

# **UNA PROPUESTA PARA LA CITACION EN GARANTIA Y LA ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Dr. Jorge Omar Frega

## **I.- INTRODUCCION:**

La acción directa del tercero contra el asegurador es uno de los temas que más se ha sido debatido en nuestra doctrina del derecho de seguros. En particular lo fue por Isaac Halperín quien lo trató con la profundidad y rigor científico que sólo él podía esgrimir. Justamente su tesis doctoral galardonada con el premio “accesit” se tituló “La acción directa de la víctima contra el asegurado del responsable civil del daño” publicada a comienzos de la década del ´40. Su visión adelantada que aún se mantiene vigente, es sin duda propia de una mente genial que se anticipó a su tiempo y que comprendió la problemática que se asomaba. Esa admiración nos ha movido a volver sobre esta temática que entiendo aún sigue vigente como la memoria del maestro. Por ello y en su honor, humildemente intentamos resaltar lo acertado de la institución de la acción directa con las características y alcances que le impuso el anteproyecto de Ley de Seguros.

La redacción definitiva del artículo 118 de la ley 17.418 devino en la institución de la figura denominada “citación en garantía”.

El anteproyecto General de Ley de Seguros de Halperín en cambio establecía en su artículo 121 expresamente la “acción directa” “para cuyo ejercicio debe citar al juicio al responsable civil”.

En tal sentido y frente a diversidad doctrinaria suscitada respecto al verdadero carácter de “directa” de una acción condicionada a su ejercicio también contra el asegurado, fue sin dudas resuelto por la posición (sostenida

principalmente por Barbato) que afirma que se trata de una acción directa “no autónoma”.

Entonces surge un “derecho propio” pero no autónomo sino nacido de la ley y del contrato de seguros.

Es por ello que la “citación en garantía” fundada básicamente el mismo fundamento que el privilegio de la víctima insituído en idéntico artículo de la Ley de Seguros, tiene su antecedente en la “llamada a la causa” del derecho italiano, empero con un tratamiento diferente.

En efecto, la verdadera citación en garantía –como se ha sostenido reiteradamente- es la que efectúa el asegurado, mientras que la que ejerce la víctima es una verdadera acción directa que tiene como objeto condenar a la aseguradora en la misma sentencia que al responsable civil del daño.

Sin hesitación alguna el principal motivo de la norma en cuestión es la protección de la víctima y el cumplimiento acabado de la obligación de mantener indemne al asegurado en los términos del artículo 109 de la ley citada. 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. Todo sin perjuicio de considerar la excesiva demora que ello significa. El régimen establecido por el art. 118 de la ley 17.418 ha venido a resolver esa cuestión sin embargo existen algunas cuestiones que entendemos deberían volverse a analizar.

## II.- LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCION DIRECTA Y LA CITACION EN GARANTIA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SEGUROS.

Para comprender mas cabalmente cual es el sentido que quiso imponerle Halperín al instituto de la acción directa y en particular de la citación en garantía, podemos acudir a su anteproyecto “expresión de motivos”, cual es la nota dirigida al Ministro de Educación y Justicia de la época. Allí resalta por un lado la función social del seguros de responsabilidad civil, destacando la importancia que ya había cobrado este contrato en la comunidad jurídica y cómo se había ya transformado en una perramente inigualable para palear las

consecuencias disvaliosas de los daños sufridos por quienes introducen con su actividad un riesgo para la comunidad.

