

Título: Lineamientos sobre la citación en garantía del asegurador: la agudización actual de una histórica controversia

Autor: Federik, Carlos J. M.

Publicado en: RCCyC 2023 (junio), 280

Cita: TR LALEY AR/DOC/698/2023

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Una mera cuestión semántica?— III. El seguro contra la responsabilidad civil.— IV. La citación en garantía del art. 118 LS. Su naturaleza jurídica.— V. La citación en garantía del art. 118 LS: mi opinión.— VI. Conclusión.

(*)

I. Introducción

En el presente trabajo se realizará un análisis crítico sobre el pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, de fecha 13/12/2022 en autos "Yebara, Damián Enrique c. Orbis Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario".

En el caso, la víctima de un accidente de tránsito (Sr. Yebara), demandó directamente por indemnización de daños y perjuicios a la aseguradora (Orbis Compañía Argentina de Seguros SA) omitiendo hacerlo contra el asegurado, eventual responsable del daño (Sr. Frank Samra).

Fácilmente puede advertirse que se trae a discusión uno de los tópicos más controvertidos en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, referido a los alcances, naturaleza y efectos de la denominada "Citación en Garantía" del art. 118 de la ley 17.418 —en adelante LS—.

El voto de la mayoría (Dres. Ramos Feijoo y Parrilli), en consonancia con la postura imperante en la materia, denegó la posibilidad de demandar directamente al asegurador prescindiendo del asegurado, confirmando así el pronunciamiento del a quo que desestimó in limine la demanda (tal vez podría haber dispuesto, en cambio, integrar la litis —art. 89 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación—).

Los argumentos centrales del decisorio fueron: a) el actor (víctima) y la demandada (aseguradora) no tienen un vínculo obligacional que los relacione; b) la legitimación pasiva de la aseguradora, se encuentra supeditada a la intervención de su asegurado en el proceso; c) el Cód. Civ. y Com., mantiene el efecto relativo de los contratos en los arts. 1021 y 1022, por lo que no existe un derecho que vincule al tercero (damnificado) con el asegurador; d) la existencia de nexos obligacionales diversos, hace que, sin mediar una autorización legal, se vea imposibilitado el reclamo judicial directo contra la aseguradora, si este no es formulado concomitante o previamente contra el asegurado.

Sin embargo, lo interesante del fallo bajo comentario, es el voto emitido en disidencia por la Dra. Lorena F. Maggio, que adscribe a una postura que poco a poco va ganando adeptos, encontrándose sustentada por autores de renombre en nuestra doctrina nacional, como veremos a lo largo de este trabajo.

En dicho voto, dispone revocar la decisión apelada y correr traslado de la demanda al asegurador, sobre la siguiente apoyatura argumental: a) la acción directa de la víctima contra el asegurador, prescindiendo del responsable, resulta viable en la medida en que, corrido el respectivo traslado, no exista conflicto en torno al contrato de seguro; b) una interpretación hermenéutica de los arts. 118 LS, 42 CN y 1092 Cód. Civ. y Com., conllevaría a sostener que la víctima de un accidente de tránsito es un consumidor, en virtud de la función social que ostenta el seguro obligatorio automotor, ya que el damnificado resulta beneficiario directo de la prestación; c) la víctima de un accidente de tránsito reúne todas las condiciones legales para ser considerada usuaria/destinataria final de los servicios asegurativos.

Al poco tiempo de sancionarse la LS, se empezó a debatir arduamente sobre si la "Citación en Garantía" que establece su art. 118, importa consagrar una verdadera acción directa del tercero damnificado contra el asegurador y, en su caso, si dicha acción —rectius: pretensión— es autónoma (se prescinde del asegurado en el proceso) o no (se debe demandar previa o simultáneamente al asegurado); o por el contrario, si se trata de un mecanismo procesal, incorporado en la ley sustancial —LS—, encuadrable dentro del supuesto de "intervención obligada de terceros".

Desentrañar ello resulta de suma importancia, por cuanto según sea el enfoque que se adopte, las consecuencias no se ceñirán a la necesidad o no de demandar también al asegurado, sino que influirán en la posición que ostentará el asegurador en el proceso, en su mayor o menor autonomía de gestión, en los efectos o alcances que tienen determinados actos ejecutados por las partes (v. gr., desistimiento del proceso), entre otros.

II. ¿Una mera cuestión semántica?

Ya antes de la sanción de la LS se discutía si el tercero damnificado ostentaba una auténtica acción directa

contra el asegurador del responsable civil. Si bien había un importante sector doctrinario a favor de esta tesis (1), parte de la jurisprudencia fue reacia a reconocer dicha solución (2).

Una vez sancionada la LS, el art. 118 facultó tanto al asegurado como al damnificado a "citar en garantía" al asegurador. En términos generales, hay coincidencia en que se trata de un derecho, ejercitable potestativamente por los recién nombrados.

También existe coincidencia en que dicho mecanismo prevé dos supuestos distintos: a) la citación requerida por el propio asegurado —demandado—, en cuyo caso la pretensión de incorporar al proceso al asegurador se trataría, técnicamente, de la figura conocida como citación en garantía (3); b) la citación requerida por el tercero damnificado —actor—, siendo esta la hipótesis en que se generan los inconvenientes al discurrir sobre su verdadera naturaleza.

No constituiría este último supuesto —técnicamente— una citación en garantía por cuanto sería ilógico que el actor convocare al proceso al asegurador de su contraparte para que ayude a este a ganar el juicio, es decir, para que actúe en contra de sus propios intereses (4). En estos casos, el damnificado convoca al proceso al asegurador para que intervenga como adversario suyo, no en garantía (5).

Ello llevó a Halperín a sostener que, en dicha hipótesis, la locución citación en garantía empleada por el art. 118 LS, constituía un error terminológico, habiéndose consagrado una "acción directa" contra el asegurador. Sin embargo, admitía que esta acción "no era autónoma", por cuanto se requería indefectiblemente demandar, en forma previa o simultánea, al responsable civil (6).

Los inconvenientes semánticos no terminan allí, sino que, a poco vislumbrar las distintas posturas existentes, lo que muchos denominan como acción directa, constituye simplemente el ejercicio de un derecho propio —autónomo o no— del damnificado contra el asegurador (7). Meramente emplean aquí la expresión "directa" como contraria a "subrogatoria u oblicua", sin embargo, no se refieren a la vía consagrada —hoy día— en los arts. 736 y ss. Cód. Civ. y Com. (8).

La cuestión no resulta baladí, puesto que, en el primer caso, se crearía a partir del hecho dañoso —y por distintos fundamentos— un vínculo obligacional entre damnificado (acreedor) y asegurador (deudor); mientras que, en la acción directa en su correcta locución técnica, precisamente se parte de la base del reconocimiento de una pluralidad de vínculos obligacionales: el del damnificado (acreedor) con el responsable/asegurado (deudor) y de este último con un tercero ajeno a dicha relación (asegurador). El concepto que se tenga sobre la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil influirá sobre esta cuestión.

Todas estas discrepancias han dado lugar a una jurisprudencia muchas veces errática, que lejos de ir consolidando criterios, ha profundizado sus diferencias, tal como se evidencia en el pronunciamiento judicial bajo comentario.

III. El seguro contra la responsabilidad civil

III.1. La naturaleza del contrato

Determinar la naturaleza de la citación en garantía, requiere que previa y necesariamente, nos detengamos a analizar las características de las relaciones sustanciales que sirven de base al proceso, lo que servirá para desentrañar la posición de la víctima respecto del contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado entre asegurado y asegurador.

Así, hemos sostenido previamente (9) que, en el seguro contra la responsabilidad civil, el asegurador asume una obligación de indemnidad (obligación de valor —art. 772, Cód. Civ. y Com.—), que conforme a nuestro régimen legal (arts. 109, 110 y 111 LS), consiste en mantener indemne el patrimonio del asegurado, por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil en que este haya incurrido y por los eventuales gastos y costas para resistir la pretensión judicial o extrajudicial de dicho tercero, en las condiciones y con los alcances estipulados en el contrato.

El asegurador, técnicamente, no resarce un daño del asegurado que, en rigor, no lo ha sufrido, sino que tiende a conservar su patrimonio, el cual ante la producción del siniestro se verá amenazado por la aparición de un débito de responsabilidad. Se pretende evitar que el asegurado sufra el perjuicio. Esta obligación del asegurador nace simultáneamente con la del asegurado en favor de la víctima, y subsistirá hasta la extinción de la deuda de responsabilidad del asegurado (10).

De lo antedicho se colige que, si el asegurado en realidad ostenta un crédito que lo faculta a exigir a su contraparte que se evite el daño, cosa que se logra mediante el pago de la indemnización —en los límites convenidos— al tercero damnificado (11), no podría nunca exigir que se le abone a él la indemnización por un daño que aún no sufrió. Si bien los arts. 1º y 61 LS hablan de "resarcir un daño", en esta rama del seguro el

asegurado no es acreedor al pago de la indemnización propiamente dicha, por cuanto de serlo así: a) el asegurado se enriquecería, pues no sufrió un daño concreto en sus bienes; b) el asegurador no podría oponer al tercero damnificado un recibo de pago, ya que la única manera en que cumple su prestación es pagando directamente —o depositando— la indemnización del daño al tercero damnificado y únicamente a este (ampliaremos en el acápite V.1. sobre esta cuestión) (12).

Ahora bien, bajo esta perspectiva, ello no implica nunca sostener que el tercero adquiriera un crédito autónomo contra el asegurador (13), que lo faculte a reclamar directamente el pago, sino que su único deudor es el asegurado dañador. La circunstancia de que el asegurador pague directamente al damnificado no hace que nazca en su favor ningún derecho, ni mute la naturaleza de la obligación del asegurador (14), sino que constituye la manera en que este cumple con su prestación de indemnidad y, así, el fin previsto en el contrato, que, en nuestra legislación positiva, no es otro que mantener indemne al asegurado (15).

