterados como el de la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario que resolvió que la pretensión de declinar la garantía por parte de la aseguradora arguyendo que el asegurado carecía de carnet habilitante para conducir, implica un claro acto de mala fe o de intencionalidad subyacente en la celebración del contrato. Ella consistiría en la percepción de las primas -en tales casos, todas las cuotas- para ,luego de operado que fuere el siniestro, eludir su responsabilidad de cobertura alegando que su asegurado nunca tuvo carnet habilitante (*in re*: Cooperativa Agropecuaria de Armstrong Limitada c/ Pmb s/ daños y perjuicios).

En similar sentido, la Cámara Nacional de Apelación en lo Comercial sostuvo que si la aseguradora afirma que el siniestro fue doloso, ello requiere de prueba específica, ya que, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos de exclusión, en los que basta la mera comprobación objetiva de los límites del riesgo, la exclusión de cobertura que genera el dolo, sólo se produce cuando tal conducta del asegurado es constatada. Y, por ser ello así, toda vez que la prueba respectiva recae sobre la aseguradora, su inacción no puede tener como efecto eludir o dilatar el plazo legalmente establecido para que se pronuncie aceptando o rechazando el siniestro. De allí que, a falta de prueba cabal del dolo, deba

atribuirse al silencio la consecuencia prevista por la última parte del art. 56 de la ley de seguros (Sala D, in re: "Logística Santo Domingo S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario").

Como expresamos, La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en distintas oportunidades la plena vigencia del art. 118 de la ley 17.418 y, por lo tanto, el asegurador sólo no puede oponerle al tercero damnificado las defensas allí establecidas ("Fallos" 306:2177; 311:945; 313:988; 318:862, 318:2296; 319:3395, 319:3489, 323:262, 325:595, entre otros).

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la Suprema Corte de Justicia reafirmó que la aseguradora sólo puede oponer a la citación del artículo 118 de la ley 17.418 aquellas defensas que hacen a su legitimación pasiva, o sea las anteriores al siniestro y resultantes del contrato de seguro que demuestren que en ese momento no existía cobertura o, en su caso, la limitación que ésta tenía. (in re: "Pérez, G. S. D. c/ Pertini, H. A. s/ daños y perjuicios").

La cuestión relativa al dolo y la culpa grave han tenido en la jurisprudencia diversas posturas. El impacto social de los hechos dolosos cuando generan un daño que luego no resultan cubiertos por el contrato de seguro suponen un halo de indignación social. La clara letra de la ley ha motivado que se haya sostenido, por un lado, que tales causales de exclusión son oponibles al tercero para una corriente y, por otro lado, en forma más minoritaria se ha sostenido que no los son.

La delimitación fáctica de la culpa grave ha sido un problema para la jurisprudencia. Se ha entendido que lo es en materia de seguro de automotores, conducir en estado de ebriedad, así como también el circular a velocidad tan elevada que, al intentar pasar a otro rodado que lo precedía, en una curva, la fuerza centrífuga lo desplazó a la mano contraria, perdiendo el control y yendo a chocar de frente a otro vehículo que venía en sentido contrario. Pero la sola infracción de normas administrativas o de tránsito no ha sido entendida como culpa grave. La situación dada por la nueva definición del dolo en el Código Civil y Comercial será motivo de un nuevo análisis judicial de este tema. (Barbato, 1994).

Es sin dudas la conducta desaprensiva y no simplemente violatoria de las normas la que caracteriza a la culpa grave. En tal sentido tal desaprensión ha sido

juzgado teniendo como parámetro la conducta del hombre medio en la actividad de que se trate (Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, in re: "Franco, Agustín y otros c. Robles, María C. y otros").

Respecto de esta cuestión, se ha dicho que:

... existe culpa grave cuando se omite la diligencia elemental de las personas menos previsoras, y más precisamente en el seguro, cuando se incurre en ella por estar asegurado" (Halperin, Isaac, op. cit., p. 606/607). En similar sentido, Petrucchi la define como "una conducta groseramente negligente" (Petrucchi, Héctor Arnoldo —h.—, "La culpa grave en el contrato de seguro", LL 1998-E, 997). Nuestro más alto tribunal, a su vez, entendió que ella se da cuando "excede la regular graduación de negligencia —que se encuentra amparada en los contratos de seguro— y por su magnitud, resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso, o por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 314:1897) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, in re: Morteyru, Juan Alberto y otro c. Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios, considerando IV, párr. 5).

La extensión de los alcances de la obligación del asegurador ha sido interpretada sobre la base de la ley 17.418 pero también por las normas del consumidor al derecho de seguros. Ello ha motivado diversas controversias.

Alguna parte de la jurisprudencia sostuvo que no resulta procedente entablar la acción de daños y perjuicios basada en las normas de la ley de defensa del consumidor ya que, si bien esa normativa tiene reglas protectoras, éstas son complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la ley 17.418. Así pues, es que pese a la reforma de la ley 26.361, en caso de incompatibilidad de ambos regímenes, tiene preeminencia la citada ley y otros ordenamientos normativos. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, in re: "Lucas Marcelo c/ Soto, Roque Orlando y otros s/ Daños y perjuicios").

En otro sentido, la Corte Suprema de Tucumán afirma que el contrato de seguro es de consumo, en la medida que cumpla con los presupuestos objetivos y subjetivos que definen la figura. Frente a lo cual sostiene la aplicación del régimen protectorio a los consumidores, e indica que tratándose de una ley de orden público corresponde a los jueces aplicarla aun cuando las partes no la hayan

invocado. Por ello sostiene que el beneficiario del seguro puede ser incluido en la categoría de subconsumidores pues por el contexto en el que sus requerimientos y necesidades demandan satisfacción, es un sujeto particularmente vulnerable y precisado de tutela (Corte Suprema de Tucumán, Sala civil y penal, in re: "Amaya, Mariana Delicia c. Galicia Seguros S.A. s/ daños y perjuicios")

La cuestión de los plazos de prescripción generó también que se sostuviera que la ley de defensa del consumidor contiene reglas protectoras y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente por lo que no es aplicable el de la ley del consumidor sino el de la ley especial. Para esta jurisprudencia sostener lo contrario permitiría afirmar que el contrato de seguro se encuentra regido por la ley de defensa del consumidor, aplicándose supletoriamente las normas contenidas en la ley de seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquella. Por tales motivos se decidió aplicar el plazo de prescripción del artículo 58 de la ley 17.418 y no el de la ley del consumidor (Cámara Nacional Comercial, SALA B, in re "Balboa, Omar A. C/ Provincia Seguros S.A. S/ Ordinario"). En contra de esta postura, esto es, a favor de la aplicación de los plazos prescriptivos de las normas de consumo y no las del seguro se ha expedido alguna jurisprudencia. (Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Sala I, in re: "Gomez de Olivera, Jorge R. c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Daños y perjuicios").

En cuanto a la situación procesal del asegurador cuando es citado en garantía ciertos fallos consideraron que es un demandado más, a tal punto que no es menester que, a fin de ser citado, se haya notificado previamente al asegurado sino que se integre la litis definitivamente con éste. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, in re: "Transporte Expreso Villa Bosch S.R.L. c/ Balzi, Silvio s/ Daños y Perjuicios). Ello es lo que se sigue de la extensión de la condena en su contra (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, in re: "Palleres, Faustino E. c/ Rincón Troncoso, Alfredo s/ Daños y perjuicios").

A su vez existe jurisprudencia que sostiene que se trata de un litisconsorcio necesario dado que el 118 de la ley 17.418, impone que el litigio esté integrado

por todos los litisconsortes para poder ser dictada sentencia válidamente. Esta fue lo que inicialmente afirmó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (in re: "Ise, Jacinto c/ Roldán, Luis s/ Daños y Perjuicios", DJBA 123-11) que luego modificó sosteniendo que no lo era (in re: "Ninci de Fernández, Ofelia M. c/ Ande, Juan C. s/ Daños y perjuicios", DJ 1994-2-33")

En igual sentido la Suprema Corte de Mendoza afirmó que la intervención del asegurador citado en garantía es un supuesto de litisconsorcio necesario, en razón de encontrarse obligado coactivamente. Vale destacar que para este Tribunal lo previsto en el artículo 118 de la ley 17.418 es una acción directa no autónoma (Sala 2. In re: "Martín, Antonio R. c/ Chic Cahiza Hnos. y Cía. S.A. S/ Daños y perjuicios", Repertorio LL 1994-66-1963).

En cambio la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la citación en garantía se trata de un litis consorcio facultativo (*in re*: "Lanza Peñaranda c/ Transportes Quirno Costa" JA, 1991-II). De idéntico modo se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno. ("Flores c/ Robasa s/ Daños y Perjuicios", DJ, 1992-I).

### IX.2.2. Situación actual.

Nos encontramos en un proceso de adecuación normativa ligado a la importante modificación que significó la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y las reformas introducidas en distintas normas especiales como, por ejemplo, la ley del consumidor.

Las etapas necesarias para que los órganos jurisdiccionales locales y de la nación se consoliden en una nueva interpretación del plexo normativo permitirán adaptar muchas de las posturas analizadas.

Todo cambio de criterio es necesariamente gradual, pero en la temática que nos ocupa tiene una importante vinculación con una resignificación del contrato, muy especialmente, frente al avance del derecho de consumo en la interpretación y aplicación de las cláusulas de contratos masivos como lo es el de seguros.

Es dable afirmar que estamos en un momento de cambio cuyas dimensiones no podemos aún evaluar, pero es claro que el trabajo de la judicatura resulta fundamental para adaptar los esquemas tradicionales a la situación actual.

### IX.3. La jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires.

Nos detendremos en este punto en un análisis de la jurisprudencia bonaerense dado su impacto a nivel regional y nacional.

La Suprema Corte tuvo una especial evolución que la diferenció de otras jurisdicciones con relación a la posibilidad del asegurador de apelar la sentencia en los procesos civiles donde fue citado en garantía. Por tal motivo utilizó un criterio restrictivo de las facultades procesales del asegurador en el proceso de daños y perjuicios (Ac. 43.703 in re: "Rivero, E. c/ Raposi, F. s/ Daños y Perjuicios"). Una utilización extensa de esa postura hubiera llevado a sostener que el asegurador sólo puede actuar en el proceso a los fines de acreditar sus defensas contractuales y no así las sustanciales del asegurado. Luego terminó por permitir al asegurador las más amplias facultades procesales. (Acuerdo: 55.654; Acuerdo: 57.260; Acuerdos: 56.675 y 59.366).

Con relación a la naturaleza de la citación en garantía, ello es, si significa la existencia de una acción directa del tercero contra el asegurador la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que entre la aseguradora y el tercero damnificado no media ningún nexo. Su fundamento radica en que la relación obligacional que vincula a éste y el asegurado y la relación contractual que hay entre asegurado y la aseguradora son, entre sí, absolutamente independientes y sólo enlazadas por el sistema instituido por la ley 17.418.

Siendo así para este Tribunal, el damnificado no se constituye en acreedor del asegurador, siendo que el único que lo es de éste es el asegurado. Rechaza además que se trata de una estipulación o contrato a favor de tercero conforme el anterior artículo 504 del Código Civil –ahora artículo 1027 del Código Civil y Comercial-, priorizando la función indemnidad del contrato y no la indemnizatoria que entiende como una consecuencia secundaria, no principal del contrato.

Entonces para la Suprema Corte provincial no se encuentra reconocida en nuestro sistema legal la acción directa del tercero respecto del asegurador.

Respecto de la naturaleza procesal de la citación en garantía el criterio que sostiene es que entre asegurador y asegurado no existe un litisconsorcio pasivo necesario, sino más bien, un litisconsorcio pasivo facultativo, aunque con algunas notas diferenciales. Consecuencia de lo cual el asegurador no está obligado – aunque en la práctica lo haga- a replicar los hechos alegados por el actor, ni el derecho que alega, pues la relación víctima-asegurado le es totalmente ajena, ya que no es parte formal ni sustancial de ella. En igual sentido y por la misma lógica no debe responder a los expuesto en la contestación de demanda salvo que deba hacer valer alguna defensa propia contra el asegurado (Acuerdo: 43.703; Acuerdo: 44.735; Acuerdo: 45.924; Acuerdo: 54.097; entre otros).

Respecto de las defensas que puede oponer la aseguradora a la víctima el Alto Tribunal Provincial se apegó a lo que establece la ley.

Así, la Suprema Corte de la referida provincia sostuvo que “La aseguradora sólo puede oponer a la citación del art. 118 de la ley 17.418 aquellas defensas que hacen a su legitimación pasiva. Esto es aquellas anteriores al siniestro y resultantes del contrato de seguro que demuestren que en ese momento no existía cobertura o, en su caso, la limitación que ésta tenía. (AC 59366 S 10/06/1997 *in re*: “Centeno, J. C. c/ Ponzio, H. s/ Daños y perjuicios”)

#### IX.4. Estado actual de la cuestión.

Nuestra jurisprudencia ha optado casi unánimemente por:

- a.- rechazar la existencia de una acción directa y;
- b.- para el supuesto de reconocerla, negar que la misma tenga autonomía.

Esta última posición basada en la necesidad del damnificado de demandar al asegurado para poder hacerlo contra el asegurador.

En consecuencia, diremos que los Tribunales argentinos no le han concedido un derecho sustancial y autónomo al tercero en la relación asegurativa que consideran le es total o parcialmente ajena.

Lo expuesto equivale a decir que actualmente, sobre la base de nuestra ley especial vigente no existiría un criterio que le reconozca a la citación en garantía el carácter de derecho autónomo del perjudicado para reclamar al asegurador.

#### IX.5. Tendencia de la jurisprudencia.

Si bien la jurisprudencia ha optado por no reconocer la existencia de una acción directa, o aún haciéndolo, condicionándola procesal o sustancialmente, existe una tendencia a extender la obligación del asegurador y, con ella, la función indemnizatoria del seguro de responsabilidad civil.

Recientes fallos, como los anteriormente citados, tienden a utilizar los criterios interpretativos más favorables al asegurado como forma de proteger a la víctima.

La irrupción de los criterios de protección al débil jurídico considerando tal tanto al asegurado como al tercero se encuentra fuertemente vinculado a lo que fijan las normas del consumidor.

En tal sentido la aplicación de las pautas del artículo 3 y 53 de la ley 24.240, en la solución de conflictos motivados en el contrato de seguros ha generado una nueva corriente jurisprudencial.

Así la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sostenido que

... constituye principio recibido en el derecho de seguros que en caso de duda acerca de la extensión del riesgo debe estarse por la obligación del asegurador, habida cuenta de que es quien se encuentra en mejores condiciones para fijar precisamente y de manera indubitada la extensión clara de sus obligaciones, sin que pueda pretender crear en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente (sala C, *in re*: Bourre, Jorge c/Arco Iris Coop. de Seguros Ltda. párr. 26).

Pero además la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil afirmó que

Cuando el seguro es obligatorio, como es el caso de los automotores (art. 68, ley 24.449), la aseguradora no puede oponer al dañado las cláusulas contractuales de exclusión porque la ley ha tutelado un interés superior que es, precisamente, en materia de accidentes de tránsito, la reparación del daño a terceros (Gherzi, Carlos, Contrato de seguro, Astrea, 2007, ps. 239/40) (Sala H, *in re*: Kerlakian J. Jacinta c/ Grela S. A. y otros s/ daños y perjuicios, párr. 15).

Es claro que no ha existido una evolución pacífica y sostenida, por el contrario ha tenido constantes tensiones.

En efecto, en un fallo reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se vuelve a afirmar con rigor la aplicación estricta de los términos de la póliza y de la ley 17.418 al sostener que

... el asegurador no debe responder por los daños causados al asegurado al protagonizar un accidente si su vehículo estaba afectado a un uso diverso al denunciado y expresamente excluido en la póliza respectiva, estipulación que -vale remarcar- no admite margen de interpretación, pues la responsabilidad de la aseguradora no puede superar la medida del seguro, resultando oponibles a terceros las exclusiones de cobertura aun cuando no hayan participado en la celebración del contrato (in re: "Duarte, M. c/ Altamirano, R. y otro. s/ daños y perjuicios", párr. 29)

Sin perjuicio de que se reconozca el carácter solamente complementario de las normas de consumo y se prioricen las especiales del seguro, la utilización de los criterios apuntados vienen modificando la estrictez del apego a las últimas normas.

Podemos afirmar que se viene produciendo un cambio de prioridades que nos permiten sostener que en la tensión entre las dos funciones del seguro de responsabilidad civil, avanza lentamente el entendimiento que indemnizar al tercero tiene más valor que mantener indemne al asegurado.

Insistimos que no se nos escapa que ambas funciones, en definitiva, terminan por tender al mismo objetivo, pero no nos es ajeno que el reconocimiento de la acción directa como modo de protección del crédito del damnificado se encuentra más cerca de una posición indemnizatoria que de la exclusiva indemnidad del asegurado.