Por ello Halperín expresa: *“El seguro de la responsabilidad civil merece consideraciones más largas. He previsto su detallada reglamentación en dos secciones: la sección X, dedicada al seguro de la responsabilidad civil en general, y la sección XI, al seguro obligatorio de la responsabilidad por automotores.”*

Respecto de la acción directa el proyecto rescata la necesidad de agilizar el acceso de la víctima o tercero respecto de la relación asegurativa a fin que dar un cumplimiento mas exacto a la mencionada función social de este tipo de seguros y, por otro lado, obtener el objetivo de mantener indemne al asegurado en forma más dinámica y cierta. En tal sentido nos dice: *“el reconocimiento a la víctima del daño de un derecho propio sobre la indemnización, con exclusión de los demás acreedores del asegurado, que hará valer con una acción propia y directa contra el asegurador. Se proyecta el régimen de esta acción, para obviar las dificultades de*

*la eficacia de la sentencia que se dicte, de la defensa inoponibles por el asegurador, y su prescripción.”*

Podrá advertirse que el destacado autor ha incluido entre las “dificultades” que pretende “obviar” con la acción directa es el de las defensas oponibles por el asegurador. Ello supone que la inoponibilidad genérica de las defensas del asegurador contra el tercero víctima del daño pretendía evitar las dificultades que ello significan para obtener la indemnización. Resulta claro que no se trata de perjudicar al asegurador sino de permitir un sistema que le de un acceso menos dificultoso al tercero titular de la acción directa, sin desconocer el derecho del asegurador de accionar contra el asegurado en caso de verse condenado cuando alguna defensa que no ha podido esgrimir lo exime de su obligación indemnizatoria. De hecho, como es conocido, dicha situación se da en los supuestos de las acotadas defensas inoponibles que estableció la ley 17.418 en su redacción definitiva.

El prestigioso autor explica en su conocida obra “Exposición crítica de las leyes...”: “El seguro de la responsabilidad civil suscita el problema de la acción directa de la víctima contra el asegurador”. Luego de mencionar en su obra variados ejemplos de “acciones directas” del Código Civil (sublocación, arts. 1591 y siguientes, locación de obra, art. 1645, en la substitución del mandato, art. 1929, en la evicción, arts. 2096 y 2109, hipoteca 3110, el art. 4 de la Ley de Prenda Agraria, y el mismo art. 26 de la ley 928 de warrants que otorga acción directa a los acreedores privilegiados contra el asegurador de la cosa gravada).

Continúa diciendo que “la ley otorga esa acción directa toda vez que existe posibilidad o peligro de que el producto o subdeuda sea desviado de su destino lógico y natural.”

“Esta es una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de esa doble vinculación, que no depende de las partes apartar de sus contratos, porque el orden público se halla interesado en que se respete ese destino del crédito, que surge por imposición de la esencia de esas vinculaciones y a pesar de la voluntad de las partes”

A su vez Halperín resalta “el fin económico perseguido por las partes” y que el juez debe asegurar, aun cuando “no pueda alcanzarse en modo alguno tal como las partes lo expresan”

Finalmente concluye que “Ese destino lógico y natural, que la ley quiere asegurar, está dado por la vinculación estrecha entre ambos créditos, vinculación que en algunos supuestos llega a su condicionamiento o subordinación como en el seguro de responsabilidad civil”

### III.- LA CITACION EN GARANTIA EN EL ANTEPROYECTO:

Halperín implementó un sistema novedoso en nuestro país, inspirado en la solución que el derecho francés, alemán austríaco y suizo en Europa, y el mexicano en América, la acción directa. Dicha solución fue luego incorporada por otras legislaciones en forma expresa como la ley 50 de España entre otras.

Como en su origen 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 (21 y 118 respectivamente).

Pero, además como lo reconoce el autor del anteproyecto, existía instituída la acción directa desde antigua data en nuestro país en la legislación laboral. En efecto, la ley 9688 había impuesto 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.

Así el maestro la instrumenta en su anteproyecto 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 9688; Austria, art. 127; Suiza, art. 60; Alemania, arts. 157 y 158C; Francia, art. 53; Méjico, art. 147.”*

Como se podrá advertir las novedades introducidas por el anteproyecto 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.

No se optó la figura de la “citación en garantía” como lo hizo la norma definitiva de la ley. Sin embargo, Halperín previó en su art. 120 que “ El asegurador asumirá la dirección de la litis promovida por el tercero, y cumplirá la condenación judicial civil la parte a su cargo en los términos procesales.”.

Ello significa que el anteproyecto 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 lo cual se sumaba otra novedad, 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.