El contrato de seguro de responsabilidad civil no se celebra por cuenta de un tercero (art. 21 y ss. LS), ni contiene una estipulación en favor del tercero damnificado, ni crea un derecho o "ventaja" en cabeza de este. El asegurado no ha tenido intención de beneficiar al tercero que, si bien es el destinatario de la indemnización (16), lo es con miras a satisfacer el interés del único acreedor de la prestación de indemnidad, el asegurado. El seguro de responsabilidad civil se celebra por cuenta y en interés del propio asegurado, nunca del tercero (17).

De todo lo expuesto se deduce la distinta naturaleza de los vínculos jurídicos habidos entre los sujetos involucrados: a) uno, entre tercero damnificado (acreedor) y responsable/asegurado (deudor), que nace a partir del ilícito (contractual o extracontractual) y por el cual se deberá indemnizar integralmente al damnificado; b) otro, entre el responsable/asegurado (acreedor) y asegurador (deudor), que es de fuente contractual, precede al primer vínculo en el tiempo, y da nacimiento al deber de indemnidad —en los límites convenidos— en favor del asegurado. Ambas relaciones sustanciales son totalmente independientes (18).

III.2. La situación del damnificado

En mi opinión, pese a los encomiables esfuerzos doctrinarios en contrario, y que más adelante analizaré, de lege lata, la víctima de un siniestro sigue siendo un tercero ajeno a la relación contractual que liga al asegurado con el asegurador, únicas partes sustanciales en el contrato de seguro de responsabilidad civil.

Por consiguiente, rige el conocido principio de la relatividad de los contratos (arts. 1021 y 1022 Cód. Civ. y Com.), por el cual, puesto que las convenciones tienen efecto únicamente entre las partes otorgantes (arts. 957, 959 y ccds. Cód. Civ. y Com.), estas no pueden perjudicar ni beneficiar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Ergo, si el damnificado pretende invocar el contrato en su beneficio, con basamento en el art. 118 LS, y citar en garantía al asegurador, deberá circunscribirse a los términos de la póliza suscripta (19).

Sin embargo, como bien explica Stiglitz (20), la regla *res inter alios acta* nunca quiso expresar que las convenciones no ejerzan repercusión sobre terceros, sino que no podrán hacer nacer un derecho en contra o en favor de estos. Por ende, al ser el damnificado un extraño, no puede resultar titular de un crédito nacido del contrato de seguro contra el asegurador (21), en tanto no se ha estipulado en su favor, independientemente de que por la particular característica que presenta la prestación de indemnidad, este tercero resulte destinatario del resarcimiento, a quien, se reitera, el asegurador resarce en beneficio del asegurado, satisfaciendo así el interés comprometido de su único acreedor —dicho asegurado—.

Por último, si bien es sabido que el principio de la relatividad de los contratos se ve diluido cuando se presenta una relación de consumo, así sea que se considere a la víctima del siniestro como un consumidor directo o equiparado, ello no implica reconocerle un derecho propio para accionar directamente contra el asegurador (22).

III.3. Los vínculos en el proceso judicial

Con lo que venimos exponiendo, no queremos decir que el damnificado sea totalmente indiferente a la existencia del seguro de responsabilidad civil que ha concertado su dañador con el asegurador.

Por el contrario, este ostenta determinadas facultades que solo se entienden, precisamente, si existe un contrato de seguro vigente y válido. Dichas prerrogativas resultan operativas una vez que decide ejercitar la pretensión judicial por daños en contra del eventual responsable (asegurado), y son las señaladas por el art. 118 LS, esto es, citar en garantía al asegurador a los efectos de que la sentencia haga cosa juzgada y tenga fuerza ejecutiva contra este, y el supuesto "privilegio" que dicha norma le concede sobre la suma asegurada y sus accesorios.

Sin embargo, resulta pertinente aclarar que estas facultades no emergen del contrato, sino que, justamente, encuentran en la ley su fuente exclusiva (art. 118 LS) (23). El hecho de que la sentencia haga cosa juzgada contra el asegurador no implica la extensión de los efectos del contrato, sino el alcance del pronunciamiento contra las

partes procesales —no sustanciales— intervinientes (24).

Así entonces, una vez provocada —a instancias del damnificado o del asegurado— la intervención en el proceso del asegurador, confluirán dos pretensiones: una, del damnificado en contra del eventual responsable (de indemnización); otra, la de este último en contra de su asegurador (de garantía o indemnidad) (25), que si bien se sustentan en dos relaciones sustanciales de distinta fuente, convergirán —hasta el límite de cobertura pactado— para satisfacer una única prestación, que tendrá como destinatario final al damnificado actor.

Se trata de dos créditos nítidamente diferenciables, que confluirán en el mismo y único proceso. Por eso, es preciso remarcar que el asegurador no interviene como deudor del tercero (actor) (26), sino que comparece para cumplir la prestación debida a su único acreedor, el demandado asegurado, en tanto y en cuanto este último sea condenado.

Hasta aquí lo dicho no difiere mucho de lo expresado por la doctrina clásica en la materia. Sin embargo, entiendo que la citación en garantía, figura de naturaleza procesal, importa la convocatoria o llamado a un tercero —el asegurador— a quien se le deduce una pretensión constitutiva, que resulta vinculada por afinidad a la principal incoada por el actor contra el dañador (27).

Con lo cual, no comparto que el asegurador citado en garantía "en ningún momento se constituye en deudor del acreedor de su acreedor" (28), y que con la sentencia de condena no se de a luz a una nueva obligación del asegurador hacia el actor (29).

Por el contrario, disiento respetuosamente de esta última conclusión. Es cierto que con la citación en garantía no se llama al proceso al asegurador en carácter de deudor del actor, ni su comparendo le otorga dicha calidad. Empero, distinta es la situación en caso de sentencia condenatoria firme.

En esta última hipótesis, por efecto del art. 118 1º párr. LS, se crea una nueva relación obligacional, en la que el asegurador es emplazado como deudor del actor, naturalmente, en la medida del seguro (30) (31).

Se trata de una obligación de fuente legal (art. 118, 1º párr. LS), que vincula a la víctima con el asegurador, y que será independiente de la que vincula al actor con el responsable civil. Convergen así con la sentencia firme, hasta la concurrencia del límite cuantitativo de cobertura pactado con el asegurador, dos obligaciones, cuyo acreedor es idéntico (damnificado), con pluralidad de deudores (dañador y asegurador), con el mismo objeto debido (indemnización del daño —hasta la mencionada concurrencia—) y diferente causa (su origen es el hecho antijurídico dañoso, por un lado —art. 1716 Cód. Civ. y Com.—, su origen es la ley de seguros por otro —art. 118 LS—). Se trata, en suma, de un supuesto de obligaciones concurrentes (art. 850 y ss. Cód. Civ. y Com.) (32).

Por su parte, la obligación legal de indemnizar del asegurador al tercero, que nace con la sentencia, se encontrará enlazada a la obligación contractual de garantía o indemnidad asumida para con su asegurado. La primera encuentra su razón de ser en la segunda, por cuanto el reconocimiento del débito de responsabilidad del asegurado en el pronunciamiento de mérito, conlleva a que el asegurador deba mantenerlo indemne y, por ello, con fundamento en el art. 118 LS, deba pagar al damnificado; la primera estará moldeada en sus alcances cuantitativos por la segunda; su efecto extintivo se hará expansivo sobre la segunda (pagando al damnificado, el asegurador extingue la obligación de indemnidad para con su asegurado), etc.; pero, se reitera, no deben confundirse.

He advertido, que prestigiosa doctrina que pregona sobre el carácter concurrente de las obligaciones, lo hace respecto de la obligación de indemnizar del asegurado para con el tercero y de la obligación de garantía del asegurador para con su asegurado. Sin embargo, disiento respetuosamente, ya que, en dicho supuesto, nos encontraremos ante pluralidad de deudores (dañador y asegurador), aunque distinto objeto (indemnización e indemnidad/garantía) y, sobre todo, distintos acreedores (damnificado y asegurado).

Con lo cual, con la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se genera la concurrencia entre la "obligación de indemnizar del responsable al damnificado", y la "obligación de indemnizar —en la medida del seguro— del asegurador al damnificado". El acreedor aquí es el tercero damnificado (33). Ergo, a partir de dicho momento, la aseguradora sí se erige en deudora del tercero, nunca antes, constituyendo un obligado in solidum junto con el demandado (34).

IV. La citación en garantía del art. 118 LS. Su naturaleza jurídica

Hasta aquí, me he expedido, en términos generales, sobre la naturaleza de los vínculos sustanciales que se encuentran involucrados en el litigio que entable el damnificado. Creí necesario hacer todas esas aclaraciones previas, por cuanto los conceptos que se adopten sobre dichos tópicos incidirán necesariamente sobre la materia que se debate en el fallo bajo comentario, es decir, la naturaleza jurídica que ostenta la denominada "citación en garantía" del art. 118, 2º y 4º párrs. de la LS.

Si bien hay un verdadero "desorden" terminológico en la doctrina y, por ende, en la jurisprudencia que recoge sus postulados, que hacen verdaderamente dificultosa la tarea de sistematizar las distintas tesis, a continuación, procuraré ir esbozando los principales argumentos de cada una de ellas:

IV.1. Ejercicio de un derecho propio por parte del damnificado consumidor

Fue la tesis adoptada por el voto en disidencia del fallo que aquí se comenta, y por sumar cada vez más adscriptos, si bien cronológicamente ha sido la última en dar a luz, comenzaré por su análisis.