En otras palabras, sostener que la función principal del seguro de responsabilidad civil es la de proteger el patrimonio del asegurado y no del tercero, lo aleja de su utilidad social. Creemos que la tendencia de los jueces en nuestro país es justamente la que busca, dentro del acotado marco de la ley actual, una justa composición de la víctima de parte de quien ha asumido ese papel por vía contractual.

## IX.6. Conclusión.

La jurisprudencia es una construcción lenta y constante que va moldeando las instituciones jurídicas a medida que se van presentando los conflictos concretos que debe atender.

Las resoluciones de los distintos Tribunales de nuestro país han seguido una doctrina apegada a la ley especial sobre seguros y a la letra del contrato. Mientras que los juzgados de primera instancia y las Cámaras de Apelaciones de los diversos fueros y jurisdicciones competentes tuvieron una interpretación más favorable a las víctimas y asegurados en el seguro de responsabilidad civil, los más altos Tribunales provinciales y Nacional han tendido a morigerar dicho esquema.

La aplicación de la ley de consumo a los contratos de seguro tienen aún hoy un importante debate que, entendemos, irá cediendo por la aplicación de las normas del contrato de adhesión incorporadas en el Código Civil y Comercial - artículos 984 a 989-.

Sin embargo, la declaración de cláusulas abusivas en el seguro no es actualmente la regla, por lo menos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, los que sostienen una tendencia conservadora a la aplicación de los principios propios de la ley de contrato de seguros.

Esta postura no se conmueve en los supuestos de seguros obligatorios como el instaurado por la ley 24.449 –artículo 68-, donde, como pudimos apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se apega al principio de oponibilidad de los términos contractuales aún cuando pueda considerarse que dichos contratos fueron impuestos en protección de la víctima.

Ello es consecuencia lógica de entender que la relación contractual se produce sólo entre asegurador y asegurado y, por lo tanto, no existe de parte del tercero más que la posibilidad –prevista legalmente- de citarlo en garantía para que sea condenado, en la medida del seguro, junto con el responsable del daño. De tal modo que cualquiera sea la posición asumida –acción directa no autónoma o herramienta estrictamente procesal- la ley y el contrato ponen los límites a la pretensión del tercero.

Es indudable que la jurisprudencia nacional ha receptado en general los principios que se encuentran inmersos en las leyes de seguros y que si bien, se reconoce la necesidad de la función social que le es propia, a su vez se sostiene – con algunas y crecientes excepciones- que la misma no puede alterar la naturaleza del negocio jurídico.

En un sistema jurídico como el nuestro, donde los jueces cumplen un papel de intérpretes de la ley, resulta menos factible que se avance más allá de la letra de la misma, excepto que lo consideren estrictamente necesario. Esto último cuando se entiende vulnerado el ordenamiento constitucional.

Siguiendo a Recasens Siches (1962) decimos que el prototipo de interpretación es la interpretación judicial, el juez competente es el que pronuncia en definitiva la norma ejecutable, incluso tiene la potestad de hacerla cumplir forzosamente, pero encuentra su amparo y su fundamento en la ley, siendo ésta la expresión de los otros órganos políticos. Ello significa, que el juzgador debe interpretar la voluntad de los que representan a la comunidad conforme a las instituciones que rigen su organización social.

Por ello, podemos entender que cualquier cambio de paradigma será consecuencia de cambios legislativos y no puramente jurisprudenciales.

Debemos entender que la preocupación de los órganos jurisdiccionales es la protección del sistema asegurativo, entendido éste como un modo de dispersión social de los riesgos, en particular el de la responsabilidad civil. En ese sentido se mantiene la jurisprudencia, atendiendo solamente a aquellos supuestos donde la mala fe y el abuso de la posición dominante aparecen como manifiestas o insostenibles. Pero ello siempre en forma excepcional y sujeta a la conducta específica y concreta en cada caso del asegurador.

Como expresamos, la institución de la obligación de contratar un seguro no ha sido impedimento para variar esta orientación. Ello probablemente se deba a la falta de una regulación legal más detallada de ese tipo de contratos, es decir, el establecimiento de un verdadero seguro obligatorio y no la simple obligación de contratarlo.

Entendemos que se trata de una decisión de política legislativa que impactaría inevitablemente en la tendencia jurisprudencial.

## Capítulo X La acción directa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

### X.1. Introducción.

La acción directa está genéricamente legislada en el Código Civil y Comercial. La reconoce expresamente en el capítulo donde trata “Las acciones y garantía común de los acreedores” (Libro III, Título I, Capítulo 2, artículos 736 a 738).

Aclara el artículo 736 de dicho cuerpo legal, entre otros puntos, que esta acción solo procede “en los casos excepcionalmente previstos por la ley”. También exige la necesaria convocatoria al proceso del deudor -citación del deudor a juicio, artículo 737 inc. e). O sea, que ahora, todas las acciones directas, lo seguirán siendo, pero la citación del deudor será siempre obligatoria.

Se vuelve a plantear entonces la cuestión: si son acciones que se ejercen “por propio derecho y en beneficio exclusivo del accionante” (Borda, 1987, p. 128), no se entiende por qué es necesario convocar al proceso al deudor. Distinto es que la necesidad puntual de tener que probar la existencia del crédito que da lugar a la acción directa, imponga el hecho de traerlo al juicio.

Analizaremos en este capítulo los antecedentes de la acción directa, su fundamento, estructura y alcances en relación al Código Civil y Comercial y compararemos lo instituido por dicho cuerpo legal con el concepto normalmente aceptado en el ámbito del seguro.

Finalmente apreciaremos cual de las normativas tiene, a esos efectos, primacía legal.

### X.2. Antecedentes de la acción directa en nuestra legislación.

El Código Civil derogado preveía distintos supuestos de acción directa. En igual sentido lo ha hecho el Código Civil y Comercial vigente. Enumeraremos brevemente los más destacados.

Con relación a la sublocación se establecía la acción directa del sublocatario contra el sublocador y de éste contra aquél. Así, el subarrendatario podía exigir

directamente del arrendador el cumplimiento de las obligaciones que éste hubiese contraído con el locatario. A su vez, el arrendador originario recíprocamente, tiene acción directa contra el subarrendatario por el cumplimiento de las obligaciones, resultantes de la sublocación –artículos 1592 y 1593 del Código Civil-.

Por su parte, el artículo 1216 del Código Civil y Comercial establece expresamente las denominadas acciones directas estableciendo que, sin perjuicio de sus derechos respecto al locatario, el locador tiene acción directa contra el sublocatario para cobrar el alquiler adeudado por el locatario, en la medida de la deuda del sublocatario. Además, determina que puede exigir de éste el cumplimiento de las obligaciones que la sublocación le impone, inclusive el resarcimiento de los daños causados por uso indebido de la cosa. Finalmente le reconoce al sublocatario acción directa contra el locador para obtener a su favor el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de locación.

En materia de locación de obra el anterior Código por medio del artículo 1645 le otorgaba al obrero y a quien suministra materiales acción directa contra el propietario de la obra para reclamarle lo que éste adeuda al empresario, y diversos fallos lo han extendido al subempresario (Halperín, 2002).

Respecto del mandato se la reconocía expresamente en los artículos 1927 y 1928 del Código Civil, en tanto el artículo 1929 de dicho cuerpo legal reconocía la subrogación en los derechos del mandatario que obró por nombre propio. En el artículo 1327 del Código actual establece que en caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria. Además, el mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato.

En materia de hipoteca el artículo 3110 del Código Civil extendía la misma al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Ello significaba concederle acción directa para reclamarla del asegurador.

Lo mismo determinaba la ley de prenda agraria en su artículo 4 y el artículo 26 de la ley 928 de warrants otorgándoles a los acreedores privilegiados una acción directa contra el asegurador de la cosa gravada.

En el supuesto de compraventa se facultaba al propietario a accionar contra el adquirente del que no lo es por el saldo de precio adeudado –artículo 2272 del Código Civil-

El artículo 1.069 del Código Civil y Comercial define al “subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal.”

El subcontratado goza de todas las acciones que emergen de su contrato contra el subcontratante. Aquí habrá que remitirse a las acciones convencionales y legales, tanto imperativas como supletorias, generales como del contrato en particular. También gozará de la acción directa, de conformidad con los artículos 736 a 738, para hacerse de aquellas prestaciones que se le debe al subcontratante y que este no ha reclamado –artículo 1071-.

El antecedente más importante de la acción directa autónoma en nuestro país es la ley 9688 que se la otorgaba al trabajador accidentado contra el asegurador de su empleador sin necesidad de que fuera necesario que accionara contra éste último. El artículo 7 refería lisa y llanamente a una sustitución de la obligación indemnizatoria del empleador al asegurador y ya no de mantener la indemnidad del asegurado.

Finalmente, se concede una acción directa al vendedor contra el subadquirente del fallido por la parte del precio debido en el supuesto previsto por la ley de concursos y quiebras -24.522- en su artículo 141.

Todos estos supuestos, al decir de Halperín (2002), tienen un fundamento común que no surge expresamente de la ley, pero puede seguirse de su estructura. Es la necesidad de asegurar a ciertos acreedores la satisfacción de sus créditos con aquellos que el deudor tiene contra un tercero, y que razonablemente se encuentran destinados a efectivizar. Sea ello con motivo en el contrato que les

da origen (mandato y locación) o por el destino que se debe dar a la suma a percibir (hipoteca y warrant).

En síntesis, la acción directa fue y es concedida en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de evitar que el producto de la subdeuda no llegue a su destino lógico. Se presume un peligro cierto de ese desvío y se procura proteger al acreedor del mismo.

En todos los supuestos analizados se trata necesariamente de dobles vinculaciones siendo que no depende de las partes alejar las obligaciones de sus destinos ya que hay un interés de orden público en que se mantenga el destino de esos créditos. Se trata de asegurar el fin económico del contrato y el perseguido por las partes. Es una vinculación estrecha entre ambos créditos que la ley busca preservar.

### X.3. Fundamentos de la acción directa en el Código Civil y Comercial.

En los fundamentos vertidos por los autores del proyecto que devino luego en el Código Civil y Comercial respecto de la regulación de la acción directa y la subrogatoria, se explicita que se procura brindar mayor claridad en estos temas.

Es correcto sostener que, si bien podía advertirse la existencia de distintos supuestos de acción directa -como referimos en el punto anterior-, lo cierto es que no existía una regulación general de la misma.

Puede advertirse también el sentido en el que se orienta el cuerpo legal con respecto a la acción directa toda vez que la regula en el Capítulo 2 que, dentro de los derechos personales, se dedica a las acciones y garantía común de los acreedores.

Entonces, es dable concluir que se considera a la acción directa como una forma concreta de protección del derecho del acreedor. Dicho de otro modo, se le otorga al acreedor una herramienta para proteger su crédito y, en el ámbito conceptual de la acción que nos ocupa, una manera de evitar que la prestación debida al deudor por otro deudor no se desvíe de su destino natural.

Esta cuestión de método no resulta menor y nos muestra un posicionamiento sobre la temática. Así el tratamiento en el mismo capítulo de la acción directa y de

la acción subrogatoria, la garantía común de los acreedores, los bienes excluidos de ésta última y la prioridad del primer embargante, no es aleatorio. Por el contrario, obedece a una lógica común: proteger al acreedor y dotarlo de principios y herramientas que le permitan obtener lo que le es debido. Se trata, en definitiva, de custodiar legalmente lo que es motor de la economía y de la vida social: el crédito. No es ocioso recordar que éste se encuentra ligado con la confianza -la creencia, la buena fe- que son la base negocial que sustenta la posibilidad del intercambio y de la interacción comunitaria. Ello tanto en la faz individual como colectiva.

En cuanto a los alcances de la acción directa los fundamentos del proyecto referido la define como aquella que le “compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito” (Zannoni, Mariani de Vidal, Shina y Ramos, 2015, p. 238).

Se deja aclarado en los fundamentos que el acreedor ejerce la acción directa por derecho propio y en su exclusivo beneficio. También se aclara su carácter excepcional y de interpretación restrictiva, procediendo sólo en caso de estar prevista por la ley.

Debemos destacar un punto importante, se habla en la fundamentación de ejercicio la acción directa por derecho propio, lo que determina una posición clara. No se ejerce con fundamento en el derecho del deudor contra su propio deudor - como ocurre en la acción subrogatoria-, sino que se lo hace por sí. Se está reconociendo una autonomía sustancial, que, luego veremos, se encuentra condicionada en su ejercicio, entendemos, innecesariamente.

#### X.4. La estructura y alcances de la acción directa en el Código Civil y Comercial.

Según el artículo 736, la acción directa es

... la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley.

Entonces, las acciones directas son las que tienen ciertos acreedores para lograr que un tercero le pague lo debido a su deudor hasta el importe de su propio crédito (Llambías, 2004).

Por lo tanto, procesalmente, el acreedor se constituirá en el actor, el demandado será el deudor del deudor principal y, a su vez, éste último será citado a juicio.

Podemos apreciar que el Código procuró efectuar una definición comprensiva de sus elementos esenciales con el objeto de lograr expresar un concepto completo de la acción directa. Este fue volcado en el artículo transcrito del que surgen sus principales características.

En primer término, la acción directa es excepcional y de interpretación restrictiva, porque implica una indudable protección en favor de los acreedores y, en consecuencia de esa gravedad, sólo procede en aquellos casos establecidos expresamente por ley. Es decir, la ley entiende que no puede ser concedida en forma genérica como sí lo es la acción subrogatoria dada la importancia de sus consecuencias

Por ello surge el principio de interpretación restrictiva lo que significa que, en caso de duda, siempre habrá que inclinarse por negar la vía de la acción directa.

Otra característica que debemos destacar es que se trata de un medio de ejecución que tiene como objeto tutelar el interés del acreedor, ello es, la satisfacción de su crédito. Este por lo tanto, obtiene lo que se le debe directamente del tercero. Su principal ventaja frente a la acción subrogatoria es que el producido de esa acción no pasa por el patrimonio de su propio deudor (Alterini, Ameal y Lopez Cabana, 2004).

Respecto de los requisitos que incorpora el Código Civil y Comercial para iniciar una acción directa –además de que esté previsto legalmente–, el artículo 737 del Código enumera:

a) Un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor -inciso a.-, o sea, que el titular del interés tenga un crédito exigible y de plazo vencido contra su propio deudor.

b) Una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor - inciso b.-. Esto es, que la deuda del tercero demandado respecto del deudor del demandante subsista al momento de articularse la acción directa.

c) Homogeneidad de ambos créditos entre sí -inciso c.-, por lo que ambos créditos deben ser de la misma naturaleza.

d) Ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa -inciso d.-. Ello significa que el titular de la acción directa debe tener un crédito expedito contra su deudor; ello significa, que no esté embargado ni pesen sobre él otras restricciones que impidan su pago y que la deuda del demandado no haya sido objeto de un embargo anterior.

e) La citación del deudor al juicio -inc. e-; incorporación que implica toda una novedad ya que hasta ahora no se había considerado a la citación del deudor a juicio como un requisito para el ejercicio de la acción directa.

Salerno y Salerno (2012) nos explican que, si bien el requisito de la citación del deudor a juicio no era un requisito del ejercicio de la acción directa, resultaba aconsejable a fin de hacerle extensivo —a este deudor— los efectos de la cosa juzgada. Ahora bien, que dicha citación pueda ser útil no significa lo mismo que imponerla como requisito legal. En tal sentido, lo que podría ser una ventaja o beneficio para la determinación de los alcances de su crédito y la obtención de una sentencia que sea oponible –haga cosa juzgada- contra el deudor directo del acreedor accionante, termina transformándose en una carga, una limitante para el accionante.

Resulta importante recordar que el propósito de la acción directa es permitir que ciertos acreedores -en determinados supuestos previamente establecidos por la ley- puedan accionar por derecho propio en contra el deudor de su deudor. De ahí que si se exige imperativamente, como requisito imprescindible, la citación del deudor principal a juicio, ya no podríamos hablar de una acción directa autónoma, sino de una figura intermedia o *sui generis*.

En contra de sus antecedentes, la normativa del nuevo Código se inclina por el esquema de la citación del tercero, o dicho en términos de la ley 17.418 por la citación en garantía de su artículo 118.

Entendemos que lo que era una excepción fue transformado en una regla. En efecto, las otras acciones directas existentes hasta la sanción del cuerpo normativo en cuestión no requerían de la citación del deudor originario y ello se encontraba plenamente justificado en que la acción directa se establece, entre otros motivos, por razones de orden práctico. Se procura simplificar etapas en un circuito de acciones, es decir, evita el desgaste jurisdiccional que implica la doble demanda -contra el deudor del deudor y contra su originario deudor-, y porque existe la posibilidad o el peligro de que el producto de la sub-deuda sea desviado de su destino lógico o natural. Todas esas razones tienen un mismo objetivo, cual es, priorizar la accesibilidad al cobro del crédito de quien está en mejores condiciones de hacerlo a juicio del acreedor y, a la vez, economizar tiempos y esfuerzos.