Este esquema fue alterado en la redacción final de la ley resultando un sistema “intermedio” donde el asegurador tiene participación directa cual es el de la citación en garantía (art. 118 de la Ley 17.418).

Conforme el texto legal vigente tanto el asegurado, como la víctima pueden “citar al asegurado” para que a este se le haga extensiva la condena civil en la medida del seguro. Pero, por su parte 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 mas acotadas-), lo cierto que las mas importantes defensas que puede esgrimir el asegurador le son permitidas en dicho proceso.

Es dable destacar, que el mencionado esquema del anteproyecto original fue alterado no sin dañar su esencia seriamente. Es inevitable preguntarse cual fue el motor de esa redacción prevista por el maestro. 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 anteproyecto 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 previsiones 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 defensa en el juicio que iniciara el damnificado.

Se 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. (Ac. 59.366, "Centeno, Julio C. contra Ponzio, Horacio. Daños y perjuicios" del 10/07/97)

#### IV.- LAS EXCEPCIONES INOPONIBLES – LA SITUACION DE LA JURISPRUDENCIA:

La solución optada por el anteproyecto resulta claramente mejor a la finalmente aprobada en la ley 17.418. Por supuesto que no se nos escapa que se trata de una evaluación de prioridades, como siempre lo son los institutos jurídicos. Así si se opta por darle mayores garantías a los aseguradores e

indirectamente a la mutualidad de asegurados que ellos representan, resulta más conveniente la inoponibilidad acotada que impone la ley en vigencia.

Ahora bien, si se prioriza el privilegio del tercero damnificado, función social del seguro de responsabilidad civil y la mayor accesibilidad a la indemnización, sin dudas la inoponibilidad de todas las defensas instituída por el mencionado proyecto es la más hábil para cumplir con esos fines.

La evolución del derecho de seguros, y en particular de la responsabilidad civil han llevado a extender esta forma de aseguramiento de un modo inimaginable. Ello no sólo en la actividad comercial e industrial, sino también a la de la vida diaria de la comunidad en general, como por ejemplo la social y deportiva.

Todo ello lo podemos advertir en la evolución de la jurisprudencia. En nuestra provincia de Buenos Aires podemos detenernos puntualmente en el recorrido que efectuó la Suprema Corte respecto de la posibilidad de apelar la sentencia el asegurador 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 si pretendía hacerlo la aseguradora. Sin perjuicio de la solución que finalmente adoptó (Ac. . 55.654; Ac. 57.260, ambas sentenciadas el 17-X-95; Ac. 56.675, sent. del 24-X-95 y 59.366, sentencia del 10/07/97), en un momento utilizó un criterio restrictivo de las facultades procesales del asegurador en el proceso de daños y perjuicios (Ac. 43.703 del 7 de mayo de 1991 en "Rivero, Ernesto contra Raposi, Felipe. 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, la que volvió a un "criterio amplio" de participación de la aseguradora en el proceso de daños y perjuicios, siguieron sosteniendo los mismos fundamento sustanciales.

En efecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que "entre la aseguradora 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 (Ley de Seguros); por ende el asegurador es llamado a juicio para