Para sus autores, la citación en garantía se traduce en una acción directa (no en sentido técnico) que importa el ejercicio de un derecho propio por parte del damnificado consumidor contra el asegurador proveedor del servicio de aseguramiento (35). En términos generales, consideran usuario al damnificado, en los casos en que exista un seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor —en adelante SOA—, por cuanto: 1) La finalidad del SOA, instituido por el art. 68, ley 24.449 (en adelante LNT), es facilitarle el acceso al damnificado frente la Aseguradora, para poder percibir la pertinente indemnización. En dicho seguro, se pretende beneficiar al damnificado, se encuentra establecido en su favor. La instauración de seguros de carácter obligatorio tiene por objetivo fundamentalmente garantizar el derecho a la reparación de la víctima. 2) La víctima de un siniestro vial es un consumidor directo, por cuanto se erige en beneficiaria directa como destinataria final (arts. 1° LDC y 1092 Cód. Civ. y Com.) del servicio asegurativo que, obligado por el art. 68 LNT, tomó el titular de la póliza. 3) Es destinatario final, en tanto el damnificado (al igual que el asegurado) no pretende lucrar con el SOA. 4) Como consumidor o usuario directo, no constituye un "tercero expuesto" a la relación de consumo, sino que "forma parte" de ella. 5) La acción directa autónoma de la víctima contra el asegurador está reconocida en el art. 68 LNT para los gastos de sepelio y curación —obligación legal autónoma—; por lo que no puede hacerse una interpretación restrictiva y regresiva, cuando se quiera reclamar el resto de los daños y perjuicios; ergo, por "expresa normativa vigente" (art. 68 LNT), la víctima podría reclamar en forma directa y autónoma al asegurador también el resto de los daños y perjuicios ocasionados. 6) El damnificado, en ejercicio de un derecho propio como consumidor directo por ser destinatario final del SOA (art. 68 LNT), puede responsabilizar a todos aquellos que forman parte de la relación de consumo (art. 40 LDC), pudiendo demandar entonces de manera directa y autónoma a la aseguradora (proveedora). 7) En caso de no considerársele consumidor directo, igualmente encuadraría en la categoría de "consumidor equiparado" (art. 1092 Cód. Civ. y Com.), por cuanto, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia u ocasión de ella, utiliza los servicios asegurativos como destinatario final, en beneficio propio. 8) En el SOA estaríamos frente a "una estipulación o contrato a favor de tercero", donde el tomador actúa en su propio nombre, pero por cuenta de otro, que es "toda la sociedad en abstracto", la que quedará determinada en la persona lesionada una vez ocurrido el siniestro; por ende, el beneficiario del SOA es la víctima del eventual siniestro, que a partir de dicho momento deberá calificarse como parte del contrato (art. 1030 del Cód. Civ. y Com.). Como corolario de ello, al constituir el SOA un contrato de consumo, la víctima adquirirá el carácter de consumidor.

- Crítica: De manera liminar, no podemos dejar de reconocer que el Derecho del Consumo ha atemperado significativamente la regla *res inter alios acta*, permitiendo a quienes no han sido parte de una relación contractual, invocar determinados derechos o facultades en su favor (36).

Por una cuestión de extensión material del presente trabajo, no voy a adentrarme en la discusión sobre si la víctima de un accidente de tránsito puede ser emplazada como consumidora —directa o equiparada— frente al asegurador del responsable civil. Solo pretendo recordar que la Comisión de Reformas del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., en sus Fundamentos, expresamente refirió a esta situación, cuando justificó la eliminación de la figura del bystander (37). Ergo, si se pretendió que no sea considerado siquiera "tercero expuesto", menos aún podría ser consumidor, sea directo o indirecto (38).

Sin embargo, incluso si se considerase al tercero damnificado como un consumidor —al menos indirecto— de los servicios asegurativos, no encuentro fundamento legal para concederle un derecho propio contra el asegurador del dañador, por los siguientes motivos:

i) En primer lugar, entiendo erróneo concederle legitimación en virtud del art. 40 LDC, en tanto el daño irrogado al tercero proviene de un hecho ilícito —el siniestro—, mas no de la prestación del servicio de aseguramiento. Incluso, no es un servicio cuya utilización por el eventual usuario, en principio, pueda suponer un riesgo para su salud o integridad física (arg. arts. 5° y 6° LDC). No encuadra el supuesto dentro del ámbito de aplicación del art. 40 LDC, por lo que es incorrecto pretender responsabilizar por daños causados en un accidente de tránsito a quienes intervengan "en la cadena de comercialización del servicio de aseguramiento". En suma, el art. 40 LDC no le concede a la víctima ningún derecho propio para accionar en forma directa y autónoma contra el asegurador del dañador.

ii) En segundo lugar, gran parte de los argumentos se asientan en que el SOA, por ser obligatorio, sería

contratado por cuenta, en interés y en favor del tercero damnificado.

Es evidente que la finalidad del SOA es facilitar a la víctima el acceso a una rápida, aunque no integral, indemnización. Ello lógicamente redundará en un beneficio para la víctima. Pero, tal como se encuentra estructurado actualmente el SOA en nuestro ordenamiento positivo, considero incorrecto entender que, de la finalidad que haya tenido el legislador, se derive necesariamente una acción directa y autónoma contra el asegurador, o que se trate de una estipulación en favor del tercero damnificado.

La realidad, es que, mal que nos pese, el art. 68 LNT delegó en la autoridad en materia aseguradora (Superintendencia de Seguros de la Nación —en adelante SSN—), la fijación de las condiciones de un seguro obligatorio automotor que cubra eventuales daños a terceros. Podría haberse legislado específicamente sobre la estructura, elementos, alcances que debía tener este seguro, mas así no se hizo. De hecho, muchos de los proyectos legislativos tendientes a este fin lamentablemente han fracasado.

Ante tal delegación legislativa, la SSN fijó las "condiciones del seguro", reglándolo como un clásico seguro de responsabilidad civil, con sustento en el art. 109 LS. A tal punto ello es así, que, v. gr., en la Cláusula 1° de la Póliza Básica de Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil (res. SSN 268/2021), se lee: "El Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo (...)"; "El Asegurador asume esta obligación únicamente a favor del Asegurado y del Conductor por los conceptos y límites previstos en la cláusula siguiente (...)".

De lo antedicho se desprende claramente que tal como se encuentra legislado, el SOA sigue siendo un seguro celebrado en nombre, por cuenta y en interés del propio asegurado, quien contrata teniendo en miras su indemnidad patrimonial. No se constituye allí ninguna estipulación contractual en favor del tercero damnificado; si bien el legislador tuvo por finalidad beneficiar a la víctima, no regló ni instituyó un beneficio o ventaja emergente del contrato en su favor, cuando bien pudo hacerlo.

Quiero ser claro con lo siguiente: estoy totalmente de acuerdo con que una ley formal regule de una vez por todas el SOA; lo que digo aquí, es que, tal como quedó regulado, esa encomiable finalidad de protección quedó "plasmada a medias" en el art. 68 LNT, y no concuerdo con que de la intención que puede deducirse haya tenido el legislador, deduzcamos —valga la redundancia— la existencia de un derecho propio en favor del damnificado, que le permita reclamar en forma directa y autónoma.

Y la realidad, es que tampoco considero que el mayor inconveniente del SOA sea la eventual concesión de una acción autónoma contra el asegurador. Indudablemente que coadyuvaría a simplificar el acceso a la reparación, al no tener que demandar al asegurado, se evitaría con ello un dispendio económico, de tiempo, etc., lo que hace a una cuestión de conveniencia, utilidad, practicidad, pero no creo que el meollo de la cuestión del SOA pase por allí. La verdadera injusticia actual, que perjudica realmente y frustra la finalidad con que fue concebido el SOA, pasa por la oponibilidad a la víctima de defensas nacidas con anterioridad al siniestro, por la inexistencia de un fondo que haga frente a una eventual insolvencia del asegurador, por la insuficiencia de las sumas aseguradas, etc. Es allí, entre otros temas, en donde tiene que poner el foco el legislador, independientemente de que sería práctico, útil y conveniente evitar tener que incorporar un demandado más al proceso, pudiendo sustanciarlo únicamente contra el asegurador.

iii) Por último, no comparto que de la expresa existencia de una acción directa y autónoma para reclamar los gastos de sepelio y sanatorio (únicos daños que el art. 68 LNT ha dispuesto "serán abonados de inmediato por el asegurador") pueda colegirse una acción de tal tipo para reclamar el resto de los daños y perjuicios, menos aún que ello surja por "expresa normativa vigente" (art. 68 LNT). No se trata de una interpretación restrictiva, simplemente fue voluntad del legislador crear esta obligación legal autónoma, garantizando el acceso —aunque mínimo— a esos gastos inmediatos y necesarios que tiene la víctima o sus causahabientes con motivo del siniestro vial.

El hecho de que exista, para el cobro o reembolso de tales gastos, una acción directa y autónoma, en la que excepcionalmente no corresponde discutir siquiera la presencia de los distintos presupuestos de la responsabilidad civil del supuesto dañador, no autoriza a realizar una interpretación extensiva o analógica a otras hipótesis.

IV.2. Ejercicio de un derecho propio emergente de una estipulación en favor del tercero

El contrato de seguro de responsabilidad civil contendría una estipulación en favor del tercero damnificado (39), en cuya virtud nacería un derecho propio a la indemnización, constituyéndose el tercero en acreedor "directo" del deudor (aseguradora promitente).

Así entonces, la citación en garantía sería una "acción directa", pero no en el sentido técnico del término, sino para expresar que el damnificado ejerce directamente su derecho propio emergente del contrato contra su

deudor, el asegurador. Es decir, no ejerce un crédito contra el deudor de su deudor, sino uno propio; existe un único vínculo. La palabra "directa" indicaría aquí simplemente que no se trata de una acción oblicua o subrogatoria.

Sin embargo, se ha utilizado esta tesis para fundar que se trata del ejercicio de un derecho propio contra el asegurador, aunque no autónomo (Barbato) (40), o que estamos frente a la posibilidad de accionar en forma independiente contra el asegurador (Shina) (41).

Cabe destacar, que incluso antes de la sanción de la LS, la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil fue motivo de discusión en el ya citado plenario "Landa" (42).

