

**LA ACCION DIRECTA DEL TERCERO CONTRA EL ASEGURADOR FRENTE AL
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Por Jorge Omar Frega

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 24 de noviembre de 2017

Resumen

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil es una herramienta que permite al tercero acceder a la reparación de su daño y, por otra parte, mantener íntegro el patrimonio del asegurado.

El Código Civil y Comercial incorporó la acción directa en la legislación, por lo que es objeto del presente trabajo compararla con la acción directa en el seguro.

Abstract

Direct action in civil liability insurance is a tool that allows the third party to access the repair of their damage and, on the other hand, keep the insured's assets intact.

The Civil and Commercial Code incorporated the direct action in the legislation, so it is the object of the present work to compare it with direct action in insurance.

Resumo

A ação direta no seguro de responsabilidade civil é uma ferramenta que permite ao terceiro acessar o reparo de seus danos e, por outro lado, manter a integridade dos ativos do segurado.

O Código Civil e Comercial incorporou a ação direta na legislação, razão pela qual é objeto do presente trabalho compará-lo com a ação direta no seguro.

Palabras clave

Seguro, Responsabilidad Civil, Acción directa del tercero, Asegurador, Código Civil y Comercial de la Nación.

Keywords

Insurance, Civil Liability, Direct Action from the third party, Insurer, Civil and Commercial Code of the Nation.

Palavras chave

Seguro, Responsabilidade Civil, Ação Direta do terceiro, Segurador, Código Civil e Comercial da Nação.

1. 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?.

Para responder esa pregunta resulta entonces crucial determinar las condiciones que garanticen el objeto bifronte teniendo en consideración la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto último, considerando especialmente que se incluye a la acción directa en forma general dentro de su regulación. Para ello, debemos 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.

Se trata, en definitiva de constatar 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. Es por ello que resulta importante 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.

2. Citación en garantía y acción directa

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. 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. 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. 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.

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-.

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. 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.

3. El derecho comparado

En el ámbito internacional 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-. 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.

4. La autonomía

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- frente a la tensión entre la priorización de la función de indemnidad y la indemnizatoria en el seguro de responsabilidad civil la tendencia actual se inclina hacia la última tanto en la doctrina, en la jurisprudencia y mayoritariamente en el derecho comparado analizado. 2.- Que la acción directa es un instrumento conducente a facilitar el acceso a la víctima de la indemnización por parte del asegurado y que ella es consecuencia lógica de la función del contrato de seguro de responsabilidad civil. 3.- Que la sanción del Código Civil y Comercial genera una cierta incertidumbre sobre su aplicación al derecho de seguro en materia de acción directa. 4.- Que la regulación del Código Civil y Comercial sobre la acción directa es necesariamente supletoria en virtud de que debe respetar la regulación especial y, además reconocer el especial objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Para ciertos autores la acción directa 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, 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.

5. La obligación de accionar contra el asegurado para poder hacerlo contra el asegurador

La 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.

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.

Una 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.

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.

6. Las defensas oponibles por el asegurador

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.

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.

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.

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 *claimes 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.

7. La acción directa en el Código Civil y Comercial

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 desvalida 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.

8. Conclusiones y recomendaciones

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.

Frente a la situación jurídica actual analizada en el presente trabajo 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.

Es factible afirmar que se debe indudablemente incorporar 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.

Como hemos expresado y resulta indudable, 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.

Entendemos entonces, que la acción directa del tercero contra el asegurador resulta un instrumento eficiente para cumplir con ese objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil.

Frente a la regulación genérica de la acción directa en el Código Civil y Comercial y evaluando sus implicancias sobre el régimen del seguro, 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.

En suma, debemos afirmar 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 que conforme surge del nivel evolutivo del instituto estudiado y puede determinarse 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.

9. Bibliografía y fuentes de información

9.1 Bibliografía

Barbato, N. H. (2001). *Derecho de seguros*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

Borda, G. A. (1987). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot.

Cima, E. (2013). La citación en garantía del asegurador: aspectos sustanciales y procesales. *Revista de la Facultad*, 4, 2-10.

Couture, E. J. (2004). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: E de F.

- Dávila Millán, M. E. (1997). *Litisconsorcio necesario*. Barcelona: Bosch.
- 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.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Halperín, I. (2003). *Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, actualizado por Nicolás H. Barbato. Buenos Aires: Depalma.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado*. México: Ediciones Coyoacán.
- 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.
- Morandi, J. C. F. (1971). *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Pannedille.
- Morello, A. (1975). El contenido complejo del proceso de daños con participación de la aseguradora. *Jurisprudencia Argentina*, 27, 453-456.
- Palacio, L. E. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Palmieri, J. (1970). La citación en garantía del asegurador. *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 19, 378-387.

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.

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.

Soler Aleu, A. (1970). *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires: Astrea.

Steinfeld, E. R. (1970). *El seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.

Stiglitz, R. S. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

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.

Tena Ramírez, F. (2004). *Derecho constitucional mexicano. México D. F.: Porrúa*.

9.2 Fuentes de información

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.

Code des Assurance. France. Recuperado de ww.legifrance.gouv.fr/affichCode.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar/infolegInternet.

Código Civil paraguay. Recuperado de 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.

Código de Comercio de Uruguay. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/CodigoComercio2014-03.pdf>.

Ley 9.688, de Accidentes de Trabajo. Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar/infolegInternet.

Ley 17.418, del contrato de seguros. Argentina. Recuperado de 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 [_de_contrato_de_Seguro_N29946.pdf](#).

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar/infolegInternet.

Ley 29.946/2.012, Del contrato de seguro. Perú. Recuperado de www.lapositiva.com.pe/repositorioaps.

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 Buenos Aires, in re: "Ise, Jacinto c/ Roldán, Luis s/ Daños y Perjuicios", DJBA 123-11.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, in re: "Ninci de Fernández, Ofelia M. c/ Ande, Juan C. s/ Daños y perjuicios". *DJ*, 1994, 2-33".

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, in re: "Palleres, Faustino E. c/ Rincón Troncoso, Alfredo s/ Daños y perjuicios" e in re: "Martín, Antonio R. c/ Chic Cahiza Hnos. y Cía. S.A. S/ Daños y perjuicios". *Repertorio LL*, 1994, 66-1963.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 20/08/92. *La Ley, Córdoba, 1993, 2599-2603.*