cumplir con la prestación debida a su único acreedor, el asegurado, y 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 (art. 504, C.C.), porque es celebrado en interés del asegurado, no existiendo ninguna acción directa en cabeza del tercero respecto del asegurador. No estando éste potenciado para oponer defensas que hace a su legitimación pasiva, es decir, aquellas anteriores al siniestro, resultantes del contrato de seguro. Se señaló también en el mismo orden de pensamiento que entre la aseguradora -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 (Ac. 43.703; Ac. 44.735; Ac. 45.924; Ac. 54.097; entre otros). Tratando de neutralizar tan respetables argumentos, importa puntualizar que en puridad de verdad no existe tal independencia entre el tercero y el asegurador, habida cuenta que aquél trae "obligadamente" a éste -en realidad no se trata de una obligación sino de una carga- y, una vez obtenida su condena, está potenciado para ejecutarlo en forma directa. Por otro lado, la aseguradora no puede -en principio- oponerle al tercero damnificado ciertas defensas, que podría sin embargo haber puesto en marcha frente a su cocontratante, el asegurado. Con respecto a la supuesta "independencia" entre ambos colitigantes importa dejar en claro que la citación en garantía incoada por el tercero implica el ejercicio de un derecho propio del damnificado que cierra el circuito tripartito de vínculos. Y ese derecho se apoya en dos presupuestos: a) un contrato -de seguro- del que arranca el tercero para traer al asegurador al proceso, ligamen éste en el que se ha convenido una obligación -a cargo del asegurador - que tiene por objeto una prestación de doble indemnidad: el asegurador debe mantener indemne al asegurado en la medida de la deuda al tercero, y la forma de poner en juego esa "indemnidad", es la extinción de la deuda para reparar el daño concreto; y b) una deuda de responsabilidad que da origen a la exigencia de actividad del asegurador, que tiene en miras evitar que el asegurado sufra un perjuicio concreto en su patrimonio (Barbato, Nicolás, cit., pág. 169). Desde esta vertiente, fácil es

colegir que la obligación del ente asegurador frente a terceros viene a ser la misma que frente al asegurado (Barbato, Nicolás, cit., pág. 168). Otro de los argumentos esgrimidos por esta Corte que sirve de pilastra a la tesis restrictiva, es que el contrato de seguro no constituye una estipulación a favor de terceros, andamiaje argumental que no comparto porque sin entrar en cuestiones ateneístas, lo cierto es que el asegurador, para mantener indemne al asegurado, se compromete a pagar la indemnización que en definitiva se constituye en una ventaja a favor del tercero, que éste puede usar (Barbato, Nicolás, cit., pág. 170). También sostuvo este Tribunal en los fallos aludidos, que la citada en garantía sólo puede oponer todas aquellas defensas que hacen a su legitimación pasiva, es decir aquellas anteriores al siniestro. No coincido con tal parecer, pues -en mi opinión- la aseguradora puede estar potenciada (según los casos) para oponer todo tipo de defensas, salvo las nacidas luego del siniestro (art. 118, ley 17.418); ello así resultando o no del contrato de seguro (Morandi, Juan C.F., "Estudio de derecho de seguros", pág. 422) y, por consiguiente, podría oponer -si fuera el caso- las atinentes al hecho motivador de la responsabilidad (Soler Aleu, Armando, "El nuevo contrato de seguro", pág. 256). Por último se expresa en los precedentes de esta Corte antes referidos, que no existe un litisconsorcio pasivo necesario entre el asegurado y su asegurador, argumento que comparto, pero ello no permite negarle al último aptitud impugnativa, ya que como más adelante trataré de demostrar, estamos en presencia de una citación coactiva que implica una intervención obligada del asegurador en los términos de los arts. 94 a 96 del Código Procesal Civil y Comercial (recuérdese que técnicamente debe hablarse de "carga" y no de obligación).

Por su parte, la Corte de Justicia de la Nación fijó las pautas a las que luego la Suprema Corte bonaerense adhirió pero sin renunciar a su criterio sino al solo efecto de evitar contradicciones jurisdiccionales. Así se siguió lo que había "señalado la Corte Suprema de la Nación en el caso "Lanza Peñaranda" y en los posteriores ya citados que: "la relación constituida entre el demandado y su asegurador genera a favor de éste una legitimación procesal que la faculta -con autonomía de la actitud seguida por aquél- para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el gravamen que como presupuesto requiere dicha vía de impugnación, está dado desde el punto de vista subjetivo