Volviendo a la tesis que se comenta, si bien variados son los fundamentos que exponen sus sostenedores, podemos sintetizarlos:

1) Por su propia naturaleza, en el seguro de responsabilidad civil existe una estipulación "implícita" en favor del tercero damnificado: ello se deduciría de la índole de la prestación comprometida por el asegurador: el asegurado, "estipulante", pacta con el asegurador, "promitente", una prestación de doble indemnidad: por cuanto a la vez que indemniza al tercero damnificado mantiene indemne al asegurado.

2) No se trata de un seguro "por cuenta de tercero" (art. 21 y ss. LS), sino que el asegurado (estipulante) pacta en nombre propio y en su interés. Lo que sucede, es que en el contrato existe una cláusula, por la cual la prestación comprometida por una de las partes (asegurador), consiste en mantener "indemne" a su cocontratante por cuanto deba a un tercero; lo que se cumple mediante la indemnización al tercero de los daños sufridos por este; de la índole de esta cláusula, se deduce una estipulación que va a constituir una "ventaja" o "beneficio" para dicho tercero (Barbato).

3) De ello surgiría el nacimiento de un derecho propio del damnificado (beneficiario de la estipulación) hacia el asegurador (promitente). La citación en garantía ostenta entonces el carácter de una verdadera demanda formulada por el actor en ejercicio de un derecho propio y, por ende, directo. La circunstancia de la ausencia de autonomía no es motivo suficiente para negarle dicho carácter (Barbato).

4) El art. 118 LS reforzaría esta interpretación, ya que la facultad de citar en garantía, el privilegio que ostenta en su favor el tercero, la inoponibilidad de defensas nacidas con posterioridad al siniestro, la ejecutabilidad de la sentencia contra el asegurador, son particularidades que no corresponden a un mero tercero, sino a alguien que resulta titular de un derecho.

5) Los sujetos de la estipulación son tres (art. 1027 Cód. Civil): a) beneficiario: que, si bien en principio permanece indeterminado, una vez ocurrido el siniestro se lo determina en la persona del damnificado; b) promitente: sería el titular de la póliza, cuyos derechos contra el estipulante serán cedidos en favor del beneficiario; c) estipulante: sería el asegurador, con quien el promitente ha celebrado el contrato que beneficia al tercero (Shina) (43).

- Crítica: Conforme venimos sosteniendo, adherimos a la tesis de que, en el seguro contra la responsabilidad civil, tal como se halla legislado actualmente (art. 109 y ss. LS), no contiene una estipulación en favor del damnificado, de la que se pueda deducir un derecho autónomo propio de este —con fuente contractual— para accionar directamente contra el asegurador (44).

En esta clase de seguro, el asegurado contrata en su propio nombre, beneficio e interés, consistente en lograr indemnidad patrimonial frente a la aparición de un débito de responsabilidad. El contrato es celebrado entonces por cuenta y en favor del asegurado. Este no ha tenido intención de beneficiar o conceder una ventaja al eventual tercero, no ha contratado con dicha finalidad, sino la de protegerse él mismo.

El asegurador no se constituye en deudor del damnificado, por lo menos hasta la sentencia de mérito firme que declare responsable y condene al asegurado. Por lo tanto, hasta que ello no ocurra, se le ha impedido al damnificado trabar embargo preventivo sobre fondos del asegurador (45).

El derecho del tercero a ser indemnizado nace del hecho antijurídico (art. 1716 Cód. Civ. y Com.), no del contrato. Este crédito, una vez que ocurre el siniestro, no requiere de la "aceptación" de la víctima, y es por ello por lo que tampoco podría ser revocado —hasta ese momento— por el estipulante (asegurado) con la conformidad del promitente (aseguradora), tal como lo dispone el art. 1027 Cód. Civ. y Com.

En el seguro contra la responsabilidad civil, el asegurador solo puede oponer al tercero las defensas nacidas con anterioridad al siniestro. En la estipulación en favor de un tercero, el promitente puede oponer al tercero todas las defensas de que dispone contra el estipulante nacidas del contrato, e incluso las fundadas en otras relaciones con dicho beneficiario (art. 1028 Cód. Civ. y Com.).

El crédito resarcitorio, nacido del solo hecho ilícito —con excepción de lo dispuesto expresamente en el art.

1741 Cód. Civ. y Com. para el daño extrapatrimonial—, es transmisible mortis causa a los herederos; mientras que la facultad del beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmite a sus herederos, excepto cláusula expresa en contrario (art. 1027 Cód. Civ. y Com.).

Finalmente, si tal como reza el art. 1027 Cód. Civ. y Com., "la estipulación es de interpretación restrictiva", mal podríamos interpretar la existencia de una estipulación implícita en favor del tercero damnificado contenida en el contrato de seguro, ya que ella solo admite un pacto expreso.

Finalmente, con relación al SOA, la finalidad procurada que hace que este seguro sea de carácter obligatorio, esto es, la protección de la víctima y el acceso a una pronta y rápida indemnización, no creo que permita realizar una hermenéutica que modifique la estructura legal bajo la cual se encuentra hoy día diagramado este seguro, con todos los reparos que, se reitera, ello nos produce, por cuanto se termina diluyendo su función económico-social (46).

IV.3. Acción directa no autónoma

Esta postura es, de alguna manera, la que encuentra mayor recepción en nuestra doctrina autoral y pretoriana nacional (47).

Existe coincidencia en sus adeptos, en que la figura de la citación en garantía del art. 118 LS, cuando es practicada por el actor damnificado, se trata de una verdadera acción —rectius: pretensión— que tendrá por finalidad agredir el patrimonio del asegurador, incorporándose el producido directamente al propio patrimonio del actor —damnificado—, sin necesidad de que pase en forma previa por el patrimonio del responsable civil —asegurado—. Asimismo, se coincide en que, para ello, es menester que se demande —previa o simultáneamente— y se condene al asegurado, siendo la acreditación de la responsabilidad del mismo presupuesto del éxito de la pretensión contra la aseguradora. De allí, el carácter de "no autónoma".

Sin embargo, tal como he expresado en el acápite II del presente, algunos emplean el término "acción directa" en su verdadero sentido técnico (art. 736 y ss. Cód. Civ. y Com.), mientras que otros, lo hacen solamente para indicar que se trataría de una pretensión deducida contra el asegurador mediante una demanda incoada directamente contra él, en virtud de una legitimación extraordinaria que le concede la LS. Aquí la locución "directa" indicaría solamente que no se trata de una acción subrogatoria (48).

Como se ve, sea cual fuere la postura que se adopte, el resultado será incorporar al proceso al asegurador en carácter de "codemandado", es decir, como parte originaria y principal, conformando un supuesto de litisconsorcio (facultativo para unos, necesario para otros).

Por ser Halperín uno de los principales precursores en nuestro país de esta tesis me permitiré esbozar sus principales argumentos:

1) El empleo del término "citación en garantía" del art. 118 LS, fue utilizado en forma atécnica, constituyendo un error terminológico; ya que cuando el damnificado cita al asegurador, lo convoca a intervenir como adversario suyo, por lo que la ley consagra una "acción directa" del tercero contra el asegurador.

2) La falta de vinculación entre asegurado y asegurador, es precisamente la hipótesis que justifica la acción directa. La ley asegura al acreedor la satisfacción de su crédito con lo que el deudor tiene contra un tercero, y que lógica y naturalmente está destinado a satisfacer.

3) La ley otorga esa acción directa toda vez que existe posibilidad o peligro de que el producto de la subdeuda sea desviado de ese destino lógico o natural; el privilegio del art. 118 LS produce el desplazamiento del asegurado en su crédito contra el asegurador y su reemplazo por el damnificado.

4) La referencia de la LS a la "citación en garantía", no afecta su naturaleza de acción directa, la que es principal, no subsidiaria ni subordinada, y ejercida en nombre propio, sin invocar título alguno del deudor ni declaración judicial previa. En rigor, dicha locución pone énfasis en la necesidad de que sea promovida conjuntamente contra el asegurado y su asegurador.

5) La acción directa se encuentra en la naturaleza o esencia de este contrato, conforme a su regulación legal (art. 109 y ss.). El reconocimiento del "privilegio" del art. 118, 1º párr. refuerza esta interpretación, aunque en rigor, se trataría de un derecho propio de la víctima a cobrar sobre la suma asegurada y sus accesorios, con exclusión del asegurado, que se incorpora a su patrimonio desde el hecho ilícito; en virtud de ello, desde allí el asegurador solo podrá pagar válidamente a la víctima.

6) Finalmente, abonaría esta postura el art. 110, inc. a) LS, que consagraría un verdadero depósito en pago, con efectos liberatorios para el asegurador, para que el titular —víctima— disponga de dichos fondos. El asegurador, mediante dicha vía, adelanta o reconoce así el derecho de la víctima sobre la indemnización.

- Crítica: En primer lugar, debe advertirse que el fundado temor que tenía Halperín, consistía en evitar dos

situaciones: a) que el asegurado cobre la indemnización y desvíe o distraiga dichos fondos, no pagándole a la víctima; b) que, al ingresar el importe de la indemnización al patrimonio del asegurado, la víctima se vea desplazada por acreedores con derecho a cobro preferente (49).

Pese a ello, sea su naturaleza una verdadera acción directa —de orden sustancial—, o configure un mecanismo de índole procesal, lo cierto es que el resultado terminó siendo el mismo, en el sentido de que no hay dudas de que el producido de la citación no ingresa nunca al patrimonio del deudor asegurado, lo que se logró: a) con el reconocimiento del privilegio del art. 118 LS (que, aunque con otra redacción, ya lo contenía el art. 121 del Anteproyecto originario); b) con la consagración de la expansión de los efectos de la cosa juzgada y, por sobre todo, de la posibilidad de ejecutar la sentencia sobre el patrimonio del asegurador (aspectos que no se encontraban regulados en el Anteproyecto, lo que era lógico, porque si se consagraba una acción era directa, esos serían sus efectos propios, naturales). Con esto quiero decir que, en definitiva, el temor de Halperín en gran medida logró ser disipado.