Por todo ello, resulta, a nuestro entender, más acertado que sea el actor quien decida si cita a su deudor para hacerle valer la sentencia, o no, para evitar accionados insolventes, renuentes a notificaciones o que dilaten el pleito. Si dicha citación se encuentra impuesta por la ley, se le quita efectividad a la acción directa para cumplir con sus objetivos. En definitiva, se desvirtúa su fin.

En este orden de ideas, sostienen Salerno y Salerno (2012) que la citación obligada del deudor priva a la acción directa de su característica fundamental, que es la autonomía y le quita su carácter expeditivo.

Respecto de los efectos de la acción directa el artículo 738 del Código Civil y Comercial los enumera. Introduce entre los mismos uno muy importante: la notificación de la demanda causa embargo a favor del demandante. Ello significa que dicho acto procesal importa para el accionante directo la traba de tal medida sobre la acreencia sobre la que se reclama. Vale aclarar que se trata del embargo sobre la obligación del deudor del deudor originario.

Nos encontramos frente al reconocimiento de una medida protectoria del crédito del accionante directo que tiene como objeto la indisposición de la acreencia del deudor originario contra el tercero demandado -artículo 738, inciso a. del Código Civil y Comercial-.

A continuación la misma norma dispone lo que es consecuencia lógica del instituto al establecer que el reclamo sólo puede prosperar hasta el monto menor de las dos obligaciones -inciso b., artículo 738 del citado Código-.

Es importante destacar que se le permite al demandado oponer a la acción directa todas las defensas que tuviera contra su propio acreedor y contra el accionante y que el monto percibido –como hemos explicado- ingresa directamente al patrimonio del actor y no pasa por el del deudor originario de éste -incisos c. y d. del artículo y Código citados-.

Finalmente, como es razonable, el deudor accionado se libera frente a su acreedor originario en la medida de lo abonado en función de la acción directa que le fuera ejecutada. En sentido inverso, acreedor del accionado no podrá exigirle la deuda sino sólo el remanente de lo que no haya pagado el último en razón de esa acción.

## X.5. Análisis comparativo con la acción directa en el seguro.

El régimen instaurado por el Código Civil y Comercial para regular la acción directa en general encuentra puntos en común con el esquema que, en general, poseen los sistemas que la reconocen a favor del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

Si reconocemos en la citación en garantía de nuestra ley de contrato de seguro una acción directa podemos advertir además que el esquema de los artículos 736, 737 y 738 del Código Civil y Comercial encuentra también algunas coincidencias.

En referencia a las cuestiones que acercan a la acción directa regulada en el Código mencionado y la establecida por distintas legislaciones de seguro, sin perjuicio de considerar los diversos sistemas instaurados podemos advertir que ambas:

a.- Se establecen como un modo proteger el crédito del acreedor evitando que el destino de la prestación se desvíe de su destino lógico.

b.- A diferencia de la acción subrogatoria, permiten ingresar la prestación debida al patrimonio del accionante en forma directa.

c.- Requieren de una obligación exigible.

d.- El pago o cumplimiento de la sentencia del demandado por acción directa libera a éste respecto de su deudor originario.

e.- El accionante podrá reclamar en la medida del crédito que sea menor, lo que en términos del seguro de responsabilidad civil significaría la medida del contrato.

En cuanto a las diferencias podemos entre las acciones directas del mencionado Código y el seguro podemos decir que:

1.- En el seguro de responsabilidad civil el asegurador no es, en sentido estricto, deudor del asegurado, sino que –salvo la excepción de los seguros por reintegro o *pay to be pay*- lo lógico y natural es pagar al tercero damnificado. Entonces, existen dos obligaciones concomitantes que se cumplen del mismo modo. La obligación de mantener indemne al asegurado y la de indemnizar a la víctima en la medida del contrato de seguro. Decimos que se cumple de igual manera ya que ese es justamente el fin bifronte que caracteriza a este tipo de seguro. Dicho de otro forma, el asegurador cumple pagando al damnificado con la indemnidad y con la indemnización a la que se comprometió contractualmente.

Así, por tomar un ejemplo, el subcontratado, según lo previsto en el artículo 1071 del Código Civil y Comercial, no ejerce la acción contra el contratante originario sino en la medida que el subcontratante no ejecute las acciones que tiene contra éste. Se trata de un concepto más cercano a la acción subrogatoria que al de la estipulación a favor de tercero. En efecto, la acción directa, en el supuesto que hemos elegido con fin comparativo, del subcontrato es una mejora sobre la acción subrogatoria en cuanto permite la incorporación de la sub-deuda a su patrimonio y no al del subcontratante. Pero, a su vez, comparte con la acción subrogatoria el hecho de posicionarse el subcontratado en lugar del subcontratante en aquello que este no haya ejecutado contra su contratante.

Entonces, la acción directa en el caso del subcontrato es un reconocimiento excepcional para el caso de no cumplimiento, mientras que en el seguro de responsabilidad civil está prevista para la normalidad. Es la consecuencia natural de la obligación asumida por el asegurado.

2.- Homogeneidad de ambos créditos entre sí –artículo 737, inciso c.- por lo que ambos créditos deben ser de la mismo tipo. En el seguro de responsabilidad civil la cuestión radica en la naturaleza de la obligación del asegurado y la del asegurador.

La obligación del asegurado es responder con su patrimonio –garantía de todo crédito- frente a quien fue dañado. Se trata de una obligación habitualmente dineraria de indemnización, es decir, resarcitoria.

La obligación del asegurador, siguiendo el texto expreso de la ley 17.418, es mantener la indemnidad patrimonial del asegurado por lo que deba a un tercero. Las obligaciones son ciertamente diversas aunque simultáneas. Una indemnizatoria y la otra de garantía de indemnidad, pero se cumplen acabadamente de la misma manera cancelando la pretensión resarcitoria del tercero damnificado.

3.- Como hemos explicado, uno de los requisitos que el Código Civil y Comercial exige para la procedencia de la acción directa es que ninguno haya sido objeto de embargo anterior a su promoción -inciso d.-. Esta previsión pierde sentido en el seguro de responsabilidad civil ya que se prioriza el cobro de la indemnización sobre cualquier acreedor del asegurado dándosele un privilegio especial. Vale decir que, en el caso de un posible embargo de la suma asegurada, la acción puede ser ejercida de todas maneras sin que pueda funcionar el impedimento mencionado. Así lo establece incluso en nuestra ley de contrato de seguro el artículo 118 que fija tal privilegio del tercero damnificado. Más aún, en la evolución de la protección del derecho a la indemnización de la víctima la concesión de privilegio a ese crédito es parte de la estructura del sistema.

4.- La citación del deudor al juicio -inciso e. del artículo 737 del Código citado-. El Código Civil derogado no regulaba a la acción directa en forma genérica, sino que la establecía para ciertos supuestos puntuales. En ninguno de los casos imponía los requisitos antes apuntados. En tal sentido, el quizás más novedoso de ellos es la imposición de la citación del deudor originario al juicio donde se reclama al deudor de éste.

Entendemos que su fundamento –aunque no está explicitado en los del proyecto antecedente de éste Código- se encuentra en la posibilidad de extenderle al deudor originario los efectos de la condena y, en consecuencia, que pueda ejercer su derecho de defensa.

También, con mayor sutileza teórica, podríamos afirmar que la función de la presencia del deudor originario en el juicio es coadyuvar a la defensa de su propio deudor demandado.

Ahora bien, en ambos supuestos la citación es conveniente para uno u otro – actor y demandado- pero, para nosotros, no imprescindible. La imposición de ese requisito es, en definitiva, una limitante innecesaria que termina dilatando el proceso judicial en perjuicio del accionante directo.

En otras palabras, la citación del deudor originario debió ser una facultad del accionante y del accionado pero no un requisito legal para su ejercicio.

Creemos que, al igual que en la acción directa del seguro de responsabilidad civil, se da una confusión entre la falta de autonomía sustancial –también discutible en el seguro- de ambas obligaciones y acciones –la del acreedor originario contra su deudor y la del acreedor del primero contra éste- con la autonomía de ejercicio.

En los sistemas jurídicos donde se reconoce la acción directa del damnificado contra el asegurador, –en el seguro de responsabilidad civil- en general, el tercero no se encuentra obligado a citar o demandar al asegurado en todos los casos. Es justamente esa una de las principales ventajas de la acción directa, aunque no la única, desde ya.

5.- La cuestión de la oponibilidad de defensas es una diferencia importante entre la acción directa del Código Civil y Comercial y la del seguro de responsabilidad civil.

El artículo 738 de ese Código en su inciso c. establece la facultad del demandado de oponer al progreso de la acción todas las defensas que tenga contra su propio acreedor y contra el accionante. En ese punto, existe una notable diferencia con el sistema general de la acción directa donde no se le permite al asegurador oponer ninguna defensa, o sólo se admiten algunas.

La diferencia, insistimos, está dada en relación a la funcionalidad del contrato de seguro y como ya expresáramos reiteradamente, en particular en el de responsabilidad civil.

El legislador pretende dar cierta protección al acreedor de ciertas obligaciones como las enumeradas en el punto 1 del presente capítulo, pero es mayor su voluntad tuitiva al tratarse de las víctimas de ciertos daños y perjuicios. De allí deviene la facilitación del acceso al cobro del crédito limitando al deudor las defensas que puede oponer, como es el caso del asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

En cuanto a la citación en garantía, podemos advertir que el requisito del artículo 737, inciso e del referido cuerpo normativo permitiría sostener la existencia un paralelismo entre ambas figuras. Esta cercanía estaría dada por la necesidad de citar al juicio donde se acciona directamente también al deudor originario.

Ello daría mayor fundamento a quienes afirman que el instituto previsto en el artículo 118 de la ley 17.418 es una acción directa. Esto último, ya que como definición, la citación del deudor originario –el asegurado- es propia de la acción directa tal como la establece el Código vigente. Por lo tanto, según esta visión, la falta de autonomía de ejercicio es propia de esa figura.

Sin embargo, debemos reiterar lo expresado respecto de las diferencias entre la acción directa del Código Civil y Comercial y la del seguro.

Así, la oponibilidad de todas las defensas en el Código y de sólo algunas en la ley 17.418 es una primera diferencia sustancial. Debemos agregar que, como consecuencia lógica de la inoponibilidad de defensas establecida en la ley de contrato de seguro, se genera el derecho de repetición del asegurador contra el asegurado por aquello que hubiese pagado cuando contractual o legalmente no le correspondía. Esta facultad no está prevista para las acciones directas conforme fueron establecidas por el Código Civil y Comercial.

Pero más allá de la consideración sobre la naturaleza jurídica de la citación en garantía, esto es, si se trata o no de una acción directa, es indudable que dicha figura ha tenido primordialmente en cuenta el objeto del seguro de responsabilidad civil.

La función económica y social del seguro de responsabilidad civil justifica plenamente un tratamiento diferente que no puede ceñirse a una regulación genérica.

Ahora bien, si por vía interpretativa o legislativa se admite la acción directa en nuestro régimen qué consecuencias generaría la actual regulación del Código Civil y Comercial?.

Entendemos que la cuestión de resolverse desde el análisis de la ley aplicable.

## X.6. Principio de primacía de la ley especial

Kamelmajer de Carlucci (2015) respecto del sistema seguido por el Código Civil y Comercial sostiene que “cualquiera sea la opción (separar, incluir, total o parcialmente), se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior” (p. 6). La misma autora explica que la interpretación se produce dialógicamente, lo que no siempre resulta fácil porque existe un verdadero desbordamiento de fuentes. Pérez Luño (2011) sostiene que se necesita una nueva tipología y clasificación que abarque todos los conceptos jurídicos y, agregaremos, los métodos de interpretación del derecho.

La denominada constitucionalización del derecho privado impone entender a las normas del Código Civil y Comercial desde tal perspectiva. “La misión de los operadores del derecho –abogados y jueces especialmente- no se limita a subsumir los hechos en las normas; hay que ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores, que pueden entrar en conflicto” (Kamelmajer de Carlucci, 2015, p. 8).

Siguiendo a De Petris (2015) podemos sostener respecto del sistema de fuentes previsto en el nuevo Código –artículo 1- que se ratifica a la ley como principal fuente del Derecho. En ese orden de ideas, la primera directiva para el juez, entonces, es la determinación de la ley aplicable al caso.

La prioridad de la ley como fuente del derecho sigue la tradición del derecho argentino, con sus antecedentes en derecho europeo continental de bases

romanistas. La misma, de todos modos, debe ser armonizada con el principio de constitucionalización antes mencionado e interpretada en ese sentido.

A su vez el artículo 1 del Código se refiere a las leyes que resulten aplicables. Lo que supone que debemos entender la regla específica del Código no es la única fuente –fuera de la constituciones y los tratados- donde el operador del derecho podrá encontrar respuestas, sino que existen otras leyes o microsistemas de igual o distinta jerarquía que también -o incluso, exclusivamente- podrán aportar las propias para afrontar un mismo problema.

Se asumen así los efectos irreversibles del proceso de descodificación y, por tanto, la imposibilidad de volver a plantearse los cometidos de unidad e integridad, asumidos por los codificadores del siglo XIX. El Código ya no es -ni puede ser- un cuerpo único e integral de las reglas que rigen una determinada materia, sino, más bien, un denominador común del sistema de derecho privado, integrado, también, por subsistemas de leyes especiales como las de consumo, derechos del paciente, sociedades comerciales, seguros, concursos y quiebras, etcétera, y comunicado a su vez con el bloque de constitucionalidad que atraviesa todas y cada una de sus instituciones (De Petris, 2015, párrafo 34).

Esto significa asumir la denominada era del desorden -en términos de Lorenzetti (2014)- que puede reconocerse por la proliferación normativa, muchas veces inconexa, que naturalmente ha traído consigo una merma de la certeza y una creciente imprevisibilidad en las relaciones y situaciones jurídicas, con una -antes impensada- pluralidad de fuentes. Es entonces claro que la ley insertada en el Código ya no es el único criterio de objetividad y no existe ya como antes una estructura jerárquica rígida.

Podemos advertir que se acude a la técnica llamada del diálogo de fuentes. Jayme (1995) enseñaba que, en la etapa del pluralismo posmoderno de un derecho con fuentes legislativas múltiples, resurge la necesidad de coordinación entre las leyes de un mismo ordenamiento como exigencia para un sistema jurídico eficiente y justo.

Es por ello que el análisis factico y jurídico debe efectuarse teniendo una visión amplia, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un

resultado o respuesta que sirva al sistema más allá de la regla particular o general que se intente aplicar.

La jerarquía de normas no ha perdido su utilidad pero debe conjugarse frente al conflicto de normas siendo que es la armonización de las diversas fuentes respecto de cierta materia la que debe regir. Se trata de una tarea difícil ya que la autoridad normativa ya no es el único modo de solucionar las antinomias y puede generar cierto grado de incertidumbre jurídica si no existe una actuación pacífica y ordenada de los jueces.

La directiva hacia el juez y, por ende, a todos los operadores jurídicos, es la de buscar respuestas en las leyes pero confrontadas con el bloque de constitucionalidad.

El mismo artículo 1 del Código Civil y Comercial sostiene que para la aplicación de las normas “se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”.

Debemos agregar que la finalidad de la norma se conjuga con la del negocio o actividad que regula. La interrelación entre el objeto de la regulación jurídica y la intención de los particulares que la ejecutan o interactúan en razón de ella, también es un parámetro para la aplicación de las normas jurídicas.

Podemos encontrar en los fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial que existe la referencia a la función social del contrato, citándose al artículo 241 del Código Civil de Brasil. Explicita luego que tal concepción se encuentra relacionada con la función económica del contrato de la doctrina italiana por la cual el mismo debe satisfacer una finalidad económica y social en virtud de su trascendencia o su utilidad social y que se determina en cuanto existe un interés público. También destaca que puede entenderse como la función tuitiva de los contratantes, en especial del más débil. Ello no significa considerar que los intereses de carácter puramente particular de los contratantes deban carecer de tutela legal, sino que “será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada para el negocio del caso” (Zannoni, Mariani de Vidal, Shina y Ramos, 2015, p. 284).

Los autores del proyecto referido plantean en sus fundamentos la existencia de dos opciones:

a) la de admitir la función social del contrato;

b) o no establecerla en una norma sino tenerla contemplada en diversas normas específicas como el abuso del derecho, lesión, buena fe entre otras. El Código finalmente se ha inclinado por la segunda opción conforme se adelanta y justifica en sus considerandos (Zannoni, Mariani de Vidal, Shina y Ramos, 2015).

Todo lo cual nos permite afirmar que la función social del contrato se encuentra incorporada como principio general de nuestro derecho privado por vía de distintas instituciones que lo plasman efectivamente, ello, sobre todo, en el derecho de consumo.