para todos aquellos a quienes alcanza los efectos de la cosa juzgada de la defensa" (cons. 7mo). Agregó el más Alto Tribunal de Justicia de la Nación en el fallo prenombrado: "Que, en efecto, al reconocer al damnificado la facultad de "citar en garantía" a la asegurador 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, el art. 118 de la ley 17.418 no se ha limitado a instituir un mero llamado a la causa del asegurado, sino que con abstracción del nomen juris utilizado, ha legitimado al actor para acumular a la pretensión deducida contra el responsable otro reclamo de idéntico objeto contra el asegurador (Fallos: 308:852)" (cons. 4to). "Que, por otro lado, la accesoriedad de la obligación de garantía asumida por la recurrente respecto de la prestación adeudada por el asegurado no constituye un fundamento eficaz para restringir las facultades procesales de la aseguradora, pues el eventual débito de responsabilidad en cabeza del demandado repercutiría en forma directa e inmediata sobre un interés personal y originario de la aseguradora , que deberá afrontar con su patrimonio la obligación estructural del seguro de responsabilidad civil consistente en mantener indemne al asegurado (art. 109 de la ley 17.418)" (cons. 5to). Que, además, el carácter personal del interés defendido por la asegurador a es objeto de una especial protección dentro del sistema de la ley de seguros, pues no sólo el asegurado tiene deberes en relación con su defensa en juicio, sino que se le veda la realización de actos de disposición del objeto procesal en tanto cuenta con la expresa prohibición legal de reconocer su responsabilidad de transar (art. 116), lo cual lleva a considerar que dentro de la estructura del régimen legal asiste a la aseguradora todo el conjunto de cargas, deberes y facultades procesales contemplados por el ordenamiento ritual para las partes" (cons. 6to). Los argumentos expuestos en el precedente citado, además de ser ampliamente contundentes, surgen de la Corte Suprema nacional que tiene efectos por lo menos de vinculación moral hacia tribunales inferiores, sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal (C.S.N., Fallos, 212:160; 212:253; 256:28; 259:159; 261:173; 270:176, etc.)."

Empero, quedó subyacente en el ánimo de la Corte provincial que la redacción actual del art. 118 no era la figura mas apropiada, lo que significa otro argumento a favor del texto propuesto por el anteproyecto de Halperín.

Es claro, que la citación en garantía ha generado dudas respecto de su naturaleza que llevaron a la jurisprudencia contradictoria y a conflictos, en muchos casos innecesarios.

Por su parte, respecto de las defensas oponibles al damnificado, en forma mas reciente surgió una nueva corriente jurisprudencial relacionada con la franquicia o descubierto obligatorio. Esta devino en un conflicto interpretativo entre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido el plenario de la mencionada Cámara de Apelaciones sostiene: “El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista.”

Esta es sin dudas una declaración de principios jurídicos que enmarcan toda la construcción del fallo para terminar declarando la “inoponibilidad” de la franquicia o descubierto obligatorio al damnificado. Se trata claramente de un apartamiento del régimen del art. 118 y concordantes de la ley 17.418. La franquicia es una “defensa oponible” en los términos de la ley y declarar “inoponibilidad” es abrir una brecha importante en la estructura del sistema de la “citación en garantía”, mas precisamente en el esquema de participación del asegurador en el proceso al que es citado. En efecto, conforme el plenario, ya no todas las defensas nacidas antes del siniestro son oponibles.

Pero llamados a analizar las excepciones al principio de las “defensas oponibles por el asegurador” conforme el texto legal podemos encontrar otras atenuaciones jurisprudenciales al mismo:

- La imposición de la relación de causalidad como requisito en los casos de agravación del riesgo o de reticencia que no son exigidos por la ley.

- La imposición de mayores cargas probatorias al asegurador para acreditar las defensas (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I del Dep. Jud. Moron, Pcia. Bs.As. in re “Zurita Galarce, Marçia del Rosario C/ Maggio, Carlos A. s/ Daños y Perjuicios, R.S. 74 17/05/07).
- En general la mayor restricción interpretativa respecto de la configuración de exclusiones de cobertura y la aplicación de las normas del derecho del consumidor en el seguro.

#### V.- LA OBLIGACION DE ACCIONAR TAMBIEN CONTRA EL ASEGURADO:

Hemos dicho que 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 9688 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 (en igual sentido se expidió Barbato)

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.