En segundo lugar, por motivos sobre los que me explayaré en el parágrafo V.2. 2), no creo que una hermenéutica correcta permita deducir la existencia de una acción directa.

En tercer lugar, y por lo que vengo sosteniendo a lo largo de este trabajo, no considero que el tercero damnificado ostente la acción ahora normada en el art. 736 Cód. Civ. y Com., por cuanto:

1) Esta acción, de cuya regulación sistemática carecía el Cód. Civil velezano, supone una excepción al principio de relatividad de los contratos (art. 1021 Cód. Civ. y Com.), en tanto concede al titular de un crédito (damnificado), la facultad de agredir directamente el patrimonio de un tercero (asegurador), que es deudor de su deudor (asegurado - responsable civil). En sencillas palabras, el acreedor acciona contra un tercero, para que este, en la medida del crédito reclamado, le pague lo que debe al deudor de aquel.

La acción es ejercida por el acreedor "en nombre propio", lo que significa, que no se subroga en los derechos del solvens, ni depende de un reconocimiento previo, autorización o inacción por parte de este. A su vez, y como característica más importante, se ejerce en "exclusivo beneficio" del pretendiente, por lo cual el producido ingresará directamente al patrimonio del actor, sin pasar por el patrimonio de su deudor inmediato.

Es claro, también, que presupone una pluralidad de relaciones creditorias, lo que en el caso estaría dado por la obligación resarcitoria entre damnificado y responsable asegurado y la obligación de indemnidad entre este último y su aseguradora.

2) Ahora bien, los autores deducen la existencia de la acción directa, del privilegio del art. 118 LS, lo que demostraría que el destinatario final de la prestación del asegurador debe ser siempre el damnificado quien, desde el hecho ilícito, tendría "un derecho propio sobre la suma asegurada y sus accesorios". Sin embargo, no comparto esta opinión. Luego me expediré sobre la naturaleza de este supuesto privilegio especial, solamente pretendo adelantar ahora que no se trataría propiamente de un privilegio, sino de un derecho personal que recién se constituye una vez que adquiera firmeza la sentencia que condene al asegurado.

3) Tal como lo dispone el art. 736 del Cód. Civ. y Com., la acción directa tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley. Y justamente ha sido el legislador quien, ante el texto expreso del art. 121 del Anteproyecto de Halperín, eliminó toda referencia a la acción directa, normando en cambio un mecanismo de orden procesal (la citación en garantía). Precisamente, el texto del art. 118 LS marca que no existe acción directa alguna, ya que, de existir, sería innecesario referir a los efectos de la cosa juzgada y ejecutabilidad de la sentencia. Pretender deducir del articulado una acción que específicamente se quiso suprimir, contraría el carácter excepcional y de interpretación restrictiva que prevé el art. 736 Cód. Civ. y Com. (50). La decisión del legislador en este punto, acertada o no, ha sido otra.

4) Con relación al argumento que invoca el art. 110 inc. a) LS, manifiesto mi coincidencia con Stiglitz (51), quien sostiene que la finalidad de esta norma es otorgar un mecanismo en interés del acreedor, para que limite la extensión de la obligación a su cargo —costas y gastos ulteriores al depósito—; con lo que, en puridad, se trataría de un pago por consignación, que cae en el supuesto del art. 904 inc. b) Cód. Civ. y Com., y que no se efectúa en favor del asegurado ni de la víctima, sino a la orden del juez.

No podría tratarse de un pago (con efectos extintivos), por cuanto: ¿qué extingue? Si la obligación de indemnidad presupone un débito de responsabilidad, cuya existencia precisamente aún no se ha declarado en el litigio seguido por las partes.

5) El art. 738 inc. c) Cód. Civ. y Com., dispone en cuanto a los efectos, que el tercero demandado puede oponer al actor todas las defensas que tenga contra su propio acreedor y contra el demandante. Mientras que esta posibilidad amplia se encuentra expresamente vedada en el art. 118 LS, pudiendo el asegurador oponer únicamente las defensas nacidas con anterioridad al siniestro.

6) En la acción directa, la notificación de la demanda al tercero —subdeudor demandado— causa el embargo del crédito en favor del accionante (art. 738 inc. a) Cód. Civ. y Com.); con lo que: a) el accionante adquiere preferencia en el pago por sobre otros acreedores del deudor inmediato; b) el pago que el tercero demandado pudiera hacer a su acreedor —deudor inmediato del accionante— resulta inválido.

Este efecto tampoco puede admitirse en la citación en garantía del art. 118 LS. Ello así, porque o bien se sostiene que el privilegio de dicho artículo opera desde el nacimiento mismo del crédito del damnificado contra el asegurado, excluyendo a este último respecto de la suma asegurada y sus accesorios desde dicha oportunidad y no desde el traslado de la demanda; o bien, como sostengo, esta prerrogativa que concede el art. 118, cobra virtualidad recién con la sentencia de condena firme;

7) Para concluir, cabe destacar que nada impide que una ley conceda expresamente en el seguro de responsabilidad civil una acción directa en favor del tercero damnificado, tal como desde hace tiempo es tendencia en la legislación universal (52). No se contrapone a ello la naturaleza de los vínculos sustanciales involucrados (53). Lo que quise señalar hasta ahora es que, en nuestro país, la decisión legislativa ha tomado otro camino.

IV.4. Mecanismo de naturaleza procesal: intervención obligada de un tercero

Para los cultores de esta posición, la citación en garantía del art. 118 LS no constituye una noción de derecho sustancial, sino que se trata de una figura de orden procesal (54).

En tal sentido, sostienen que la LS desterró la noción de acción directa, por lo que la víctima no titulariza una acción en sentido sustantivo, como expresión sinónima de derecho a pretender directamente del asegurador la prestación debida. Siendo un tercero respecto del contrato de seguro, no detenta legitimación ad causam contra el asegurador, no puede demandarlo.

Por el contrario, la LS, si bien configura una ley sustancial, incorporó en el art. 118 ciertos aspectos de contenido adjetivo (55), dentro de los cuales se encuentra la "citación en garantía", como medio o mecanismo por el cual tanto el asegurado como el propio damnificado pueden "llamar o convocar" a un tercero —asegurador— a un proceso pendiente. Constituye una hipótesis de intervención coactiva u obligada de terceros, encuadrable, para algunos, en el orden nacional, en el art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. (citación de aquel a cuyo respecto se considerare que la controversia es común).

Esta interpretación se ajustaría con "el procedimiento en forma acorde con las modalidades del sistema procesal argentino", tal como se expresara en la Exposición de Motivos de la LS respecto de esta figura.

El instituto presenta particularidades cuando la convocatoria la realiza el damnificado, que la diferencian de la citación en garantía clásica, de origen italiano (56), por cuanto aquí el citante no convoca al citado en su garantía, para que coadyuve en su posición, sino que lo trae al proceso como adversario suyo. Por ello, se lo ha calificado como un instituto sui generis, autónomo, específico, con caracteres propios.

Para un sector el asegurador intervendrá como un tercero adhesivo simple (57); para otros, lo hace como una verdadera parte procesal principal, por lo que si comparece, conformará con el asegurado un auténtico litisconsorcio (facultativo para unos, necesario para otros), mientras que si no lo hace podrá ser declarado rebelde; finalmente, otra postura sostiene que, no tratándose propiamente de una demanda contra el asegurador, sino de una convocatoria al proceso, si comparece lo hará como coadyuvante autónomo en las legislaciones procesales que regulan esta tipología (v. gr., arts. 302 y 305 Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe) o, en caso de que así no lo hicieren, intervendrá como un "particular interviniente en el juicio de límites indefinidos"; ergo, si no comparece, no debería ser declarado rebelde (58).

Una de las características principales de esta tesis, es que no se puede prescindir del asegurado, demandando únicamente al asegurador. Por el contrario, se debe previa o simultáneamente incoar la pretensión resarcitoria contra el responsable civil. Ello se deduciría de la locución "citación en garantía", que denotaría la existencia de un proceso pendiente (entre damnificado y asegurado) al cual se cita a un tercero para que tome intervención.

Ello, además, resulta de toda conveniencia, para evitar la duplicación de pleitos y que en un único proceso se puedan resolver todas y cada una de las cuestiones propuestas, con relación a todos los sujetos intervinientes y concernientes a todos los vínculos sustanciales involucrados.

En esta posición parecería enrolarse el voto de la mayoría en el fallo bajo comentario.

Por último, la convocatoria realizada por el damnificado se formalizaría en interés de dicho citante, que persigue hacer extensivos los efectos de la sentencia de condena contra el asegurador citado, de tal forma que el pronunciamiento hará cosa juzgada en su contra y le será ejecutable en la medida del seguro (art. 118, 3° párr. LS).

Este enunciado, "extender los efectos", quiere significar que el asegurador no debería ser incluido en la condena en la que se encuentra comprendido el asegurado, sino que el acto sentencial extenderá su eficacia contra dicho asegurador, con los antedichos alcances (cosa juzgada y ejecutabilidad en la medida del seguro).

- Crítica: El principal cuestionamiento que se le ha señalado a esta postura, es que, en los supuestos de intervención coactiva de terceros, como ya he explicado, el citante convoca al proceso al citado para que coadyuve en su postura; en cambio, aquí la víctima llamaría al proceso al asegurador, no propiamente "en garantía", sino para que intervenga como un auténtico adversario. De ello se deriva que la única forma entonces que tendría el damnificado de hacer valer la sentencia contra un tercero cuyo interés es común al del demandado, sería precisamente, demandarlo (art. 88 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) (59).

También, se ha sostenido que el sistema instaurado por la LS, de neto corte proteccionista para la víctima, no constituye un mero llamado a la causa al asegurador, sino que implica el ejercicio de una verdadera acción —directa en este caso—, acumulando el actor a la pretensión deducida contra el responsable, otro reclamo de idéntico objeto contra el asegurador.