La prelación normativa en materia contractual fue establecida por el artículo 963 del Código Civil y Comercial. En el mismo se fija el siguiente orden:

- a) Normas indisponibles de la ley especial y del Código.
- b) Normas particulares del contrato.
- c) Normas supletorias de la ley especial.
- d) Normas supletorias del mismo Código.

Puede entenderse entonces, que las normas propias de la ley especial se encuentran por encima de las del Código siempre que se trate de las incluidas en la misma categoría –indisponibles o supletorias–.

Guastini (1998) expresa que se presenta una antinomia normativa —o un conflicto de normas, si se quiere— cada vez que dos normas diversas conectan a un mismo supuesto de hecho singular y concreto dos consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. En otras palabras, existe antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema.

El principio de especialidad normativa, nos explica Bobbio (1960), se refiere a la materia regulada, al contenido de la norma e implica el paso entre una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género.

La especialidad conforma, junto con el principio de jerarquía *-lex superior derogat legi inferiori-* y el principio de temporalidad o cronología de las normas *-lex*

*posterior derogat legi priori*-, el criterio tradicional para la solución de las antinomias.

Respecto del principio de jerarquía podemos decir que consiste en la aplicación de la norma superior por su origen constitucional, convencional o de orden público frente a aquellas normas que carecen de tales condiciones como por ejemplo las normas supletorias que no afecten a aquellas.

Finalmente existe un principio general que afirma que la ley mantiene su vigencia hasta ser derogada por otra. La derogación puede ser expresa o tácita. En el primer caso, la nueva ley dispone expresamente la derogación de la anterior; en el segundo la nueva ley resulta contradictoria o incompatible con la anterior. Esta colisión se resuelve naturalmente por la prevalencia de la ley posterior; este principio se expresa diciendo que toda ley posterior deroga la anterior en lo que se le opone (Villar Palasí, 2000).

De todas formas, la derogación no suele alcanzar más que a lo dispuesto en la ley derogada que sea incompatible con lo previsto en la nueva ley. En este supuesto, se habla de derogación tácita. Esta también puede ser parcial o total según afecte a parte o toda la norma o conjunto de ellas.

Las normas del Código Civil y Comercial sobre acción directa son claramente generales, mientras que la de la normativa del seguro es especial. Pero además, se trata de normas de igual jerarquía por lo que tampoco podrá primar la normativa del citado Código, toda vez que no existe diferencia en ese punto con las del seguro. Pero más aún, si nos detenemos en la reconocida función social del seguro, podríamos afirmar que ese interés tuitivo debería imponerse sobre la norma que regulando genéricamente la acción directa no contiene tal característica.

Respecto de la aplicación del principio de temporalidad, debemos verlo desde las dos posturas más generalmente aceptadas en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Si entendemos que lo establecido en el artículo 118 de la ley 17.418 es una acción directa no autónoma, podría afirmarse que el nuevo régimen impuesto por

la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial es posterior a aquel y podría derogarse.

Por el contrario, si sostenemos que el instituto de la citación en garantía no configura un supuesto de acción directa, resultaría que no existe posible derogación por no haber incompatibilidad alguna de normas.

De todos modos, creemos que, aún compartiendo el primer supuesto, no es factible concluir que se aplique la norma posterior. Ello, amén de que prima ciertamente el principio de especialidad, porque también prevalece la naturaleza propia del contrato de seguro, su objeto, su función económica y social y la diversidad con las otras acciones directas expresamente reguladas en el Código conforme lo expresado en este capítulo.

El despliegue del principio de especialidad se ha explicado de dos modos diferentes: como una cuestión de preferente aplicabilidad de una norma sobre otra o como un problema de vigencia de las mismas, es decir, de derogación de una norma por otra.

Se considera que la norma especial prevalece sobre la general, porque la norma específica es más apta para regular lo específico. Además, debe destacarse que tal regla es la que mejor responde a la voluntad del legislador, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, y un mismo supuesto de la vida real cae hipotéticamente entre ambas, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la ley especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación.

Resalta Villar Palasí (2000) que la regla de la especialidad presupone y no elimina la simultánea vigencia de la norma general y de la norma especial. La ley especial se aplicará con preferencia a la general cuando el supuesto de hecho se ajusta más al caso concreto, pues de otra forma quedaría ineficaz, ya que nunca sería aplicable y no puede suponerse que el legislador quiso una ley sin efectos - *lex sine effectu*-. Y, por el contrario, la ley general se aplicará a todos los supuestos no encuadrables en la especial y será, por tanto, también eficaz en su ámbito.

## X.7. Conclusión.

Así como en el pasado se priorizó la solidificación del principio del derecho de defensa en juicio, hoy la eficacia del proceso se ha constituido en uno de los temas liminares del derecho, prueba de ello es su incorporación en el ordenamiento jurídico con raigambre constitucional, tal el caso de la Carta Magna bonaerense que obliga al Estado provincial a asegurar la tutela judicial continua y efectiva -artículo 15 -.

Couture (2004) ha señalado con lucidez que "el tiempo en el proceso es más que oro, es justicia" (p. 35); afirmación que es fácil de corroborar cuando la sentencia, por tardía, deviene desvalidas para las partes. El transcurso del tiempo desalienta las expectativas de justicia de los litigantes y el proceso pierde su principal objetivo.

Entonces, ese entendimiento ha motivado a instituir la acción directa, dotándola de mayores alcances cuanto mayor es el interés de la comunidad política de proteger a quienes se la concede.

Si bien puede ser un acierto de método eliminar un vacío legal regulando en forma general la acción directa, entendemos que su conceptualización puede llevar a confusión a los que aplican el derecho.

La oponibilidad de las defensas en forma ilimitada y la obligación de citar al juicio al deudor son dos características que generan ciertas dificultades que el devenir jurisprudencial deberá enfrentar.

Respecto de la primera de las cuestiones sostenemos que la claridad del artículo 118 de la ley 17.418 aborta cualquier pretensión de aplicar el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial.

Con relación a la citación al juicio del deudor originario, si bien es compatible con el sistema de la citación en garantía del régimen del seguro, es para nosotros un requisito innecesario ya que debía ser la voluntad de los litigantes la que debe decidir sobre el particular y no una imposición legal, que, como dijéramos, es otro motivo para la demora procesal.

En cuanto a la aplicación o derogación de las normas de la ley de contrato de seguro frente a la regulación de la acción directa, debemos sostener que, aún en

el supuesto que adhiramos a la teoría que sostiene que ésta se encuentra incluida en el concepto de la citación en garantía por el tercero damnificado, debe primar el criterio de la aplicación de la ley especial.

Por ello entendemos que no se ha producido derogación de las normas del seguro. Ello, sea por inexistencia de contraposición de normas o por imperio del principio de especialidad normativa.

Como consecuencia de la visión piramidal del sistema jurídico de Kelsen (2005), en la cual la Constitución es la fuente de toda la estructura normativa, surgió la visión jerárquica del derecho. Esto es, que toda norma jurídica se encuentra inmersa en una relación jerárquica en donde cada regla guarda un orden de prelación, tanto de forma ascendente como descendente. Bajo este parámetro, la Constitución encabeza la jerarquía normativa del sistema jurídico, siguiéndole en orden aquellas normas jurídicas que, según el valor que se les haya otorgado, poseen un rango gradualmente menor.

Si bien a partir de Kelsen (2005) el positivismo adquirió la idea de que los sistemas jurídicos se componen de modo estructural, el concepto de jerarquía normativa *per se* puede llevar a confusiones, por ser una idea, como lo afirma Guastini (1999), no unívoca.

En todos los sistemas jurídicos existen múltiples formas de vinculación entre las normas, sin que haya una forma definida y única de jerarquía. El referido Guastini (1999) habla de cuatro tipos de jerarquías: estructurales o formales, materiales, lógicas y axiológicas.

Son los factores de índole axiológica y material, contenidos en la Constitución, como consecuencia de un ejercicio soberano legitimador que construyó una estructura normativa solvente y superior, los que hacen existir y permanecer al orden constitucional como factor supremo (Tena Ramírez, 2004).

La Constitución no es suprema por su carácter de norma fundante, sino que lo es en la medida que contiene elementos axiológicos que inciden en la vigencia y protección de los derechos humanos, armonizados con los criterios internacionales en dicha materia.

Es en ese orden de ideas, teniendo en cuenta la especial importancia que para la sociedad tiene la protección de las víctimas de daños injustos y que ellos son parte del principio general inmerso en la Constitución Nacional y las normas convencionales internacionales, es que entendemos que al momento de interpretar o aplicar las distintas leyes es necesario estar a favor de aquella que protege en mejor medida a los damnificados.

Ello supone decir que no se trata sólo del reconocimiento de la obligación de indemnizar que tiene el responsable civil por imperio de la ley sino también el de las herramientas para que ese derecho se efectivice.

La acción directa o, al menos para el supuesto que no se le reconozca el carácter de tal, la citación en garantía resultan un instituto superador del régimen instaurado por los artículos 736 a 738 del Código Civil y Comercial. Tal afirmación la hacemos, no sólo en función de la primacía de la ley especial, sino en consideración a su tendencia a tutelar no sólo al asegurado –deudor originario en los términos del Código- sino también al tercero eventual titular de esa acción.

Debemos insistir, no se trata solamente de una cuestión de especificidad, que por supuesto existe, sino de la aceptación de la diferente naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil respecto de otros a los que se le reconoce la acción directa en la ley general. Más todavía, podemos sostener que hay incluso una importante diferencia sustancial entre éstos seguros y los demás seguros patrimoniales, toda vez que ellos no cumplen un papel tan determinante en la garantía de protección social.

Por ello afirmamos que debe darse un tratamiento diferenciado como lo hacen muchos ordenamientos jurídicos en el resto del mundo.

## Capítulo XI Marco metodológico.

Hemos abordado la presente desde un diseño de investigación que es no experimental y transversal y su alcance es descriptivo.

Es importante recordar junto con Tamayo y Tamayo (2005), que el diseño de investigación es la estructura a seguir en una investigación ejerciendo el control de la misma con el objeto de hallar resultados confiables y como es su relación con los interrogantes que surgen de la hipótesis. El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea.

Es por tanto el plan global de la investigación, que integra de manera coherente objetivos, técnicas a emplear y análisis a realizar. Su objeto es proporcionar un modelo de verificación que permita contrastar hechos con teorías, y su forma es la de una estrategia general que establece los pasos necesarios para hacerlo.

Debemos destacar que cuando se clasifican las investigaciones tomando como criterio el papel que ejerce el investigador sobre los factores o características que son objeto de estudio, la investigación puede ser clasificada como experimental o no-experimental. Cuando es experimental, el investigador no solo identifica las características que se estudian sino que las controla, las altera o manipula con el fin de observar los resultados al tiempo que procura evitar que otros factores intervengan en la observación. Cuando el investigador se limita a observar los acontecimientos sin intervenir en los mismos entonces se desarrolla una investigación no experimental.

Es por ello que nuestro diseño ha sido no experimental ya que se ha limitado a observar la evolución de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil considerada al momento en que se pone en vigencia el nuevo régimen legal privado introducido por el Código Civil y Comercial.

La investigación según el período de tiempo en que se desarrolla puede ser de tipo horizontal o longitudinal cuando se extiende a través del tiempo dando seguimiento a un fenómeno o puede ser vertical o transversal cuando apunta a un momento y tiempo definido.

Decimos que esta tesis es transversal en razón que nos hemos abocado a la situación de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil al momento de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las investigaciones que poseen alcance descriptivo como la presente son las que buscan caracterizar y especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. Registran, miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes de los fenómenos a investigar. Los estudios descriptivos buscan desarrollar una imagen o fiel representación -descripción- del fenómeno estudiado a partir de sus características. Describir en este caso es sinónimo de medir. Miden variables o conceptos con el fin de especificar las propiedades importantes de comunidades, personas, grupos o fenómeno bajo análisis. El énfasis está en el estudio independiente de cada característica, es posible que de alguna manera se integren la mediciones de dos o más características con en fin de determinar cómo es o cómo se manifiesta el fenómeno. Pero en ningún momento se pretende establecer la forma de relación entre estas características. En algunos casos los resultados pueden ser usados para predecir. En suma, registran, miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes de los fenómenos a investigar

La unidad de análisis que hemos considerado es la acción del tercero damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, siendo la variable considerada la idoneidad de la acción directa para cumplir con la función del seguro de responsabilidad civil. Ella evaluada desde la vigencia del Código Civil y Comercial.

Ello nos llevó a la elaboración de la pregunta: **¿Qué condiciones requiere la acción directa en la regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil para el cumplimiento de su función a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación?**

La hipótesis consecuente que motiva el desarrollo de este trabajo es, por lo tanto, si la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador en la regulación jurídica del seguro de responsabilidad civil requiere cumplir con las

condiciones de inmediatez y autonomía de ejercicio para hacer efectiva su función bifronte, indemnizar al perjudicado y mantener indemne al asegurado.

Podemos decir que la hipótesis constituye soluciones probables a problemas relacionados con la realidad. “Son enunciados teóricos supuestos, no verificados pero probables, referentes a variables o relaciones entre variables” (Sierra Bravo, 1987, pp. 49 y 69).

“Las hipótesis representan predicciones o respuestas probables a los interrogantes que el investigador formula, ante un conocimiento previo, para su contrastación empírica” (Cea D’Ancona, 1996, p. 70).

Nos señala Briones (1996), no cualquier suposición o conjetura es una hipótesis, sino aquella que se plantea en el marco de una problemática teórica o conjunto de conocimientos ya acumulados sobre el objeto de investigación, lo que constituye la fundamentación de las hipótesis.

Como criterio de selección de casos además de analizar la doctrina, jurisprudencia y legislación argentina antecedente y vigente, elegimos analizar en el derecho comparado a los siguientes países: Alemania, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Inglaterra, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, porque representan los distintos sistemas instaurados en América y en Europa con relación a la acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil.

En tal sentido, nos dice Stake (1999) que los casos que son de interés lo constituyen en su mayoría personas y nos interesan por lo que tienen de único y lo que tienen de común. Pretendemos comprenderlos. Salimos a escena interesados por aprender cómo funcionan en sus entornos habituales, y con la voluntad de dejar de lado muchas presunciones mientras aprendemos. El caso es uno entre muchos, pero nos concentramos en ese uno. Podemos pasar un día o un año analizando el caso, pero mientras estamos concentrados en él estamos realizando estudio de casos.

Para la tesis empleamos el abordaje cualitativo. Las técnicas cualitativas fueron la observación indirecta y su análisis comparativo.

El paradigma del abordaje cualitativo es interpretativo, ello en procura de comprender e interpretar la realidad social en sus diversas formas y aspectos. Por ello no se trata de técnicas de análisis de variables, sino por casos.

A los efectos de la elaboración del marco teórico hemos comenzado por evaluar el estado del arte. En tal sentido es importante recordar que en el marco teórico el investigador desarrolla los principales conceptos que definen el objeto de investigación. Para llegar a los conceptos adecuados, así como a la mejor forma de formular el problema, el investigador recurre a los principales antecedentes en la temática. Indaga, mediante revisión bibliográfica, en informes de investigaciones ya existentes y, frecuentemente, da cuenta de ellas en su marco teórico. Así, podemos seguir a Hernández Sampieri (2003) quien sostiene que la revisión de literatura o revisión bibliográfica consiste en detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que sean útiles para los fines de la investigación. De ella se tiene que extraer y recopilar la información relevante y necesaria que atañe a nuestro problema de investigación. La revisión debe ser selectiva priorizando lo más importante, reciente, y los contenidos más importantes para nuestro problema de investigación.

El método empleado nos ha servido para poner a prueba la hipótesis y el objetivo general, siendo éste Determinar qué condiciones requiere la acción directa en la regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil para cumplir con su función a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Podemos afirmar que las decisiones sobre qué teorías son adecuadas y cuáles se dejan de lado, incluso aquellas que se ponen en tela de juicio, constituyen un paso muy importante en el proceso de ruptura -ya no con el conocimiento cotidiano, sino con otras propuestas científicas y en la construcción del objeto de investigación.

Hemos cumplido además lo objetivos específicos de la tesis cuales son  
1.- Analizar la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con especial énfasis en Alemania, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, España,

Estados Unidos de América, Francia, Italia, Inglaterra, México, Paraguay, Perú y Venezuela respecto de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil.

2.- Identificar los distintos sistemas del cumplimiento de la obligación principal del asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

3.- Determinar el modo para cumplir con el pago de la indemnización al tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil conforme su función.

A los fines de identificar los objetivos en forma primaria hemos considerado la estructura global de la tesis. Según Sautu (2005, p. 36), los objetivos constituyen “una construcción del investigador para abordar un tema o problema de la realidad a partir del marco teórico seleccionado”.

Debemos decir que se existen tres cuestiones teóricas centrales a resolver para la formulación de los objetivos de la investigación:

1.- El enfoque macro o micro de la realidad social y la relación entre ambos.