Respecto de los derechos del asegurador cabe hacer las siguientes reflexiones:

a.- El asegurador se presenta al proceso con el objeto de ejercer su derecho de defensa y eventualmente hacer valer las que le son propias (nacidas del contrato y con los alcances del artículo 118 y sgts.) y las de su asegurado (conforme ya lo ha admitido pacíficamente la jurisprudencia \* y emana de la ley). Que el asegurado deba ser demandado necesariamente no

impide de modo alguno el ejercicio de esos derechos, excepto cuando exista conflicto de intereses entre las partes del contrato de seguro, supuesto en que el asegurado será el interesado en participar del proceso y el asegurador se encuentra siempre facultado a hacerlo.

Que se accione contra el asegurado no resulta en todos los casos garantía alguna para el asegurador. Es más aún, puede ser en muchos casos una verdadera carga para el asegurador como lo indica la práctica del foro.

b.- Respecto de la supuesta necesidad que exista un demandado "principal" para que haya un "citado en garantía" no es más que una cuestión nominal. Como ya se expresara hay una verdadera acción directa, cuya autonomía funcional fue impedida en aras de un estricto respeto a la "naturaleza" jurídica de la relación del tercero con la aseguradora que encuentra su hilo conductor en el asegurado. Por supuesto que la víctima acciona en la medida del contrato de seguro y con tal limitación responde el asegurador, pero como es sabido, ese límite no es absoluto. Así, el asegurador no puede oponer las defensas nacidas con posterioridad al siniestro. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de repetición posterior contra el asegurado, significa una importante excepción a la regla antes descripta.

c.- Resulta más considerable el argumento de la indemnidad patrimonial. Según este, el motivo del ejercicio obligatorio de la acción contra el asegurado para demandar al asegurador resulta del hecho que la amenaza al asegurado de sufrir un perjuicio patrimonial se exterioriza con el reclamo. Entonces, si el reclamo es judicial, el riesgo se concreta con la demanda al asegurado, y dejaría de existir cuando no se acciona contra él.

Fuera de la situación particular del denominado "siniestro" en el seguro de responsabilidad civil y la siempre reabierta discusión sobre cuando se produce frente a los seguros que incluyen la cláusula "reclamación" este argumento no resulta eficaz.

Como estudiáramos con Barbato y siguiendo a Halperín: *"Es que la índole de la prestación comprometida por el asegurador (prestación de indemnidad), contenida en el contrato de seguro de la responsabilidad civil, implica, por su propia naturaleza, una estipulación a favor de un tercero*

*damnificado: el asegurado, estipulante, pacta con el asegurador, promitente, una prestación, que hemos llamado de “doble indemnidad”, por cuanto a la vez que indemniza al tercero damnificado mantiene indemne al asegurado.”*

*“A la afirmación – correcta en principio- que sostiene que el asegurador contrata la cobertura asegurativa para si y no para un tercero, se le ha dado una interpretación, según consideramos, que no se ajusta a la real naturaleza de esta especie de seguros: no se trata, en efecto, de un seguro “por cuenta de un tercero” (arts. 21 y ss, LS); simplemente se hace referencia a que en ese contrato, existe una estipulación que va a constituir una “ventaja” para un tercero, que lo va a beneficiar a éste”*

El asegurador en frecuentes casos abona la indemnización antes que exista un reclamo judicial y, a veces, para mayor diligencia, lo hace aún antes de un reclamo extrajudicial al asegurado. Ese pago no carece de causa y es totalmente válido, más, es querido por la ley y el contrato. Por lo tanto carece de significado obligar al tercero a demandar al asegurado cuando el objetivo del seguro de responsabilidad civil consiste en mantenerlo indemne y por ende, lo mas alejado posible de las consecuencias del hecho dañoso. Participar de un proceso como demandado siempre tiene un “costo” directo o indirecto que si no fuera impuesto por la ley, podría ser suplido en muchos supuestos con la colaboración que el asegurado debe brindar al asegurador para que este actúe en el pleito judicial.