V. La citación en garantía del art. 118 LS: mi opinión

De manera liminar debo expresar que adhiero a la posición del voto mayoritario, en tanto se sostiene la imposibilidad, en nuestro ordenamiento positivo vigente, de demandar directamente al asegurador prescindiendo del asegurado.

El sistema al cual adhirió nuestra ley de seguros requiere, indefectiblemente, de la previa o simultánea demanda dirigida contra el supuesto autor del daño.

Por la manera en que las relaciones sustanciales involucradas se canalizan en el orden procesal, creo necesario comenzar por explicar la postura que ostento sobre el denominado "privilegio" del art. 118, 1° párr. LS, para luego sí, adentrarme de lleno en la naturaleza jurídica de la Citación en Garantía normada en el 2° y 4° párrs. de dicha disposición.

V.1. El "privilegio" del art. 118, 1° párr. LS

Ha habido mucha discusión en doctrina sobre la verdadera naturaleza del privilegio que concede el art. 118, 1° párr. LS (60). No se trata de una cuestión menor, por cuanto hemos visto que importantes autores fundan la existencia de una supuesta acción directa en este "privilegio". Ello lleva a preguntarnos: ¿constituye verdaderamente un privilegio?, y en su caso, ¿cuáles son sus alcances?

Bien señalaba Barbato que la consecuencia de que en la estructura del seguro de responsabilidad civil el único acreedor del asegurador fuera su asegurado, era que el legitimado para solicitar el cumplimiento de la prestación —y con ello la entrega de los fondos— es este último, por lo que el importe dinerario ingresaba a su patrimonio; entonces la víctima, en caso de proceso falencial del asegurado, debía concurrir a verificar su crédito como un acreedor quirografario más, viéndose desplazado por otros acreedores privilegiados, y en su caso, cobrar a prorrata.

Ello fue resuelto en la legislación comparada de distintas maneras: a) otorgando un privilegio, como lo hizo el Cód. Civil italiano (art. 2767), al cual siguió en este aspecto nuestra ley; b) consagrando una "prenda legal" en favor del tercero sobre el crédito del asegurado, como la ley austríaca de 1917; c) legitimando al damnificado a cobrar del asegurador en forma directa la indemnización, tal como lo hicieron el art. 124.3 del Code des Assurances francés y el art. 147 de la ley mexicana de 1935.

En el art. 121 de su Anteproyecto (61), Halperín no empleaba el término "privilegio", sino que refería a "hacer valer el crédito sobre"; asimismo, hablaba de "exclusión", no de "preferencia", aunque solo respecto de los acreedores del asegurado, no con relación al asegurado mismo.

Sancionada la LS, el art. 118, 1° párr., estatuye: "El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de este, aun en caso de quiebra o de concurso civil".

Ello llevó a Halperín a sostener que el efecto que tiene el empleo en la norma de los términos "con preferencia sobre el asegurado", es la exclusión o desplazamiento del asegurado en el crédito que este titulariza contra el asegurador, por el damnificado; lo que importa concederle al tercero un derecho propio sobre la suma asegurada y sus accesorios, que por nacer desde el hecho generador del daño, no ingresa nunca al patrimonio del asegurado, por lo que ni este ni sus acreedores pueden afectarlo. Esto reforzaba la idea de que, en rigor, la citación en garantía se trataba de una acción directa (62).

Por su parte, para Morandi era un verdadero privilegio especial, constituyendo el asiento de este "la suma asegurada y sus accesorios". En virtud de esta prelación legal, el asegurador cumplía con su deber de

indemnidad —para con su asegurado— pagándole directamente a la víctima, quien debía ser así siempre el destinatario final de los fondos. En su opinión, este privilegio solo se podía hacer valer frente a los acreedores del asegurado, no del asegurador (63).

Para Stiglitz, el damnificado no tiene ningún derecho propio sobre la indemnización debida por el asegurador. Por ende, cuando el asegurador fuera citado al proceso, de acogerse favorablemente la pretensión del damnificado, nace en su favor un crédito contra el damnificado, que gozará del "privilegio especial" del art. 118, y que se asentará sobre la indemnización (suma asegurada y accesorios) debida por el asegurador al asegurado. Es decir, con el privilegio, verá el damnificado reforzado el cobro de su crédito, pero ello no importa asegurarle una acción para exigir del asegurador la prestación a su cargo (debida solo a su asegurado) (64).

Por mi parte, pese a la denominación de "privilegio" que utiliza el art. 118 LS, entiendo que no participa de tal naturaleza. Por los siguientes motivos:

i) El privilegio, por definición (art. 2573 Cód. Civ. y Com.), es una calidad de un crédito para ser pagado con preferencia de otro. Es decir, otorga una prelación en el cobro frente a otros acreedores del deudor. Su fuente exclusiva es la ley. Ahora bien: ¿quién sería el deudor en el crédito "privilegiado" del art. 118?

Hemos dicho que el asegurador no comparece al proceso como deudor del damnificado, sino del asegurado; sin embargo, a diferencia del maestro Stiglitz, hemos considerado que el asegurador se constituye a partir de la sentencia firme en deudor del damnificado. Si, por el contrario, el asegurador seguiría siendo deudor exclusivamente de su asegurado, estaríamos sosteniendo que el crédito que goza del supuesto privilegio sería el del damnificado contra el asegurado. Sin embargo, constituiría ello un error técnico, por cuanto los bienes que conformarían el asiento del privilegio (supuestamente suma asegurada y sus accesorios) solo pueden ejecutarse mientras permanezcan en el patrimonio del deudor (art. 2573 Cód. Civ. y Com.), quedando en principio descartado, salvo disposición legal en contrario, el efecto reipersecutorio del privilegio (65).

Y bien es sabido que, precisamente, los fondos debidos por el asegurador (limitados a la suma asegurada y accesorios), nunca ingresan al patrimonio del asegurado demandado. El damnificado no puede ostentar un crédito privilegiado contra el asegurado porque el asiento sobre el cual recae este supuesto "privilegio especial" no se encuentra nunca en su patrimonio.

Inclusive, el privilegio se extinguiría cuando los bienes sobre los que teóricamente recae —suma asegurada y accesorios— salen del patrimonio del deudor (66). Sin embargo, dichos bienes no pueden salir del patrimonio del asegurado, extinguiendo el privilegio, porque siquiera ingresan a él.

Además, si entendemos que el crédito del damnificado contra el asegurado ostentará un privilegio especial cuyo asiento es la indemnización debida por el asegurador únicamente al asegurado, ¿como se explica que se ostente un privilegio sobre una relación obligacional ajena?

Por otra parte, la cualidad (privilegio) se torna operativa en tanto se enfrenten por lo menos dos créditos, que concurren sobre el mismo bien para cobrarse (67); supondría esto, entonces, la concurrencia de dos acreedores frente a un mismo deudor; en este caso, para quienes sostienen que el damnificado no llega nunca a ser acreedor del asegurador: ¿cómo se justifica la concurrencia de "dos créditos" sobre el mismo deudor?

Y si se interpretara que la norma refiere a una calidad del crédito que titulariza el damnificado contra el autor del daño, ¿qué sentido tiene expresar "con preferencia sobre el asegurado"? Si el privilegio, por definición, no implica una prelación contra el propio deudor sino contra acreedores de este.

De hecho, debe recordarse que el crédito indemnizatorio que tiene la víctima contra su dañador no encuentra en la ley privilegio alguno, aspecto criticado, y con razón, por la doctrina, dada la protección constitucional que se le reconoce a la víctima de un daño injusto.

ii) Por otra parte, para la tesis que sostiene que existe un derecho propio del damnificado para reclamar al asegurador, que nacería con el hecho ilícito y fundaría así una acción directa (autónoma o no), lo privilegiado aquí sería el crédito del damnificado contra el asegurador; sin embargo, no se repara en lo siguiente.

Si se dice que es un privilegio especial, por cuanto su asiento lo constituye "la suma asegurada y sus accesorios", ¿esta expresión refiere en realidad al asiento o antes bien, a la extensión (68) que dicho privilegio tiene sobre el mencionado crédito?

Si la suma asegurada incluye al capital de condena, y sus accesorios refieren a los gastos y costas para resistir la pretensión del tercero, así como a los intereses (69) que genera el crédito del damnificado (arts. 110 y 111 LS), es claro que no nos podríamos estar refiriendo al asiento del privilegio, sino a la extensión que este puede tener sobre estos aspectos del crédito (queriéndose significar que no se extiende solo al capital, sino también a los accesorios del capital, lógicamente en la medida del seguro). Ergo, el inconveniente sería: ¿cuál

es, entonces, el asiento del privilegio? No puede existir un privilegio especial si la ley no determina sobre que bienes específicamente recae.

Todo ello nos indica que, en realidad, no puede tratarse de un verdadero privilegio (70).

iii) Por todo lo expuesto, a mi entender, este mal denominado "privilegio", constituye en realidad, un derecho personal, de fuente legal, que dará a luz una vez reconocida mediante sentencia firme la responsabilidad del asegurado; su titular será la víctima, quien podrá así percibir y adquirir directamente del asegurador, los fondos necesarios para indemnizar el daño —con el límite de la suma asegurada y sus accesorios—. Se crea con la sentencia una nueva relación obligacional, que tiene como acreedor al damnificado, como deudor al asegurador y cuyo objeto es una prestación de valor, con límite en la suma asegurada y accesorios.

El alcance que debe asignársele a la frase "con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de este, aun en caso de quiebra o concurso civil", es reforzar la idea de exclusión ("con preferencia") del asegurado de esta nueva relación creditoria, y es por ello, que siquiera los acreedores de este pueden intervenir en procesos de ejecución —individual o colectiva—, ya que dicho asegurado no es el titular del crédito. Por no ser el legitimado pasivo del pago, no puede el asegurado percibir estos importes del asegurador.