2.- La construcción del objetivo focalizado en el estudio de la estructura social o la acción social

3.- La cuestión del rol que se le asigna al orden social y a la agencia.

A su vez, hemos efectuado una lectura de bibliografía teórica sobre los distintos aspectos que se vinculan con el objeto de la tesis a fin de delimitar y definir conceptos que se muestran adecuados para el enfoque con el que se quiere responder a las preguntas de interés.

Las distintas teorías existentes sobre el punto nos han servido para relacionar conceptos a fin de establecer marcos explicativos de la realidad. Por tanto, estas lecturas han aportado un apoyo teórico para construir el problema de investigación y luego su respuesta.

La diversidad de autores cuya bibliografía fuera consultada nos permite sostener que realizamos un amplio desarrollo del campo teórico existente.

La descripción de las tensiones propias de la problemática del seguro y, en particular del de responsabilidad civil, nos han llevado a sentar bases para futuras investigaciones siendo el método adoptado el que ha permitido su concreción.

Afirmamos junto a khun (1982) que el conocimiento científico es fruto del conflicto de teorías y paradigmas. En tal sentido, un paradigma sustituye a otro

cuando aparece una nueva forma de entender los problemas no resueltos por el paradigma anterior y un nuevo método para resolverlos.

No tenemos dudas de que el mismo proceso se produce en el Derecho. Cuando se logra una confluencia de principios considerando las ideas y los problemas que debe abordar el derecho, se puede decir que se consolidó un paradigma jurídico.

Normalmente observamos que los paradigmas colisionan entre sí y uno de ellos resulta dominante. Para que luego, diferentes ajustes y cambios lo perfeccionen.

Para Corbetta (2003), existen tres paradigmas que han predominado en las Ciencias Sociales: el Positivismo, el Neopositivismo/Pospositivismo -que se distinguen entre sí en algunos aspectos- y el Interpretativismo -que involucra un conjunto muy diverso de propuestas paradigmáticas-. Estos paradigmas se diferencian sustancialmente respecto a tres niveles de supuestos básicos de la construcción de conocimiento científico: los ontológicos -qué y cómo es la realidad que se estudia-; los epistemológicos -qué conocimiento científico se puede construir y cuál es la relación del científico con el objeto que estudia- y los metodológicos -cómo se construye ese conocimiento-.

Ahora bien, cuando las respuestas para los problemas surgidos no aparecen dentro del paradigma vigente, surgirán paradigmas alternativos que desafiarán a aquellos hasta entonces dominantes. Para algunos este ciclo se trata de un conflicto de ideologías; para otros es un choque de discursos así como otros finalmente lo consideran disputas de poder entre los actores de un mismo escenario (Laclau, 1990).

Hemos intentado describir también ese proceso evolutivo con relación al tema que motivó nuestra tesis. La tensión entre las distintas posturas que pretenden sostener principios axiológicos distintos han sido abarcadas de diverso modo en el desarrollo de la tesis. En tal sentido se dirigió el objetivo general marcando de tal manera el sentido del metodológico.

## Capítulo XII Conclusiones y propuesta.

XII.I. Recorrimos los distintos caracteres de la acción directa y, en particular, de la víctima contra el asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

Podemos decir que la naturaleza de la referida acción directa se encuentra discutida. Mientras para ciertos autores es una especie acción subrogatoria, para otros es el instrumento que refuerza la garantía propia de un privilegio que le fuera concedido al crédito de un tercero. Finalmente, en el ámbito del seguro algunos autores la reconocen como natural efecto del reconocimiento de derecho propio del tercero. Esta última posición se funda de dos maneras distintas pero análogas. La primera es que el seguro de responsabilidad civil se trata en rigor de una estipulación o un contrato a favor del tercero, y la segunda, que se trata de un reconocimiento impuesto legalmente.

Debemos afirmar que se trata de dos posiciones que parten de puntos de análisis diferentes. Reconocer a la acción directa como un derecho adjetivo supone que no existe un derecho propio del accionante. Mientras que, si existe un reconocimiento legal o contractual sustantivo supone la admisión de la existencia de tal derecho.

En consecuencia, surge la cuestión de la autonomía de la acción directa, o mejor dicho, de su falta. En efecto, cuando algunos autores como los ya analizados en el marco teórico, sostienen que la acción directa carece de autonomía en nuestro derecho puede entenderse que se refieren a la simple autonomía procesal, esto es, la necesidad de demandar al asegurado para poder ejercerla. Pero, a su vez, puede interpretarse que el derecho del tercero carece de autonomía ya que se encuentra ligado a la suerte del contrato de seguros.

Afirmamos que tanto la institución de privilegios y el reconocimiento de la acción directa tienen un claro fundamento común: la protección del crédito. Ella procede de un interés general que se corresponde con el que viene creciendo en todos los contratos y es indudable que existe en el seguro de responsabilidad civil

Por ese mismo camino arribamos a la conclusión que la acción directa obedece a un fin práctico, el de facilitar el acceso al crédito en general y, en el caso especial del seguro, a la indemnización al tercero damnificado.

Entonces, aparece protegido el tercero acreedor del acreedor con un instrumento que procura evitar que se vea imposibilitado de percibir su prestación. Se trata de uno más efectivo que la acción subrogatoria y que la concesión de privilegio. Todo ello se conjuga en lo que se denomina interés general. Por lo que el fundamento práctico adquiere otra dimensión, la social. Esta se concreta en el resarcimiento real de la víctima y el mantenimiento de la indemnidad del asegurado. Eso no implica dejar de lado la sustentabilidad del sistema que resulta fundamental para custodiar a la mutualidad de asegurados frente a una posible insolvencia del asegurador. Recordemos que el último es quien administra los riesgos de todos aquellos.

Debemos afirmar que la acción directa puede gozar o no de autonomía de ejercicio, vista esta como la obligatoriedad de accionar contra el asegurado para poder hacerlo contra el asegurador, pero que respecto de la que, hemos llamado, autonomía de origen o sustancial ésta nace siempre de la ley en forma directa o indirecta. Expresado de otro modo, la existencia de una doble vinculación supone que legalmente exista una interrelación propia de la funcionalidad del sistema. Ahora, no podemos dejar de considerar que en todos los casos la vinculación de la acción directa con la causa que le da origen es siempre la existencia de una fuente obligacional previa, que la condiciona y es requisito para su operatividad.

Ello significa que el otorgamiento de una acción, se funda en una relación previa, ajena al accionante y al accionado, pero que es requisito ineludible para que pueda ser ejercida.

En el supuesto del contrato de seguro de responsabilidad civil existe una especie de triangulación de vinculaciones –asegurado y asegurador, asegurado y tercero damnificado y éste con el asegurador-. Sobre esa base la ley concede una acción al tercero contra el asegurador pero con fundamento en el contrato y la obligación indemnizatoria nacida de él. Por ello, podemos afirmar que no existe autonomía sustancial en ese sentido. Eso quiere decir que no es posible sostener

que la posibilidad de accionar sea autónoma del contrato o relación jurídica previa o concomitante existente entre el deudor y su propio deudor. En el caso del contrato de seguro, no hay autonomía entre la acción del tercero y la obligación de mantener indemne del asegurador respecto del asegurado.

Sin embargo, no podemos sostener que esa falta de autonomía sustancial implique que no pueda existir autonomía de ejercicio o procesal. Por el contrario, es el sentido natural de la acción directa en el seguro facilitar el acceso al crédito y, por lo tanto, condicionarlo con el requisito de citar al asegurado en forma obligatoria no es conducente a ese fin.

Frente a la definición de acción directa en general es posible cuestionarse si esa la posibilidad que posee una persona por imperio legal contra el deudor de su deudor sin presentar vínculo contractual, es idéntica a la que se da en el seguro de responsabilidad civil.

Es indudable que nos encontramos frente a una herramienta para garantizar efectivamente un crédito en todos los supuestos de acción directa. En el caso del seguro, es el nacido del perjuicio sufrido, en prelación a otros acreedores del asegurado. Sin embargo, en el seguro de responsabilidad civil se trata de dos créditos que confluyen en la misma prestación desde su origen. En otras palabras, la garantía de indemnidad que el asegurador compromete frente a su asegurado no se cumple naturalmente pagándole a éste, sino, por el contrario, abonándole al tercero. Por lo que no se trata de una opción más del acreedor sino la consecuencia lógica de la relación contractual previa que prevé expresamente al tercero.

Es por tal motivo que fuera de la naturaleza jurídica que tenga la acción directa del tercero contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, su existencia obedece a la lógica consecuencia de cumplir más acabadamente con el objeto contractual.

Ello nos lleva a rescatar la función bifronte del contrato la que puede expresarse de la siguiente manera. El contrato tiene por finalidad proteger el patrimonio al asegurado por lo que éste deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato. Es el llamado objeto de indemnidad que se

cumple de mejor modo –evitando la afectación de esa integridad aunque sea transitoriamente- facilitando el acceso a la indemnización por parte del tercero de parte del asegurador. En consecuencia, el asegurador cumple su obligación frente al asegurado indemnizando adecuada y diligentemente al damnificado. Lo que significa que el contrato también cumple un papel indemnizatorio frente al tercero.

A su vez, la acción directa resulta claramente una herramienta más adecuada que otros instrumentos más genéricos como las acciones subrogatoria u oblicua y revocatoria. Se logra, en definitiva una mayor concentración de actividad jurisdiccional con la correlativa disminución de costos.

Podemos advertir que se ha ido abandonando la posición rígida que sostenía la preeminencia de la función tuitiva del asegurado por encima de la del damnificado. Una de las consecuencias más apreciables de ese cambio en la visión de la función del seguro de responsabilidad civil es la aparición de los seguros obligatorios, en especial los que tienen por objeto el uso de automotores. Estos hoy ya se encuentran en nuevo cambio y tienden a consagrar seguros personales, sin culpa, obligación legal autónoma, o la combinación de alguno de ellos para lograr un resarcimiento más directo e inmediato.

XII.II. En cuanto a la citación en garantía podemos advertir que el sistema impuesto por la ley fue desarrollándose jurisprudencialmente hacia la idea de considerar al asegurador como parte en el proceso y no como un mero tercero interviniente. Este criterio se adapta con mayor facilidad a la función de la citación en garantía.

Ello es consecuencia lógica de la tarea que le cabe al asegurador ya que a la vez defiende su propio interés y el concurrente con el asegurado. Se trata de la secuencia potencial de los conflictos que se entrelazan.

Podemos advertir la compleja trama intersubjetiva que se produce en el seguro de responsabilidad civil, donde, se desdibuja el principio general de que las convenciones hechas en los contratos solo afectan a las partes.

La facultad defensiva del asegurador frente al reclamo del asegurado nos permite entender que existe una cierta autonomía o, al menos, relación directa con

el tercero que se funda en su relación con el asegurado, pero va más allá de él. Podemos sostener que esa relación asegurador-tercero tiene dos vías claramente entrelazadas que se comportan en forma directa. Ello es, a nuestro entender, el fundamento más sustancial de la acción directa. En efecto, el interés propio directo de defender al asegurado –que decimos es concurrente con el suyo-.

Pero además, analizando la autonomía sustancial y procesal podemos seguir el mismo razonamiento. El interés del asegurador es cumplir con su obligación en dos medidas, la primera es la existencia de una efectiva responsabilidad de su asegurado, la segunda los términos del contrato de seguro. Lo que nos permite concluir con Cima (2013) que la pretensión de la aseguradora se ejerce de manera independiente y en miras a su propio interés, erigiéndose como autónoma. Por lo que en sentido inverso nos lleva a afirmar que si existe autonomía de defensa del asegurador, también debe existir respecto de la acción de la víctima. Ello por aplicación del principio de igualdad jurídica adjetiva, pero también sustantiva.

Luego de la prolongada vigencia de la figura de la citación en garantía todavía subsiste la discusión sobre su naturaleza, frente a lo cual se ha planteado la necesidad de zanjarla imponiendo expresamente el reconocimiento de la acción directa en nuestro sistema (Pérez Ríos, 1997). La principal justificación es que por dicho medio se cumpliría la función social de este tipo de seguros.

XI.III. Atendiendo a la doble función del seguro de responsabilidad civil, podemos detenernos en el objeto de indemnizar al tercero. Ello nos lleva a considerar el alcance de la indemnización debida por el asegurador.

La extensión de la indemnización que debe abonar el asegurador en cumplimiento de su obligación requiere una unidad de criterios de la valuación de los daños y el establecimiento de normas que den certeza sobre su delimitación. La falta de tales condiciones genera una incertidumbre que impacta fuertemente sobre la seguridad jurídica y económica, individual y colectiva. Se trata en definitiva de armonizar sistema asegurativo previsible y sustentable, con el derecho a un resarcimiento pleno -artículo 1740 del Código Civil y Comercial-.

Entendemos que resulta imperioso dar precisión a los términos ya que sus alcances jurídicos son de esencial importancia cuando se intenta delimitar las instituciones. Ello es menester para cumplir el objetivo de las mismas.

Por tal motivo, resulta relevante dar determinación a la compleja interrelación de la que venimos hablando entre asegurado, asegurador y damnificado para que se cumpla la finalidad del seguro que analizamos.

Pero, a su vez, no podemos soslayar que, si bien la citación en garantía ha servido como un sistema de facilitación del acceso de la víctima a la indemnización, se debe avanzar hacia uno que mejore ese proceso. Ello con el ese fin pero, también, para disminuir todos los costos sociales y económicos que se generan en consecuencia de su cumplimiento.

Como principio general entendemos superada la idea de que es suficiente con atraer al asegurador al proceso donde se ventila la responsabilidad civil del asegurado frente al damnificado para que responda junto a él. Se trata de algo más profundo, de la necesidad de concretar la función social del seguro en todos los actores del sistema.

XI.IV. Lo hasta ahora apuntado fue indudablemente considerado por el proyecto de ley que realizara Halperín (1959). Por tal motivo, y por el preclaro antecedente que significó el aún estudiado proyecto creemos que reviste importancia revisar sus fundamentos.

Por empezar, el mencionado autor advirtió el problema social que significa la falta de recomposición de las víctimas, en especial de los hechos antijurídicos. Ella emana del interés más general de protección de la persona humana, sobre todo de las de menores recursos que es sobre las que más impactan esos daños.

La potencialidad de conflictos sociales, la falta de real reinserción y las penurias económicas que pueden sobrevenir de un siniestro de estas características fueron la justificación que sostuvo el proyecto para proponer una acción directa que facilite el acceso al resarcimiento a los damnificados (Halperin 2003).

Los mayores daños que provoca la falta de una indemnización sólo pueden evitarse lográndose facilitando su acceso. Es, en definitiva, la función preventiva del derecho que encuentra en la acción directa una herramienta para disminuir consecuencias negativas de un siniestro. En igual sentido, el proyecto incluyó la inoponibilidad de las defensas nacidas del contrato al tercero damnificado.

Pero el mencionado proyecto avanzó más aun y reguló un seguro obligatorio de automotor estableciendo su cobertura y condiciones para dotarlo de más certeza jurídica. Un esquema más concreto que la derivación genérica que efectúa la ley 24.449 en su artículo 68 a la Superintendencia de Seguros de la Nación para tales seguros en la actualidad.

XI.IV. Se ha pronunciado una tendencia a incorporar la acción directa en los seguros obligatorios del automotor. Ello aún en sistemas jurídicos que no la reconocen para otros seguros de responsabilidad civil. Este no ha sido el criterio establecido en nuestro país.

La importancia social de los seguros se acentúa cuando existe un riesgo que tiene mayor impacto masivo. Es que el estado pone su mira reguladora en aquellas cuestiones que afectan a la comunidad y la forma de hacerlo es por medio de la ley. Es por ello que compartimos lo sostenido por Compiani (2012), en cuanto afirma que lo que la ley de tránsito llama seguro obligatorio no es tal. La delegación legal impuesta por la ley 24.449 en su artículo 68 a la autoridad de control para que fije las condiciones de un seguro obligatorio automotor supone violentar lo establecido por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional que reserva esas cuestiones al Congreso de la Nación.

Entonces, nuestra ley estableció una obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil automotor, pero no un verdadero seguro obligatorio.

Debemos destacar que la obligación de contratar seguros de responsabilidad civil no ha desplazado a los seguros voluntarios pero entendemos que deben ser regulados de forma distinta. De hecho los últimos seguirán siempre existiendo para cubrir aquellos supuestos no cubiertos por los obligatorios. Lo que posibilitan los seguros obligatorios es que determinadas actividades potencialmente

peligrosas o en la que los daños puedan alcanzar una importante dimensión cuantitativa y cualitativa, puedan ser satisfechos. Ello frente a lo que se origina cuando existe una mayor sensibilidad social y los límites de la cobertura del seguro de responsabilidad civil tradicional no son suficientes.

Respecto de la autonomía de la acción directa debemos afirmar que la misma puede ser analizada desde distintos puntos de vista. Una sustancial o de reconocimiento de un derecho directo a la víctima y otra adjetiva o de ejercicio. Su falta no resulta, en todos los supuestos, ser un impedimento al acceso a la indemnización por parte de la víctima ante el asegurador, pero puede condicionarlo.