Por cuestiones quizás de política legislativa la ley ha llamado “citación en garantía” a lo que es una acción directa. Por iguales fundamentos ha impuesto la obligación de demandar también al asegurado para poder demandar al asegurador. Será tiempo de revisar ese criterio.

### III.- LA ACCION DIRECTA EN EL DERECHO COMPARADO:

La ley española ha optado por la acción directa con el siguiente texto de su artículo 76 *“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 o 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 de contrato de seguro y su contenido.”* (Ley 50/1980).

El legislador español ha optado por privilegiar claramente al tercero reforzando la función social del seguro de responsabilidad civil. Ha ido mas lejos que nuestra ley y no sólo consagró la acción directa, 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. (STSJ de Navarra 2/2/95, Ponente: Sr. Rodríguez Ferrero. Ar. 1463). Pero, a su vez, en modo alguno pierde de vista su naturaleza y como lo sostiene Blanco Giraldo. *“El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados, que ampara a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes...”*. Ello es, reconoce la función “bi-frente” de este tipo de seguros.

Por su parte Francia instauró por medio de la ley 1913 la acción directa, habiéndole otorgado la jurisprudencia de ese país el carácter de norma de orden público

Algo similar puede observarse en el Código de Comercio de Colombia.

Por su parte la legislación de Bolivia ha optado por una acción directa que adquiere autonomía para ciertos supuestos excepcionales que son aquellos en que resulta dificultoso o imposible demandar al asegurado.

Nuestro sistema, el de la citación en garantía, tal fue concebido tiene su paralelo en la ley paraguaya.

Como podemos advertir en las notas de la excelente obra antes citada, existen distintas teorías para justificar la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, a saber:

- Delegación. En Francia, Colin y Lyon-Caen y una parte de la jurisprudencia de las cortes de apelación y entre nosotros Anastasi (JA 3-50) y un fallo de antigua data de la Cámara Nac. Comercial (6/12/1926, JA 25-999) han aceptado que existe una delegación legal.
- Teoría de Darras y Tarbouriech, para los que la obligación del asegurador es un hacer: relevar al asegurado de su responsabilidad y solo la cumple satisfaciendo a la víctima (Annales de Drot Comercial”, 1889)
- Extensión analógica de las reglas del reaseguro, sostenida en la doctrina italiana por Lordi, si bien se ha dicho que el reaseguro es una forma de seguro de responsabilidad, contractual, es inaplicable en nuestra legislación ya que justamente prohíbe la acción directa del asegurado contra el reasegurador.
- Un contrato o estipulación a favor de un tercero- La sostienen Josserand en la doctrina extranjera y Arturo Acuña Anzorena en una nota de JA 53-53. Esta doctrina fue aceptada por la Suprema Corte de nuestra provincia en fallo del 6/12/1966 (ED 17-835)
- Una acción oblicua con la peculiaridad de que su producto no se incorpora al patrimonio del asegurado, sino que la víctima apropia directamente. La jurisprudencia italiana la aplica para los supuestos de quiebra del asegurado.

#### IV.- LA ACCION DIRECTA Y LA CITACION EN GARANTIA EN NUESTRA JURISPRUDENCIA.

Sin perjuicio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de la Nación antes referidas, existen dos marcadas corrientes en nuestros tribunales. Una tendiente a reconocer en la citación en garantía una verdadera acción directa “no autónoma” y por otra parte diferentes fallos que no le reconocen tal naturaleza.

En el primer sentido se han pronunciado sosteniendo que “La citación en garantía que autoriza el art. 118 , LS, 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 contrato, sólo parece factible su promoción cuando se cumplen los supuestos previos que así lo permiten.(SCBA, DJBA 26/4/1983, 126-354, ED 107-205; DJBA 28/12/1995, 150-2470). En semejante sentido se pronunció el Tribunal Superior de Córdoba en 20/08/1992 (LL, Córdoba 1993-2599)