No debemos leer en forma aislada el 1º párr. del art. 118, sino que abona lo expuesto la extensión de los efectos de la sentencia —cosa juzgada— y, por sobre todo, la posibilidad que se concede al damnificado de ejecutarla sobre el patrimonio del asegurador.

La finalidad de la norma, a mi humilde entender, ha sido la de conceder un auténtico derecho al damnificado, una vez que exista sentencia firme, que le asegure y refuerce, la percepción de los importes correspondientes directamente del asegurador.

Lo que regla el art. 118 es mucho más que la calidad de un crédito (privilegio), se constituye en la fuente misma del crédito, para que el damnificado adquiera, con exclusión de cualquier otro sujeto, directamente del asegurador (ahora su deudor) la indemnización debida en los límites de la póliza, o para que, en caso de contumacia, pueda ejecutar la sentencia contra dicho deudor, persiguiendo así apropiarse —exclusivamente— de estos fondos.

Se trata de una relación creditoria de fuente legal (art. 118 LS), que nace con el acto sentencial y que será independiente de la que vincula al actor con el responsable civil. Sin embargo, se encontrará enlazada a la obligación contractual de garantía asumida por el asegurador para con su asegurado. La primera encuentra su razón de ser en la segunda, por cuanto el reconocimiento de la deuda de responsabilidad del asegurado conlleva a que el asegurador deba mantenerlo indemne y por ello, con fundamento en el art. 118 LS, deba pagar directamente al damnificado.

Como configura un crédito que nace recién con la sentencia firme, el damnificado no lo titulariza con anterioridad, por lo que no podrá trabar embargo preventivo sobre los bienes del asegurador, puesto que, hasta dicha oportunidad, no ha nacido el vínculo jurídico que emplaza a este último como su deudor.

Por su parte, si sostengo que el damnificado recién titularizará este crédito con la sentencia firme, ¿podría oponerse a este un recibo de pago hecho con anterioridad por la aseguradora a su asegurado, único acreedor hasta ese entonces?, ¿podría el asegurador adelantar los fondos al asegurado con anterioridad al acto sentencial?

En principio, puede pensarse que así cumpliría el asegurador con la prestación de indemnidad asumida respecto de su cocontratante. Sin embargo, ¿qué es lo que abonaría aquí el asegurador, y cuánto, si precisamente aún no se encuentra reconocida la responsabilidad de su asegurado, ni la extensión de los daños sufridos por el tercero?

Dicha entrega de fondos sería inoponible posteriormente al damnificado ganancioso en el proceso, por cuanto como se dijo, tendrá un crédito propio nacido de la sentencia contra el asegurador, con fuente en la ley (art. 118 LS). Y sabido es, quien paga mal, paga dos veces.

Si antes o durante el proceso se autocompone el litigio por vía transaccional, el asegurador "entregará los fondos que correspondan según el contrato, en término útil para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas" (art. 116 LS), y la única forma de cumplir diligentemente su obligación es entregarlos directamente al asegurado. Hasta que no lo haga, su obligación de indemnidad no se extingue.

Finalmente, una cuestión no menor. Parte de la doctrina que sostiene que se trata genuinamente de un privilegio especial, discute si el damnificado lo ostenta solo en caso de concurso o quiebra del asegurado, o también frente a los acreedores del asegurador en caso de liquidación.

Por mi parte, al remarcar que no se trata siquiera de un privilegio, entiendo que el damnificado concurriría al proceso liquidatorio del asegurador como un acreedor quirografario más, cuestión que resulta sumamente

injusta, y que debería ser objeto de expresa regulación en una posterior reforma legal. La protección constitucional que tiene el derecho a la reparación del daño merece que se traduzca en un privilegio especial que refuerce la prelación en el cobro para la víctima que lo padece (71).

V.2. La naturaleza jurídica de la citación en garantía del art. 118 LS

A mi entender, nuestra ley de seguros, de carácter sustancial, incorporó un instituto de naturaleza netamente procesal (72), denominado como "citación en garantía", y encuadrable dentro del mecanismo adjetivo de la intervención coactiva u obligada de terceros.

Por distintas razones llego a tal parecer:

1) En primer lugar, ya he explicado supra que el tercero damnificado, desde el hecho ilícito, no ostenta contra el asegurador una acción sustancial que lo habilite para poder demandarlo directamente. No se emplaza como sujeto activo —menos pasivo— de una relación jurídica material para con el asegurador. Constituye un tercero ajeno a la relación contractual existente entre asegurado-asegurador. También he expuesto mi posición con relación al mal nombrado "privilegio" del 1º párr., art. 118 LS, lo que refuerza esta postura.

Inclusive, como hemos sostenido, aún si se entendiera que el damnificado reviste la calidad de consumidor directo —sobre todo en el SOA— o indirecto, ello no implica reconocerle la facultad de demandar autónomamente al asegurador prescindiendo de su asegurado.

Ergo, si el damnificado pretende que el asegurador se constituya a partir de la sentencia de mérito favorable en su deudor, y que dicho acto sentencial haga cosa juzgada a su respecto y le sea ejecutable —en la medida del seguro— (art. 118 LS), no le quedará otro camino que convocarlo para que tome intervención en un proceso pendiente, iniciado por él contra el autor del daño —asegurado—. El producido económico ingresará directamente al patrimonio del damnificado.

Ahora bien, la citación en garantía no implica una mera convocatoria, cual si fuera un llamado al proceso vacío de todo contenido (73), sino que supone —tal vez, implícitamente— la deducción de una pretensión constitutiva dirigida contra el asegurador, que se halla subordinada o condicionada al previo acogimiento de la pretensión de condena deducida contra el autor del daño.

El legislador ha deseado que estas pretensiones vinculadas por afinidad se sustancien en un procedimiento único, en el cual se decida la suerte de todas las relaciones materiales involucradas (extracontractual entre actor y demandado; contractual entre demandado y asegurador).

2) En segundo lugar, creo que una correcta hermenéutica legal se inscribe en esta posición.

2) I) En tal sentido, una de las primeras pautas que establece nuestro código fonal a la hora de interpretar un precepto normativo, son "sus palabras" (art. 2º Cód. Civ. y Com.) (74). Así, hemos visto que, estrictamente, el término "citación en garantía", constituye un medio para provocar la intervención del tercero —citado—, aunque únicamente podría serlo a instancias del demandado, quien es el garantizado, en virtud de una relación material —legal o convencional— que lo une con el garante citado. Este era el sentido de la ya mencionada *chiamata* del derecho italiano.

En consecuencia, técnicamente, no se cita a un tercero —garante— para que intervenga como adversario suyo, sino para que coadyuve en su posición, en mayor o en menor medida, y según sea el interés del citante respecto de los efectos que tendrá la sentencia para con el citado.

Así las cosas, no podemos, con sujeción a la literalidad del texto, desentrañar la verdadera naturaleza de esta figura; aunque con razón manifestaba Fontanarrosa que la locución utilizada, "tiene un significado procesal preciso, que denota la intervención de un tercero" (75).

2) II) Si entonces, la expresión gramatical utilizada nos parece imprecisa, equívoca o poco clara, la operación hermenéutica nos conduce al denominado método teleológico, esto es, a las "finalidades de la ley", procurando desentrañar su ratio, su razón de ser, su espíritu.

Y aquí, la Comisión encargada de la confección del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., ha sido muy precisa en sus "Fundamentos" (76), pretendiendo una interpretación que no encuentre apego en la intención originaria del legislador al momento de la sanción de la norma, sino a la consideración de su finalidad objetiva al momento de la aplicación, que permita a la disposición evolucionar y adaptarse conforme vayan evolucionando las necesidades, condiciones y valoraciones de la comunidad (77).

Bajo este criterio, podría sostenerse que la locución "citación en garantía" plasmaría una acción directa (autónoma o no, fundada en una relación de consumo o no), que se adaptaría mejor a la nueva realidad socioeconómica de nuestro país, a sus valoraciones y necesidades, muy distante de la realidad existente hace 55 años atrás, cuando se sancionó la LS. Mas aún hoy día, en que tenemos sistematizada esta acción en los arts.

736 y ss. Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, cabe preguntarnos si podemos válidamente prescindir, mediante esta tarea interpretativa, de una expresa decisión de política legislativa; máxime cuando, lo consideremos práctico o no, engorroso o no, más o menos útil, el mecanismo procesal seleccionado por el legislador no se asienta en una norma tachada de inconstitucionalidad, ni conduce a resultados notoriamente disvaliosos, y menos aún, que se pudieran tildar de irrazonables (78).

La interpretación teleológica evolutiva que expone el Cód. Civ. y Com. no es absoluta (79), ni alcanza para enervar o excluir tres argumentos que resultan fundamentales: a) El juez debe dar pleno efecto a la norma vigente, sin juzgar sobre el acierto o desacierto de la decisión del legislador (80); b) Siendo el punto de partida un acto de voluntad del legislador, se ha reconocido un innegable valor a la exposición de motivos de un proyecto de ley, a los debates generados entre los miembros de las comisiones encargadas de su confección, etc., a los efectos de desentrañar la "voluntad objetiva" del respectivo cuerpo normativo (81); c) El intérprete no puede reelaborar el texto legal según sus propias preferencias o ideales, por más loables que sean, o quitar requisitos contemplados en la norma, o caer en teorizaciones que desnaturalicen el sentido que quiso atribuirle el legislador (82).

Siendo ello así, debemos recordar que en el art. 121 (83) de su Anteproyecto, Halperín adoptó expresamente la acción directa contra el asegurador, aunque no ejercitable en forma independiente, sino que se requería la citación al juicio del responsable civil.