En igual sentido, es crucial determinar los límites de la inoponibilidad. Las defensas que el asegurador puede esgrimir frente al tercero pueden restringirse a su máxima expresión pero siempre deberá estarse al límite contractual -artículo 118, ley 17.418-. Esa es la razón por la que sostenemos que la autonomía plena de la acción directa y la total inoponibilidad de defensas respecto del damnificado resultan tener un cierto grado de relatividad, lo que no afecta su esencia y es común a cualquier derecho subjetivo reconocido legalmente.

Una defensa que resultará siempre necesaria es la de la existencia misma del contrato de seguro. A idéntica conclusión debe arribarse en relación al plazo de vigencia, ello sin dejar de considerar la especial dificultad que ofrece el régimen de la cláusula base reclamación o *claimes made*.

Tampoco podrá dejar de oponerse la no inclusión del hecho dañoso dentro de la descripción positiva del riesgo en cuanto es la esencial delimitación del objeto del contrato.

El beneficio de demandar al asegurador en forma directa sin que sea requisito hacerlo también contra el asegurado, consiste en la mayor facilitación del acceso de la víctima a la indemnización.

En contra de esta postura, se sostiene que se puede afectar el equilibrio técnico y, en consecuencia la solvencia de las aseguradoras. Entendemos que ello sucede cuando no hay reglas claras y precisas que permitan a los aseguradores

evaluar el riesgo asumido. Es lo que ocurre en la actualidad cuando los jueces se apartan del texto expreso de la ley y el contrato en protección de la víctima.

El análisis de casos de los países analizados muestra una tendencia general a regular al contrato de seguro de responsabilidad civil como un instrumento para la protección de los damnificados y el patrimonio de los responsables de esos daños. Ella nace de la importancia de distribuir socialmente las consecuencias de aquellos daños que afectan a personas indefensas.

En ese sentido todos los países tienden a agilizar el proceso indemnizatorio para lograr el menor impacto posible a la víctima. Los regímenes resultan diversos. Desde el reconocimiento la acción directa al damnificado contra el asegurador con escasas restricciones de ejercicio y para todo tipo de responsabilidad, hasta su desconocimiento expreso y absoluto. Entre los matices intermedios encontramos legislaciones que acotan la acción directa a algunos seguros –en general los obligatorios y dentro de éstos de automotores-. Así como también, otros regímenes no utilizan el sistema de la responsabilidad civil en los denominados seguros sin culpa –*no fault*-.

En nuestro país, la jurisprudencia de los más altos tribunales provinciales y de la Nación se han ceñido a lo establecido por la ley y el contrato, no teniendo una actitud flexible en general sino en supuestos extremos.

Las resoluciones de los distintos Tribunales de nuestro país han seguido una doctrina apegada a la ley especial sobre seguros y a la letra del contrato. Situación que no es idéntica las instancias inferiores, lo que ha motivado diversas tensiones interpretativas. Es que la jurisprudencia argentina ha respetado, en general, los principios que se encuentran inmersos en las leyes de seguros y si bien, reconoce la función social que le es propia, sostiene –con ciertas excepciones- que la misma no puede alterar la naturaleza del negocio.

A su vez, no ha existido acuerdo definitivo en la aplicación de la ley de consumo a los contratos de seguro, aunque advertimos que la tendencia irá favoreciendo a la aplicación de las normas del contrato de adhesión incorporadas en el Código Civil y Comercial -artículos 984 a 989-, en un principio y, luego a las del consumidor.

Sin embargo, la declaración de cláusulas abusivas en el seguro no es actualmente la regla, por lo menos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, los que sostienen una tendencia conservadora a la aplicación de los principios propios de la ley de contrato de seguros.

XI.V. La historia jurídica argentina cuenta con valioso antecedente de acción directa autónoma que funcionó durante varias décadas, el de la ley 9688. Los debates teóricos y jurisprudenciales establecieron, sobre la base del texto de la ley, la idea de la sustitución de la obligación indemnizatoria. Ellos avanzaron hasta reconocer en algunas posturas que el seguro que cubría dichas contingencias configuraba una contratación a favor del trabajador accidentado.

La existencia de la un seguro a favor del tercero emanaba del texto de la ley –artículo 7- lo que motivó que se entendiera que existía una verdadera sustitución de obligado –del asegurado al asegurador- desde la configuración del siniestro cuando se había celebrado dicho contrato.

Esta conceptualización no significa entender que el damnificado es parte del contrato pero sí que es beneficiario de él. A su vez, no se dan los requisitos para considerar que se trata de un seguro por cuenta ajena dado que el asegurado es titular del interés asegurable aunque este coincida con el del tercero.

La situación se asemeja más –sin ser idéntica- a la del beneficiario en el seguro de personas. Por supuesto que no podemos negar la diferente naturaleza de los seguros personales respecto de los patrimoniales como el de responsabilidad civil, pero sirve de ejemplo de funcionamiento contractual compatible con la figura del tercero damnificado –artículos 143, 145 y 146 de la ley 17.418-.

Insistimos, no procuramos desconocer la diferente función de los seguros personales y, menos aún, el diverso sentido de sus prestaciones, estamos haciendo énfasis en que la contratación a favor de un tercero se encuentra prevista en nuestro sistema legal sin que ello altere nuestra estructura jurídica ni que suponga inconveniente práctico alguno. Ello es así, ya que el beneficiario –tercero ya que no es parte del contrato- en los seguros personales tiene acción directa para accionar contra el asegurador debido a que es titular del crédito que

ejecuta y ello podría ser perfectamente reconocido por la ley para el damnificado en el seguro de responsabilidad civil.

XI.VI. La incorporación cada vez más creciente del concepto de función social se ha producido en todas las formas contractuales. Se entiende al contrato no sólo por su carácter jurídico sino también social y económico.

La paridad entre los contratantes ha dado lugar en la teoría general del derecho a la protección del individuo más débil. Esa limitación de la libertad contractual motivada en los cambios económicos, sociales y políticos que marcaron el paso del estado liberal al estado social. Este sostiene el principio que es tarea del poder público intervenir para asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad no sólo en sentido formal, sino también en sentido sustancial, y en todo caso, la de impedir que la búsqueda del interés privado dañe al interés general (Roppo, 2009).

El seguro y, en particular, el de responsabilidad civil, no escapó a esta tendencia. Más aún, podemos afirmar que fue el primero en incorporar el concepto del interés social como parte de su naturaleza. La clasificación de contrato de seguros como de ubérrima buena fe tiene ese sentido. Ello motivó una regulación y control más estrictos. Así surgieron nuevas normas de orden público dentro de ese campo del derecho.

En ese orden de ideas, surge también la necesidad de imponer seguros obligatorios para ciertos riesgos de impacto social como el transporte o el trabajo en relación de dependencia.

Ahora bien, las normas inmodificables o sólo modificables a favor del asegurado que establece nuestra ley 17.418 no pueden tener el mismo alcance que las que se establecen para los seguros obligatorios. Ya mencionamos el especial régimen de las aseguradoras del riesgo del trabajo y las dificultades que genera la obligatoriedad de contratación de seguro impuesta por el artículo 68 de la ley 24.449 sin que se haya fijado una regulación especial. Por eso resulta relevante una regulación legal específica que instaure un verdadero seguro

obligatorio. En ese marco la acción directa del tercero contra el asegurador cobra otro sentido.

Como hemos podido acreditar, la relación contractual del seguro de responsabilidad civil admite otra funcionalidad, proteger a la víctima. Esta, además, se ha transformado en un objeto prioritario. Por ello el derecho debe reconocerle herramientas suficientes para que se factible en el orden práctico acceder al resarcimiento del daño de la manera más inmediata posible.

Es por tal motivo que la hipótesis sostenida en esta tesis se ha corroborado. Hemos podido acreditar que la acción directa es el instrumento más preciso para reclamar al asegurador.

XI. VII. La regulación prevista en forma general para la acción directa en el nuevo régimen instaurado por el Código Civil y Comercial no conmueve lo hasta aquí concluido. La figura de la citación en garantía o -en caso de reconocerse expresamente- la acción directa en nuestro sistema resultan institutos superadores del régimen instaurado por los artículos 736 a 738 del Código Civil y Comercial. Sostenemos que es ello así en virtud de la primacía de la ley especial y de la tendencia a proteger en forma bifronte al asegurado e, insistimos, prioritariamente a la víctima. Siendo este último verdadero titular de la acción.

Además de las especiales características del contrato de seguro de responsabilidad civil que lo alejan incluso de los demás seguros patrimoniales, existe un interés general mucho más relevante que en los demás supuestos en que la ley reconoce la acción directa.

Por ello afirmamos que resulta lógico reconocerle un estatus jurídico propio con el correlativo tratamiento diferenciado como lo hacen muchos ordenamientos jurídicos en el resto del mundo.

Por todo lo expresado hasta aquí, es factible afirmar que la presente tesis incorpora al campo del derecho privado una nueva perspectiva del papel del seguro de responsabilidad civil en relación a su función social y el doble objeto de indemnidad e indemnización, resaltándose cómo interactúa con el Código Civil y Comercial a partir de su sanción.

En suma, podemos afirmar que en el presente trabajo se ha compilado y sistematizado el estado actual de una cuestión tan debatida, elaborándose un instrumento que permitirá a otros investigadores avanzar sobre el particular. En tal sentido, es importante destacar que nuestro aporte no significa un desarrollo definitivo del tema, sino que, por el contrario, supone una base para la elaboración de nuevos trabajos sobre esta apasionante cuestión.

XI.VIII Frente a la situación jurídica actual analizada en la presente tesis entendemos adecuado proyectar una reforma legislativa del régimen del seguro basada en las siguientes pautas esenciales:

1.- La priorización de la protección a la víctima como función del contrato de seguro de responsabilidad civil. Ello sin desconocer su aptitud para resguardar el patrimonio del asegurado.

2.- La incorporación expresa de la acción directa y autónoma del damnificado como un derecho propio emergente en primer término de la ley y luego del contrato.

3.- La inoponibilidad al damnificado de todas las defensas nacidas del contrato de seguro que no obedezcan a la existencia misma del contrato y el riesgo amparado en cuanto a su descripción positiva. Lo que, por supuesto, no obsta, la facultad de repetición de lo abonado a la víctima por la aseguradora contra el asegurado en caso de existir excepciones que el primero no ha podido hacer valer.

Entendemos que la postura que limita la acción directa para los supuestos de seguros obligatorios, es atendible, en la medida que éstos cumplan con ciertos requisitos elementales. Ellos son para nosotros: a) una prestación de pago inmediato y ajustada al real daño sufrido por el damnificado a fin que cumpla con su objeto; b) el abandono absoluto del régimen de la culpa para la atribución de la obligación indemnizatoria; c) un esquema de sustentabilidad abarcativo de todas las unidades de riesgo existentes que permita efectivizar la obligatoriedad; c) la incorporación de un fondo de garantía sostenido por los actores del sistema que

permita incluir aquellos supuestos en que las víctimas no encuentren frente a una aseguradora que responda por su daño.

Estamos persuadidos -y sostenemos haberlo acreditado- que el proceso de evolución del seguro de responsabilidad civil ha superado la tradicional forma de definirlo.

En ese cambio, la función bifronte del seguro cumple un papel fundamental que junto con los profundos cambios legislativos del derecho civil y comercial requieren de una adaptación de las normas especiales que rigen a ese contrato.

Las instituciones jurídicas tienen un fin práctico ineludible, otorgarle a los integrantes de una sociedad herramientas eficaces para el goce de sus derechos, los que hacen a su integridad como personas humanas. Cualquier obstáculo a ese noble fin resta sentido al ordenamiento social y debe ser superado.

No debemos olvidar que el derecho ha sido concebido para equilibrar poderes y que por ello es necesario que evolucione para la mejor protección de los vulnerables.

## Capítulo XII. Bibliografía y fuentes de información.

### Bibliografía.

Aguinaga, C. (2009). Proyecto de modificación de ley de Transito Legislatura de Mendoza Expediente 54901. Recuperado de [www.carlosaguinaga.com.ar/2009/05/modificando-la-ley-de-transito-](http://www.carlosaguinaga.com.ar/2009/05/modificando-la-ley-de-transito-)

Achurra Larraín, J. (2005). *Derecho de Seguros*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.

Alsina, H. (1958). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar.

Alterini, A. A., Ameal, O. J. y Lopez Cabana, R. M. (2004). *Derecho de las obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Anastasi, L. (1950). Nota al fallo de la Cámara Nacional Comercial del 13/12/1922. Buenos Aires: *Jurisprudencia Argentina*, 9(856), 38-40.

Armelin, D. (2003). A ação direta da vítima contra aseguradora de responsabilidade civil: fundamentos e regime das exceções. *III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS-EMTS, 178-181.

Azula Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal civil. Teoría General del proceso*. Bogotá: Librería Temis.

Barbato, N. H. (1994). *Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*. Buenos Aires: Hammurabi.

Barbato, N. H. (2001). *Derecho de seguros*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

- Barbato, N. H. (1995). El seguro obligatorio de automotores establecido por el artículo 68 de la ley de tránsito 24.449 -Virtudes y defectos. *La Ley*, 1995 (C), 1016-1025.
- Barbato, N. H. y Morandi, F. (2001). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barriga Chávez, Carolina (2011). La acción directa. Fundamentos, estado actual y conveniencia de su incorporación a la legislación chilena. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, 13(20), 81-100.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Baumeister Toledo, A. (2003). *Anotaciones sobre la acción directa de la víctima contra los sujetos responsables por la Ley de Tránsito venezolana y en especial contra el asegurador de la responsabilidad civil obligatoria. Estudios venezolanos sobre derecho de seguros*. Caracas: AVEDESE-AIDA-UCAB.
- Benetti Timm, L. (2010). La función social del derecho contractual en el Código Civil brasileño. Justicia distributiva vs. Eficiencia económica. *Revista de instituciones, ideas y mercados*, 52, 5-55.
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho Civil 3 – El Contrato*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Bidart Campos, A. (1989): *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar.
- Blanco Giraldo, F. L. (1999). *La ley de contrato de seguros en la Jurisprudencia y en la doctrina judicial*. Madrid: Dykinson.

- Bobbio, inicial (1960). *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli Editore.
- Boffi Boggero, L.M. (1973). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Borda, G. A. (1987). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot.
- Borda, G. A. (1998). *Tratado de derecho civil – obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.
- Botiglieri, E. (2010). *Dell'assicurazione contro i danni . Codice Civile. Comentario*. Milano: Giuffre.
- Briones, G. (1996). *Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales. Programa de Especialización en teoría, métodos y técnicas de investigación social*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.
- Bruck, E. (1930). *Das Privat-versicherungsrecht*. Berlín: Mannheim - Bensheimer.
- Bullo, E. H. (1999). *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Bullo, E. H. (2006). *Franquicias en seguros de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho.
- Caballero Sanchez, E. (1997). *El Consumidor de Seguros: protección y defensa*. Madrid: Fundación Mapfre Seguros.
- Caplow, T. (1974). *Dos contra uno – Teoría de las colisiones en las tríadas*. Madrid: Alianza.

- Carnelutti, F. (1950). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Casanova, M. (1961). *Estudios en memoria de Lorenzo Mossa*. Padua: Verrucoli.
- Castelo Matrán, J y Guardiola Lozano, A. (1992). *Diccionario Mapfre de Seguros*. Madrid: Mapfre.
- Castro Sanmartino, M, E. y Schiavo, C. A. (Septiembre 2006). La Franquicia en el Seguro de Responsabilidad Civil del Transporte Público de Pasajeros. *Suplemento de La Ley*, 8-10.
- Cea D'Ancona, M. (1996). *Metodología cuantitativa. Estrategias y técnicas de investigación social*. Madrid: Síntesis.
- Cima, E. (2013). La citación en garantía del asegurador: aspectos sustanciales y procesales. *Revista de la Facultad*, 4, 2-10.
- Chioventa, G. (1925). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus.
- Colarusso, N. S. (2015). *Contratos conexos en el nuevo Código Civil y Comercial*. Recuperado de [www.utsupra.com](http://www.utsupra.com).
- Compiani, M. F, (2005). *La citación en garantía*. Recuperado de [http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst\\_doctrina/derecho-civil/](http://nuevositio.cpacf.org.ar/files/inst_doctrina/derecho-civil/).
- Compiani, M.F. (2014). La Corte dictó un importante fallo en materia de seguros: Caso Bonfiani. *Revista El seguro en acción*. Recuperado de <http://www.elseguroenaccion.com.ar/>.

Compiani, M.F. (2012). Seguro automotor obligatorio y voluntario la necesidad de revisión de las políticas de estado sobre la cuestión. Tucumán: XIV Congreso Nacional de Derecho de Seguros y XII Conferencia Internacional. Recuperado de <http://www.elseguroenaccion.com.ar/>.