Por 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 que habilita al demandado y al damnificado a traer obligadamente al asegurador al juicio donde se debate la responsabilidad de su asegurado con cierta amplitud defensiva (excepto la inoponibilidad de ciertas defensas, las nacidas después del siniestro) con la consecuencia de extender una eventual sentencia al asegurador en la media del seguro. (S.C.B.A. 28/12/93 DJ 1994-2-33; DJBA 146-1508; 22/2/94 ED 157-619, entre otros)

#### V.- UNA PROPUESTA DE MODIFICACION LEGAL – LA VUELTA AL ANTEPROYECTO Y LA ELIMINACION DE LA OBLIGACION DE DEMANDAR TAMBIEN AL ASEGURADO:

Halperín, nos ha enseñado por medio de su anteproyecto el verdadero sentido de la acción directa: facilitar al damnificado el acceso a la indemnización eliminando la mayor parte de las “dificultades” (en palabras del autor) para lograr ese objetivo. Las, a nuestro entender, políticas legislativas, han variado ese criterio al aprobar y mantener inmodificado el texto de la norma del art. 118.

Podemos leer en la obra del profesor homenajeado: “Hay un error en afirmar que el orden público no está interesado en esta solución. La sociedad tiene un interés primordial en asegurar a la víctima el resarcimiento rápido e integral. “

“La desaparición o inutilización económica de un jefe de familia -o de un miembro de ella- importa la pobreza y aun la miseria para un grupo, con todas las consecuencias que implican.”

“Además, 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 asegurador, o por el desastre de su patrimonio, o defraudado por la colusión con asegurador, o por la distracción de la suma asegurada del fin asignado.

“La subversión que producen estos hechos, así como el peligro social que crea el desamparo del siniestrado, o de quienes de la actividad económica de la víctima, comprometen el interés social, el orden público.”

Y concluye esclarecedoramente: “El estado contemporáneo no permanece impasible ante esos hechos. Si en el orden contractual la doctrina señala una tendencia hacia la “publicización” de los contratos, en esta materia esa evolución se ha cumplido.

Respecto de la obligación de demandar al asegurado para poder accionar al asegurador, vale recordar que, conforme nos enseñara el Profesor Barbato, el instituto de la citación en garantía previsto por el art. 118 de la ley 17.418 configura una acción directa no autónoma.

Por todo lo expresado, creemos que eliminar la exigencia de demandar al asegurado como requisito para accionar contra el asegurador no encuentra obstáculo jurídico alguno y por el contrario, implicaría un modo de cumplir más acabadamente con el objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil.

La obligación de demandar al asegurado tenía mas sentido en el anteproyecto de Halperín, donde no existía la citación en garantía. Así, tanto la función de mantener indemne al asegurado, como la de indemnizar a la víctima se ven favorecidas eliminando la imposición de demandar a aquel. Ello no obsta que el asegurado pueda ser traído al proceso por el asegurador cuando éste lo requiriese, de considerarlo necesario. Pero en este supuesto será su carga impulsar su comparencia. Por supuesto tampoco nada impide que la víctima lo demande voluntariamente.

Por ello sostenemos que una modificación legal en tal sentido permitiría adaptar la normativa a la verdadera naturaleza del contrato y del concepto de la denominada “acción directa”.

---

\* Cámara Nac. Civ. Sala C, 1/11/90, Sala C, 20/11/69, ED 34-358, Sala B 19/3/70, Ed 34-280, sala E, 5/3/71 ED 38-570.

**Bibliografía:**

Barbato, Nicolás H. "La citación en garantía del asegurador", ED 150-169, parágrafo VI. Bs. As. 2001.

Halperín, Isaac, "Seguros" 3ra. ED. Actualizada por Nicolás H. Barbato, Bs. As. 2001. y el "Anteproyecto de Ley General de Seguros". Bs. As. 1959.-

Blanco Giraldo, Fernando L. "La Ley de Contrato de Seguro en la Jurisprudencia y en la Doctrina Judicial", E. Dykinson. Madrid 1999.

Código de Comercio de Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1970.

Código de Comercio de Bolivia, Ed. Los Amigos, La Paz, 1979.

Ley de Seguros de España, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981.