Compiani, M. F. (2012). Seguro obligatorio y voluntario. *La Ley*, 2012(B), 1119-1120.

Contreras Strauch, O. (2004). La acción directa en el seguro de responsabilidad civil. Santiago de Chile: *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, 6(12), 15-27.

Couture, E. J. (2004). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: E de F.

Corbetta, P. (2003). *Metodología y técnicas de la investigación social*, México D. F.: Mc Graw Hill.

Córdoba, M. M. (marzo, 2006). Seguridad Jurídica. Los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley. *La Ley Suplemento Actualidad*, 6, 6-9.

Corral Talciani, H. (2015). La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno. *Revista chilena de derecho*, 42, 2-9.

Corral Talciani, H. (2014). Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago de Chile: Susan Turner y Juan Andrés Varas Legal Publishing.

Clavero Ternero, M. (1995). *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*. Madrid: Tecnos.

- Cracogna, D. (2001). *La defensa del consumidor en el seguro*, en la obra *Derecho de seguros –homenaje a J.C.F.Morandi-*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Danz, E. (2006). *La interpretación del Negocio Jurídico*. Madrid: Analecta.
- Dassen, J. (1960). *Contratos a favor de terceros*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dávila Millán, M. E. (1997). *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch.
- De Ángel Yágüez, R (2006). *Comentario del Código civil*. Barcelona: Bosch
- De Azcárate, P. (2005). *Obras completas de Platón*. Madrid: QÑ, Proyecto de filosofía en español.
- De Petris, C.E. (2015). *Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial*. Recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar).
- De Toledo Piza, P. L. (2002). *Contrato de Resseguro*. San Pablo: OTE.
- Deveali, M. L. (1983). *Derecho del trabajo en su aplicación y tendencias*. Buenos Aires: Astrea.
- Diez-Picazo y Ponce De León, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Donati, A. (1969). *Tratatto di Diritto delle Assicuraziani Privati*. Milano: Giuffre.
- Dupuich, P. (1911) El seguro de responsabilidad. *Revista de Seguros*, 1(14), 15-19. La Habana

- Durante, A. (1964). *L' Assicurazione di Responsabilità Civile*. Milano: Giuffre.
- Drajer, I. M. (1973). La citación en garantía y el domicilio del asegurador. *Revista de Derecho de Seguros*. 8, 4-12.
- Ewald, F. (1999). Risk in contemporary society. Recuperado de [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Falco, G. E. (2014). La ley de defensa al consumidor y la ley de seguros. Lo general y lo específico. Un debate concluido. *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, 7, 217-219.
- Fanelli, G. (1973). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffre.
- Fernández Camus, E. (1941). *Curso de derecho romano, V -Derecho de obligaciones y contratos*. La Habana: Universidad de la Habana.
- Feltri Martínez, M. P. (1998). *Teoría general del proceso*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Fontanarrosa, R. (1972). Sobre la acción establecida por el artículo 118 de la ley general de seguros. *Revista de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata*, 2, 6-8.
- Foucault, M (1992). *Microfísica del Poder*. Madrid: Las ediciones de la piqueta.
- Friedmann, W. (1966). *El derecho en una sociedad en transformación*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Galdós, J. M. (2005). Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires. *Revista de Derecho de Daños*, 2005(3), 95-98.

- Galindo Garfias, I. (1981). *Estudios de derecho civil, Serie G, estudios doctrinales*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Garaguso, G. (2016). Contrato de seguro, falta de licencia para conducir habilitante. LXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. San Martín: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín.
- Garrido Cordobera, L. M. (2009). *Los daños colectivos –prospectiva general–*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Garrigues, J. (1982). *Contrato de seguro de terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre.
- Gascón Abellán, M. (1997). *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: Macgrau-Hill.
- Gasperoni, N. (1958). *Assicurazioni della responsabilita civile*. Torino: Novissimo Digesto Italiano.
- Gherzi, C. A. (2006). ¿Es necesario que el conductor del vehículo posea registro para que el seguro pague la indemnización?. *Jurisprudencia Argentina, 2006* (II), 27-29.
- Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor.
- Goldschmidt, W. (2005). *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires: LexisNexis.
- González, E. (2010). Defensa del consumidor y derecho de seguro. *El Derecho. Derecho de seguros, 67, 23-27*.

- Gozaini, O. A. (2009). *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Guastini, R. (1998). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto*. Milano: Giuffrè Editore.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Graziani, A. (1935) *Assicurazioni*. Milán: Dante Alighieri.
- Gregorini Clusellas, E. L. (2014). Renovación de la teoría del contrato e interacción con la legislación de consumo. *Revista Científica de UCES*, 18(1), 65-96.
- Gregorio, C. G., Alvarez, G. S. y Highton, E. I. (1997). Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socio económico. *La Ley*, 1997(C), 1045-1056.
- Grillo Longoria, R. (2004). *Derecho procesal civil I. Teoría general del proceso civil*. La Habana: Félix Varela.
- Halperín, I. (1958). *Ante proyecto de Ley General de Seguros*. Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.
- Halperín, I (1940). *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*. Buenos Aires: Rubino.
- Halperín, I. (1970). Acción directa del damnificado en el seguro de la responsabilidad civil. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 3, 73-76.

- Halperín, I. (1983). *Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*. Buenos Aires: Depalma.
- Halperín, I. (2003). *Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, actualizado por Nicolás H. Barbato. Buenos Aires: Depalma.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., Baptista Lucio, P. (2003). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Hill Prados, M.C. (1995). *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Reflexiones en torno a la Acción Directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Hurtado Yelo, J. J. (2013). *La defensa de la Compañía de Seguros ante la reclamación del perjudicado. Las denominadas excepciones impropias*. Bogotá: El Derecho.
- Iriarte Ángel, J. L. y Casado Abarquero, M. (2013). *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: Fundación Mapfre.
- Iturmendi Morales, G. (2009). El Supremo valida la facultad de oponer al perjudicado la cláusula de ámbito temporal en el seguro de RC. *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, 31, 9-22.
- Izasa Posse, M. C., (2010). La acción directa del damnificado en el Seguro de Responsabilidad Civil. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana*, 32, 121-156.

- Jaramillo Jaramillo, C. I. (1998). Alcance de la declaración del estado del riesgo en el seguro y régimen general de la reticencia del candidato o tomador. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana*, 7, 11.
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2013). *Derecho de Seguros. Estudios y escritos jurídicos*. Bogotá: Temis.
- Jayme, E. (1995). *La identidad cultural y la integración: derecho internacional posmoderno. Cursos recogidos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Jellinek, G. (1996). *Sistema del diritti pubblici subbietivi*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kamelmajer de Carlucci, A. (2015). *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado*. México: Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H. (1996). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kuhn, T. (1982). *La estructura de las revoluciones científicas*. San Pablo: Perspectiva.
- Labbé, J. E. (1889). Los privilegios especiales sobre las acreencias. *Revista mexicana de Legislación y Jurisprudencia*, 4, 5-8.
- Laclau, E. (1990). *New reflections on the revolution of our time*. Londres: Verso.
- Lambert-Faivre, Y. (1995). *Droit Des Assurances*. Paris: Dalloz.

Lasarte, C. (2008). *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil*. Madrid: Marcial Pons.

Le Tourneau, P. (2008). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.

Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

LLambías, J. J. (1996). *Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

Llambías, J.J., Raffo, Benegas, P. y Sassot, P. (1997). *Manual de Derecho civil*. Buenos Aires: Perrot.

Llistosella de Ravaioli, A. R. y Favier-Doubois, E. M. (2002). *Compendio de Derecho de Seguros. Tradicionales y Modernos*. Buenos Aires: La Ley.

Lopez Saavedra, D. y Halperin, D. (2003). *El contrato de seguros y la Ley de Defensa al Consumidor 24.240*. Buenos Aires: La Ley.

Lopez Saavedra, D. (1999). Algo más sobre los seguros de responsabilidad civil bajo condiciones claims made. Buenos Aires: *La Ley*, 1999(B), 991-992.

López Saavedra, D. (septiembre, 2006). La franquicia en el contrato de transporte automotor. *La Ley, Suplemento Actualidad*, 9, 8-10.

Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lorenzetti, R. (1996). *Contratos modernos ¿conceptos modernos?*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, R. (1998). *Contrato de seguro: cláusula claims made*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, R. L. (2007). *Contratos. Parte general*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

Lorenzetti, R. L. (1999). *Digesto de Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Ley.

Maduro Luyando, E. (1989). *Curso de obligaciones, Derecho Civil III*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Marcó, J. L. (Noviembre, 2001). ¿Son válidas las cláusulas claims made en el derecho asegurador argentino?. *El Derecho* 11, 15.

Mármol Marquís, H. (1999). *Fundamentos del seguro terrestre*. Caracas: Liber.

Martínez Escobar, M. (1945). *Los Seguros*. La Habana: Cultural.

Maseda Rodriguez, J. (julio, 2016). La acción directa contra el asegurador de la persona responsable del daño en el marco del art. 18 del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: breve aproximación a la posición del asegurador. *Revista Iberoamericana de derecho internacional y de la integración*, 7, 4.

Mazeaud, H. y León y Tunc, A. (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.

Medina, Magallanes, P. (2011). *Ley sobre el contrato de seguro comentada*. México D.F.: Porrúa.

- Meilij, G. (1998). *Manual de Seguros*. Buenos Aires: De Palma.
- Mercader, A. (1944). El proceso. *Jurisprudencia Argentina. Sección bibliografía* 1944(IV), 4-10.
- Mirás, O. D. (1986). Sobre el debido proceso -Desde el punto de vista formal y en el ámbito del proceso civil-. *El Derecho*, 1986(104), 966-971.
- Michelson, G. (1970). Debate sobre el nuevo régimen de la responsabilidad y el seguro de la responsabilidad civil realizado el 5 de agosto de 1970 por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 6, 12-14.
- Montero Aroca, J. (1994). Personalidad y legitimación. *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España*, 24, 20-26.
- Morales Guillen, C. (1999). *Código de Comercio Concordado y Anotado*. La Paz: Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco.
- Morandi, J.C.F. (1971). *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Pannedille.
- Morandi, J. C. F. (1996). Seguro de Responsabilidad Civil. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 8, 18-19.
- Morello, A. (1975). El contenido complejo del proceso de daños con participación de la aseguradora. *Jurisprudencia Argentina*, 27, 453-456.
- Mosset de Espanés, L. (2012). *Reparación de los daños y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Zavalía.

- Mosset Iturraspe, J. (2001). Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales), *Revista de derecho de daños*, 2001(1), 125-129.
- Olivencia Ruiz, M. (1994). *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid: La ley.
- Ordoqui Castilla, G. (2015). El orden público y la causa del contrato. Montevideo: IJ Editores. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 6, 4-9.
- Ortega Montoro, R. (1998). La acción directa y la oponibilidad de excepciones por el asegurador en los supuestos de alcoholemia. *La Ley*, 1998(VI), 6, 2296-2297.
- Osorio Gonzalez, G. A. (2016). Manual básico de seguro. Recuperado de [http://www.fenixseguros.com.py/media/manual\\_basico\\_del\\_seguro.pdf](http://www.fenixseguros.com.py/media/manual_basico_del_seguro.pdf).
- Palmieri, J. (1970). La citación en garantía del asegurador. *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 19, 378-387.
- Palacio, L. E. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pantaleón Prieto, A.F. (1985). Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de Circulación. Seguro Voluntario de responsabilidad civil. Excepciones oponibles por el asegurador al perjudicado. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia*, 7, 2333-2340.

- Pantanalí, N. J. (1996). El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires). *La Ley*, 1996(E), 789-794.
- Parrilli, N. (2008). Proyecto de Ley de Seguro Obligatorio. Expediente nº S-4234/08. Recuperado de [www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/274659/downloadPd](http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/274659/downloadPd).
- Pennino, L. (2014) Ante la desaparición ¿de facto? del límite de cobertura. Buenos Aires: *Revista de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros*, 59, 6-8.
- Pérez Luño, A. (2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley.
- Pérez Ríos, J. (1997). La acción directa en el contrato de seguros de responsabilidad civil. Su problemática en nuestro derecho. Necesidad de adecuación del régimen legal vigente. *Revista de derecho comercial*, 1997 (437), 48-56.
- Peyrano, J. W. (2008). *Problemas y soluciones procesales*. Rosario: Juris.
- Piedecabras, M. A. (2014). *Consumidor y seguros*. Recuperado de [www.ar/doc/1833/2014](http://www.ar/doc/1833/2014).
- Pizarro, R. D. y Ossola, F. (2016). El orden público y la responsabilidad civil. *Revista Iberoamericana de derecho privado*, 6. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=76&idpublicacion=788>.

- Pothier, R. J., (2003). *Tratado de las obligaciones*. México D.F.: Edición facsímil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Prieto Molinero, R. J. (2005). Algunos mitos en torno a la responsabilidad objetiva. *Jurisprudencia Argentina, 2005(IV)*, 38-42.
- Quintana, E. J. (2006). El descubierto obligatorio en el seguro de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. Algunas reflexiones en razón de la jurisprudencia contradictoria. *Revista del Derecho Comercial, 21*, 46-53
- Quiroga Lavie, H. (1979). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales.
- Rezzonico, J. C. (1999). *Principios Fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- Recasens Siches, L. (1962). *Interpretación judicial*. Buenos Aires: Omeba.
- Roca Trías, E. y Navarro Michel, M. (2011). *Derecho de Daños*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rosas Lichstein, C. (1975). *La llamada en garantía del asegurador*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.
- Roselló Manzano, R. (2008). El derecho de daños, la responsabilidad de productos y la protección de los consumidores. *Revista Cubana de Derecho, 3*, 4.

- Ruiz Quiroz, H. (2002). *Ponencia presentada durante la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros*, el 20 de marzo de 2002. Recuperado de [www.amdsyf.org.mx](http://www.amdsyf.org.mx).
- Russo, C. (2001): *De l'assurance de responsabilité a l'assurance directe*. Paris: Dalloz.
- Salerno, M. U. y Salerno, J. J. (2012). La Teoría del patrimonio y la acción directa en el proyecto de código. *La Ley*, 2012(F), 128-130.
- Salvat, R. M. y López Olaciregui, J. M. (1964). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*. Buenos Aires: TEA.
- Sánchez Calero, F. (1997). La acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil. *Revista Ibero-latinoamericana de seguros de la Pontificia Universidad Javeriana*, 10, 70.
- Sánchez Calero, F. y Tirado Suárez, F. J. (1985). *Ley de contrato de seguros*. Madrid: Edersa.
- Sánchez, D., Gregorio, C. G. y Schiavo, C. A. (2011). *Valoración de Daños Personales y su Relación con el Seguro*. Recuperado de <http://catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio24.html>.
- Sánchez Roca, M. (1959). *Curso de Legislación Mercantil. El Código de Comercio*. La Habana: Lex.
- Sautu, R. (2005). *Todo es Teoría: objetivos y métodos de investigación*. Buenos Aires: Lumière.

- Sateler A. R. (2006). *Sobre la acción directa y la inconveniencia de su incorporación al derecho chileno*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Sateler A. R. (2004). Sobre la acción directa y la inconveniencia de su incorporación al derecho chileno. *Revista chilena de derecho de seguros*, 2 (6), 24-29.
- Sateler A. R. (2015). *Sobre la acción directa y la inconveniencia de su incorporación al derecho chileno*. Recuperado de <http://www.amchamchile.cl/>
- Sierra Bravo, R. (1987). *Técnicas de investigación social. Teoría y ejercicios*. Madrid: Paraninfo.
- Silva Pereira, C. M. (2004). *Instituciones de derecho civil*. Río de Janeiro: Forense.
- Simone, O. (1975). Autonomía y caracteres de la citación en garantía del asegurador en los seguros de responsabilidad civil. Buenos Aires: *La Ley*, 1975(D), 12-15.
- Sobrino, W. A. R. (1996). Derecho de Seguros: Cláusula claims made. Buenos Aires: *Revista Jurisprudencia Argentina*, I, 790.
- Sobrino, W. A. R. (2010). *El consumidor de seguros*. Recuperado de [www.sajj.jus.gov.ar](http://www.sajj.jus.gov.ar).
- Soler Aleu, A. (1970). *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea.
- Soler Aleu, A. (1968). La citación en garantía del asegurador. Buenos Aires: *El Derecho*, 1968(24), 1002-1008.

- Soto, H. M. (2005). El seguro implementado por la Ley de Tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura. *Jurisprudencia Argentina*, 2005(II), 1230-1234.
- Soto Nieto, F. (2001) Acción directa contra la entidad del seguro obligatorio. excepciones oponibles. Derecho de repetición. Algunas cuestiones básicas. *La Ley*, 2001(D), 267-268.
- Steinfeld, E.R. (1970). *El seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.
- Steinfeld, E. (2003). *Estudio del Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Abaco.
- Steinfeld, E. (2008). *El seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina.
- Stake, R. (2007). *Investigación en estudio de caso*. Madrid: Morata.
- Stiglitz, R. S. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. S. (2015). Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas. Recuperado de [www.laley.ar/doc/2850/2015](http://www.laley.ar/doc/2850/2015).
- Stiglitz, R. S. (1997). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. S. (1970). El tercero en el contrato de seguro de responsabilidad civil. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 7, 45-52.

- Stiglitz, R. S (1997). El tercero en el contrato de seguro de responsabilidad civil. *Buenos Aires: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 3, 22-30.
- Stiglitz, R.S. (1980). *El siniestro*. Buenos Aires: Astrea.
- Stiglitz, R. S. (2004). Inconstitucionalidad del régimen normativo que regula el seguro obligatorio automotor, Buenos Aires: *La Ley. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, III*, 1649-1653.
- Stiglitz, R. S. y Compiani, M. F. (febrero, 2009). La prescripción en el contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor. *La Ley*, 2009, 6-7.
- Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A. (1993). *Seguro contra la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. S. y Stiglitz, G. A. (2008). *Derecho de seguros, parte especial, Seguros contra la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Stiglitz, R. S. y Trigo Represas F. (1977). Citación en garantía al asegurador y obligación concurrente de éste con la de su asegurado. *Jurisprudencia Argentina*, 1977(V), 499-503.
- Schwarzberg, C. (febrero, 2006). Los seguros y la defensa del consumidor. *La Ley, Suplemento actualidad*, 7-9.
- Talciani, H. R. (2015). La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno. *Revista chilena de derecho*, 42, 2.
- Tena Ramírez, F. (2004). *Derecho constitucional mexicano*. México D.F.: Porrúa.

- Tzirulnik, E., Cavalcanti, F. Q. y Pimentel, A. (2003). *Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil. Seguro de responsabilidade civil. Ação direta da vítima do dano contra o segurador inadmissibilidade*. São Paulo: RT.
- Tzirulnik, E. (2007). *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI. Memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el período 2001-2007*. São Paulo: MP.
- Veiga Copo, A. (2013). *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*. Navarra: Thomson Reuters/Civitas.
- Vigil Iduate, A. (2013). *La acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil*. La Habana: Universidad de La Habana.
- Vigil Iduate, A. (2010). Los seguros obligatorios en la República de Cuba. *Revista de Derecho de Seguros- Doctrina y jurisprudencia de la Asociación Uruguaya de Empresas Aseguradoras*, 5, 137-140.
- Villar Palasí, J. L. (2000). *Más sobre las antinomias*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Viterbo, C. (1944). *El Seguro de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Viterbo, C. (1980). *El seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Vivante, C. (2002). *Tratado de Derecho Mercantil*. México D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Vivas, M. L. (junio, 2016), El orden público contractual. Límites a la autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial Argentino. *Revista Ibero-latinoamericana de Derecho Privado*, 6. Recuperado de <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=dbdd0ace262cf78c0a6ca58890854c32>.

Wajntraub, J. H. (2015). *Defensa del consumidor y prescripción en materia de seguros*. Buenos Aires: La Ley.

Weingarten, C. y Ghersi, C. (1997). *Los contratos conexados*. Buenos Aires: La Ley.

Wierzba, S. y Czernizer, D. (2002). La cláusula claims made en los seguros contra responsabilidad médica: la experiencia argentina. Buenos Aires: *La ley - Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2002(3), 27-29.

Zannoni, E.A., Mariani de Vidal, M., Zunino, J.O., Shina, F.E. y Ramos, G.S. (2015). *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN*. Buenos Aires: Astrea.

Zornosa Prieto, H. E. (2011). El seguro de responsabilidad civil. Su evolución normativa y jurisprudencial en Colombia. *Revista Ibero-latinoamericana de seguros de la Pontificia Universidad Javeriana*, 35, 88-92.

#### Fuentes de Información.

Anteproyecto de ley de seguros de Uruguay (2014). Recuperado de <http://www.aidauruguay.org.uy/>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2013). Libro de Registros. Debate parlamentario Ley 20.667. Recuperado de [www.congresonacionalchile.org.ch](http://www.congresonacionalchile.org.ch).

Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, *in re*: Cooperativa agropecuaria de Armstrong Limitada c/ Pmb s/ daños y perjuicios, 9/05/2016, recuperado de [www.MJJ99779](http://www.MJJ99779).

Cámara de Apelaciones en lo Civil de La Plata, Sala I, 15/05/39, *La Ley*, 1939(14) 581-585.

Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Sala I, *in re*: "Gómez de Olivera Jorge Rubén c/Federación Patronal Seguros S.A. s/daños y perjuicios". Recuperado de [www.scjba.mev.gov.ar](http://www.scjba.mev.gov.ar).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, Sala II, *in re*: "Gaitán, Raúl y Otros c/ Gerrero, Gustavo, 18/05/2010. Recuperado de [ww.laleyonline.AR/JUR16955/2010](http://ww.laleyonline.AR/JUR16955/2010).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A, *in re*: "La Central del Plata S.A. de Seguros C/ Mella" 29/06/1972, *Jurisprudencia Argentina*, 1972, 502-509.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, *in re*: "Londres y Río de la Plata Cía. de Seguros c/ Baylan AGPO", 08/07/72, *Jurisprudencia Argentina*, 1972(I) 307-310.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A *in re*: "Lucas Marcelo c/ SOTO, Roque Orlando y otros s/ daños y Perjuicios", 17/05/10. Recuperado de [www.csjn.gob.ar](http://www.csjn.gob.ar).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 05/12/75, *in re*: “Confessore, José c/ Cirmi, Emilio”, *Jurisprudencia Argentina*, 1977(I) 28-31.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *in re*: “Barral de Keller, G. c/ Guevara, J. A.”, *La Ley*, 2006(D) 150-154.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil *in re*: “David, Adriana Jesica c/ Caputo, Alejandro s/ daños y perjuicios” 05/07/13, “Figueredo, Juan Alfonso c/ Visciglia, Darío s/ daños y perjuicios” (expediente n° 85.646/09) 08/03/13 e *in re*: “Sosa, Miguel Ángel c/ Alegre, Emanuel s/ daños y perjuicios” (expediente n° 29.839/2.009). Recuperado de [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil *in re*: “Flores c/ Robasa s/ Daños y Perjuicios”, *Digesto Jurídico*, 1992(1) 385-388.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, *in re*: “Morteyru, Juan Alberto y otro c/ Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios, 18/05/2010. Recuperado de [www.laleyonline.AR/JUR/16955/2010](http://www.laleyonline.AR/JUR/16955/2010).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, *in re*: “Musante, J. C/ La Agrícola”. *La Ley*, 1980(D) 160-163.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, *in re*: “Pérez c. Transporte Automotor Luján”. *Digesto Jurídico*, 2002(3) 1019-1022.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, *in re*: “Furtado Néstor Gabriel c/ Edesur S.A.”. *La Ley*, 2006(C) 1004-1006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *in re*: “Franco, Agustín y otros c/ Robles, María C. y otros”. 30-11-05, *La Ley* 02-06-06.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *in re*: “Transporte Expreso Villa Bosch S.R.L. c/ Balzi, Silvio s/ Daños y Perjuicios”. *La Ley*, 1980(B) 477-480.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, *in re*: “Kerlakian, Jaquelina Jacinta c/ Grela, Silvia Alejandra y otros s/ daños y perjuicios”. 23/03/16. Recuperado de [www.MJ-JU-M-97824-AR](http://www.MJ-JU-M-97824-AR).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, *in re*: “Mussa de Gómez de la Vega, María H. c/La Defensa Compañía de Seguros” *La Ley*, 1978(B), 304-309.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A *in re*: “Rodríguez, Antonino c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario”. Recuperado de [www.scjn. AR/DOC/1892/2015](http://www.scjn.AR/DOC/1892/2015).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, *in re*: “Carnevale c/ Scovazzi”, 25/02/1993, *El Derecho*, 1993(2) 156- 185.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, *in re*: “Lagarreta S.R.L. c/ Cenit Cía. de Seguros S.A.”, 28/5/86; ídem *in re*: “Grosso, Juan c/ HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros s/ ordinario” 19/4/05, “Palacio, Luis c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”; Sala A, *in re*: “Páez, Marta c/ El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija S.A. s/ cobro de pesos”, 20/7/95. Recuperado de [www.scjn.gob.ar](http://www.scjn.gob.ar).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D *in re*: “Compañía de Seguros Minerva SA c/ Lamas Cerqueiro”, sala D, *El Derecho*, 1993, 157-179.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, *in re*: “Logística Santo Domingo S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”, 5/05/15. Recuperado de [www.MJ-JU-M-92459-AR](http://www.MJ-JU-M-92459-AR).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, *in re*: “Sud América Terrestre c/ Urricariet”, 15/3/1996, *Jurisprudencia Argentina*, 1996(IV) 506-510.

Cámara Nacional de Comercio, 14/02/41. *La Ley*, 1941(21) 698-702.

Cámara Nacional de Apelaciones Federal en lo Civil y Comercial, sala III, *in re*: “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros c/ Transportes Aéreos”. 05/05/1995, *La Ley*, 1996(D) 690-696.

Code des Assurance. France. Recuperado de [ww.legifrance.gouv.fr/affichCode](http://ww.legifrance.gouv.fr/affichCode).

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de [www.infoleg.gov.ar/infolegInternet](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet).

Código Civil paraguayo. Recuperado de [www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Paraguay](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay).

Código de Comercio de Bolivia. Recuperado de <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm>.

Código de Comercio de Colombia. Recuperado de [www.camaradorada.org.co/documentos](http://www.camaradorada.org.co/documentos).

Código de Comercio de Uruguay. Recuperado en <https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/CodigoComercio2014-03.pdf>.

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.  
Recuperado de [http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi](http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi).

Corte Constitucional de Colombia, fallo C-037/98, 19/02/1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, nº 144.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, nº 42.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, nº 16.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de 29 de junio de 2007. Sala de Casación Civil, ponente, Jaramillo Jaramillo, C. I.. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acuerdo 59.366, *in re*: "Centeno, Julio C/ c/ Ponzio, Horacio. Daños y perjuicios", 10/07/97. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-buenos-aires-centeno-julio-ponzio-horacio-danos-perjuicios>

Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín si daños y perjuicios", 08/04/14. Recuperado de [www.SAIJ:FA1400005](http://www.SAIJ:FA1400005).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acuerdo 65.395, sentencia del 24/03/98; Acuerdo 83.726, sentencia del 05-05-04; Causa 94.988, 23/04/08.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 21/04/92. *La Ley* 1992, 30-35.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos, *Jurisprudencia Argentina*, 1986(IV) 625-630.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Mabel Alejandra Esquivel c/ Ilda Santaya”, 20-8-96. Fallos 319:1600.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Ortega, D. N. c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A.”. *La Ley* 2009, 6-10.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/4/1992. *El Derecho*, 1992, 154-707.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Siddi, L. c/ Provincia de Buenos Aires”. *La Ley*, 1968, 131-211.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Aquino, Isanio c/ Cargo Servicios Industriales S.A., *Suplemento especial del diario La Ley*, 2004, 39-43.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Lanza Peñaranda c/ Transportes Quirno Costa” *Jurisprudencia Argentina*, 1991(II) 313-321.

Corte Suprema de Tucumán, sala civil y penal “Amaya, Mariana Delicia c. Galicia Seguros S.A. s/ daños y perjuicios”, 30/05/14, *Registro de Sentencias*, 2014, 2334- 2340.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación. *Debate del 23 de septiembre de 1915*. Recuperado de [www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/](http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/)

Ley.09688.Debate.Accidentes.de.Trabajo.pdf.

*Law Commission, por la Third Parties. Rights against Insurers. Act* de 2010  
30/04/14. Recuperado de  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/10/contents>.

Ley 9.688, de Accidentes de Trabajo. Argentina. Recuperado de  
[www.infoleg.gov.ar/infolegInternet](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet).

Ley 17.418, del contrato de seguros. Argentina. Recuperado de  
[www.infoleg.gov.ar/infolegInternet](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet).

Ley 24.557 de riesgos del trabajo recuperado de  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>.

Ley 26.773 modificatoria de la ley de riesgos del trabajo 24.557 recuperado de  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm> .

Ley 29.946, del Contrato de seguros la República del Perú. Recuperado de  
[https://www.rimac.com.pe/uploads/Ley\\_de\\_contrato\\_de\\_Seguro\\_N29946.pdf](https://www.rimac.com.pe/uploads/Ley_de_contrato_de_Seguro_N29946.pdf)

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de  
[www.infoleg.gov.ar/infolegInternet](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet).

Ley 29.946/2.012, Del contrato de seguro. Perú. Recuperado de  
[www.lapositiva.com.pe/repositorioaps](http://www.lapositiva.com.pe/repositorioaps).

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos recuperado de <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/pdocs/PACTOCIVILES> POLITICOS.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Acuerdo 59366, *in re*: “Centeno, Julio C. c/Ponzio, Horacio s/Daños y perjuicios”, *Diario de Jurisprudencia Judicial de Buenos Aires*, 160, 310-329.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdo 68.385, *El Derecho*, 1999, 123-136.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdo 38.173, *Acuerdos y Sentencias*, 1987(IV) 571-580.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdo 39.415, *Acuerdos y Sentencias*, 1988(IV) 635-640.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires *in re*: “Alvarez, A. c/Valle, A.”, 28/12/1995, *Diario de Jurisprudencia Judicial de Buenos Aires*, 150, 2470-2478.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 28/12/93, *in re*: “Binci de Fernández, Ofelia M. c/ Ande, Juan C. s/ Daños y perjuicios”, *Diario Judicial*, 1994(2) 33-44.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 23/3/1982, *in re*: “Ise, Jacinto c/ Roldán, Luis s/ Daños y Perjuicios”, *Diario de Jurisprudencia Judicial de Buenos Aires*, 123, 11-14.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *in re*: “Labaronnie, Osvaldo P. y otra c/ Madeo, Leonardo y otros s/ Daños y perjuicios”, 4/11/09, *causa* 96.946.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *in re*: "Lepthiem, L c/ Muhlemann, R.", Diario de Jurisprudencia Judicial de Buenos Aires, LXXII, Acuerdo 43.703, 09/06/64.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *in re*: "Pérez, G. S. D. c/ Pertini, H. A. s/daños y perjuicios", Acuerdo 84098, 13/04/05.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *in re*: "Rivero, Ernesto c/ Raposi, Felipe s/ Daños y perjuicios", 07/05/91.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Acuerdos 55.654 y 57.260. Recuperado de <http://juba.scba.gov.ar/>.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Acuerdos 56.675, 24/10/95 y 59.366, 10/07/97. Recuperado de <http://juba.scba.gov.ar/>.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *in re*: "Duarte, M. c/ Altamirano, R. y otro. s/ daños y perjuicios", 15/07/15. Recuperado de <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=126447>.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, autos: "Pantano, A. C/ La Estrella Compañía de Seguros", *La Ley*, 1971, 143-260.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, *in re*: "Palleres, Faustino E. c/ Rincón Troncoso, Alfredo s/ Daños y perjuicios", *Jurisprudencia Argentina*, 1983-II-82.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 2, 23/12/1993. *In re*: "Martín, Antonio R. c/ Chic Cahiza Hnos. y Cía. S.A. S/ Daños y perjuicios", Repertorio *La Ley*, 1994(66) 1963-1969.

Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Recurso Especial nº 256.424-SE, 29/11/05.  
Recuperado de <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148658/recurso-especial-esp-256424>.

Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Recurso Especial nº 257880-RJ, 03/04/01.  
Recuperado de <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/282824/recurso-especial-esp-257880-rj-2000-0043135-4>.

Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Recurso Repetitivo Resp 962230 06/04/11.  
Recuperado de <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18677653/peticao-de-recurso-especial-esp-962230>.

Superior Tribunal de Justicia, Río Negro Sala B in re: “B., L.C c/ La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales s/ recurso / casación sentencia, 29/03/2006 recuperado de [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar).

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Civil, Comercial y de Minería, *in re*: “Pardo, Yesica Verónica c/ García, Jorge y García, José Luis s/ daños y perjuicios (ordinario)”, 12/04/2016. Recuperado de [www.laleyonline.com.ar/JUR/18880/2016](http://www.laleyonline.com.ar/JUR/18880/2016).

Tribunal Superior de Colombia, Sala 1ª, núm. 256/1996, de 1 de abril.  
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Tribunal Superior de Colombia, Sala 1ª, nº 494/2006, 10 de mayo.  
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Tribunal Superior de Colombia, Sala 1ª, nº 40/2009, de 23 de abril.  
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtm>

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sala Penal. *In re*: “Minetto, Angel”,  
23/12/1976. *Jurisprudencia Argentina*, 1976(IV) 164-170.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 20/08/92. *La Ley*, Córdoba, 1993, 2599-  
2603.