En el año 1959, el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante —PEN—) constituyó una Comisión Asesora, Consultiva y Revisora del Anteproyecto, que le introdujo varias modificaciones, elevándolo al PEN en el año 1961. Sin embargo, recién en el año 1967 se designó una nueva Comisión, integrada por los Dres. Colombres, Michelson y Fontanarrosa, que trabajó sobre la base de este último texto, dando a luz ese mismo año a la ley 17.418 de Seguros.

En este orden, ya la Comisión del '59 eliminó toda referencia expresa a la acción directa, introduciendo la facultad tanto del damnificado como del asegurado de citar en garantía al asegurador. Se agregó que, en tal caso, la sentencia haría cosa juzgada contra dicho asegurador, y que este podía hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante. En la exposición de motivos que se elevó al PEN, se expuso: "La función económica del contrato (...) impone lógica y jurídicamente que el asegurado quede desobligado de afrontar el proceso civil que pueda promover el tercero. De ahí la acción directa contra el asegurador, consagrada por diversas legislaciones. Su aplicación lisa y llana impondría a todos los aseguradores la organización de la defensa judicial en todo el país, lo que repercutirá gravemente sobre el costo de este seguro, en perjuicio de las empresas aseguradoras pequeñas y medianas".

Como puede advertirse, si bien se reconocía explícitamente que, desde el ángulo jurídico, era viable la acción directa contra el asegurador, desobligando incluso al asegurado de afrontar el proceso civil, se justificó su eliminación, atento a las particularidades territoriales y económicas, que a juicio de los miembros de la Comisión, imperaban en nuestro país en ese momento (84).

Luego, la Comisión del 67', adoptó el texto del art. 118 tal como lo había modificado la Comisión del 59', aunque eliminando la referencia a la posibilidad del asegurador de hacerse parte como tercero coadyuvante, y añadiéndole la cuestión de la ejecutabilidad de la sentencia y la imposibilidad de oponer el asegurador defensas nacidas con posterioridad al siniestro (85).

En la Exposición de Motivos que elevó la Comisión del 67', se eliminó la justificación de las particularidades que presentaba nuestro país, reemplazándosela por la siguiente: "El proyecto se ha preocupado de estructurar el procedimiento en forma acorde con las modalidades del sistema procesal argentino".

Ante el señalamiento de que el novel texto legal contenía un supuesto error terminológico en la locución citación en garantía, Michelson, integrante de la Comisión, argumentaba enfáticamente que ello no era así, sino que la LS había querido evitar conceder al damnificado un derecho propio contra el asegurador ejercitable mediante una acción directa, circunscribiendo sus posibilidades al plano meramente procesal, mediante la citación en garantía (86).

En cuanto a dicha polémica, también se expidió Fontanarrosa, integrante asimismo de dicha Comisión, expresando que el art. 118 "introduce una noción que no es de derecho material, sino procesal, y que consiste en que, partiendo de la base de que el damnificado debe demandar al asegurado —productor del daño—, le concede además, la facultad de citar en garantía al asegurador, facultad extensiva al asegurado (...) la misma expresión 'citar en garantía' tiene un significado procesal preciso, que denota la intervención de un tercero" (el formato me pertenece). Incluso, manifestaba este autor que la figura, con anterioridad a la sanción de la LS, ya

contaba con reconocimiento en el art. 305 del Código ritual santafesino (BO 29/01/1962) (87).

Por todo lo expuesto entonces, la sustitución de la acción directa por la citación en garantía no constituyó un yerro terminológico (88), sino que obedeció a una expresa opción de política legislativa que, en tanto sea razonable y comulgue con los principios axiológicos del ordenamiento jurídico todo, no cabe prescindir. Lo contrario implicaría, lisa y llanamente, sustituir el texto legal por una solución que expresamente se ha querido evitar.

3) Por lo expuesto, es claro a mi entender, que se ha normado una figura de naturaleza procesal, contenida en la ley sustancial, por la cual se convoca coactivamente a un tercero a intervenir en un proceso ya entablado.

El gran inconveniente, creo yo, obedeció a que, si bien se pretendió crear un procedimiento "acorde con las modalidades del sistema procesal argentino" (89), los ordenamientos rituales en sus distintos niveles —nacional y provinciales—, no se compadecían estrictamente con la posibilidad de que sea el actor quien citaba en garantía al tercero.

Y, para más, la falta de correspondencia, e incluso muchas veces coherencia, con la que los distintos ordenamientos procesales han recogido y regulado el fenómeno de la intervención de terceros (en cuanto a sus presupuestos, al rol procesal que asume el interviniente, las mayores o menores facultades de gestión que se le reconocen, etc.), no han hecho más que alimentar los arduos debates que se han dado sobre el mecanismo incorporado al art. 118 LS.

Estos debates muchas veces perdieron de vista lo más importante: nada obsta a que se trate de un instituto que, incorporado a una ley sustantiva, ostente naturaleza procesal, y simplemente tenga sus propias características, presupuestos y particularidades; las que derivan, justamente, de la complejidad de los vínculos sustanciales a los que sirve de instrumento, tal como hemos visto a lo largo de este trabajo.

Lo más importante, en rigor, es que, más allá de la disquisición sobre si se trata de una acción directa sustancial o de un instituto de orden procesal, nunca se pensó ni se pretendió habilitar al tercero damnificado a prescindir en el proceso del eventual responsable del daño.

El presupuesto de la demanda previa o concomitante contra el asegurado, a mi parecer, se deduce implícitamente:

- a) de los antecedentes legislativos ya mencionados;
- b) de la manera en que se estructuró el seguro de responsabilidad civil en la Sección XI del Capítulo II de la LS, que se abstiene de crear un vínculo sustancial independiente entre damnificado y asegurador, sea con fuente en el hecho ilícito o en el contrato;
- c) del mismo contenido de la norma en que se encuentra emplazada la citación en garantía, en tanto se dispone como oportunidad procesal para ejercitar por parte del damnificado o del asegurado esta facultad de convocatoria, "hasta que se reciba la causa a prueba" (90).

Esta expresión no puede tener otro significado que el de la existencia de un proceso ya entablado entre damnificado actor y asegurado demandado, que se haya sustanciado hasta dicha etapa procesal. De lo contrario, ¿cómo se llegaría hasta la etapa de la apertura del juicio a prueba, sin ningún hecho que haya sido previamente controvertido por alguien?

V.3. Situación del asegurador en el proceso

Resulta muy complejo definir la situación procesal del asegurador interviniente, por cuanto como se ha dicho, los regímenes rituales, tanto nacional como provinciales, regulan de manera disímil la intervención obligada de terceros; existe muchas veces una falta de correspondencia en cuanto a presupuestos exigidos, rol del interviniente, facultades de gestión que se le conceden, etc. (91).

A continuación, expondré los rasgos y características que, a mi entender, debiera revestir la situación del asegurador interviniente en el proceso; aunque advertirá el lector que, en definitiva, algunas cuestiones particulares dependerán del régimen procesal aplicable al caso:

I) Se trata de la intervención de un tercero en un proceso pendiente: lo que presupone la existencia de un proceso ya en marcha entre dos partes —originarias—, el damnificado y el asegurado demandado.

La presencia del asegurado en el proceso se requiere tanto al momento de la citación, como durante toda la sustanciación del juicio hasta la sentencia; con lo cual el "desistimiento del proceso" que formule el actor contra el asegurado, obsta a la continuación del pleito contra el asegurador. Lógicamente, el "desistimiento del derecho o acción" contra el asegurado, impedirá también que se condene al asegurador, pero la razón estriba allí en que, al extinguirse definitivamente el eventual débito de responsabilidad del asegurado, no tendrá causa alguna la

obligación de indemnidad del asegurador (92).

II) Los efectos que se asignan a la sentencia firme, con relación al asegurador, son: a) la constitución de un nuevo vínculo jurídico obligacional para con el actor ganancioso (art. 118, 1° párr. LS); b) la factibilidad de que la sentencia adquiera autoridad de cosa juzgada en su contra (art. 118, 3° párr. LS); c) la ejecutabilidad de la sentencia sobre su patrimonio (art. 118, 3° párr. LS).

III) Su intervención en el proceso lo es por un interés propio y directo, por lo que deberá ser considerado una verdadera parte procesal (93).

Sin embargo, si se entiende que este interés consiste meramente en sostener la pretensión del asegurado, para evitar que la sentencia tenga efectos en su propio patrimonio, intervendrá como parte accesoria, secundaria o subordinada (94). Como consecuencia, no podría actuar en forma incompatible o perjudicial a la parte que apoya, y respecto de cuya actuación se subordina.

En mi opinión, el asegurador interviene en defensa de un interés propio y directo, que consiste, por un lado, en coadyuvar a la posición de su asegurado, evitando el reconocimiento judicial de su débito de responsabilidad; pero por el otro, en impedir que la sentencia constituya una nueva relación obligacional de fuente legal para con el actor, emplazándolo como su deudor (en forma concurrente con el asegurado). En consecuencia, si bien coadyuva a su litisconsorte, lo cierto es que también interviene en su exclusivo interés (95).

La adhesión del tercero no debe considerarse referida al interés de la parte originaria, sino a la posición —actora o demandada— que esta ocupa en el proceso. No es necesario que el interés del interviniente coincida totalmente con el de la parte a la que adhiere. Ello no obsta a que se constituya en litisconsorte del demandado, ya que el interés defendido no debe ser necesariamente único, sino que pueden ostentar intereses paralelos, pero que puedan sufrir una suerte común; debe existir lo que se ha denominado como "comunidad de suerte respecto de una misma litis" (96).

Deberá ser por ello considerado como parte principal (97), con autonomía de gestión procesal y plenitud de atribuciones (98).

IV) Entre las distintas pretensiones (la de condena contra el asegurado / la constitutiva contra el asegurador), se presenta una relación de "afinidad procesal" (existe respecto de su causa petendi: identidad de fáctica, pero diversidad de imputación jurídica). Ello impone que el pronunciamiento de mérito sea idéntico para los litisconsortes en relación con el hecho causal (99).

V) Su convocatoria al proceso es obligada, aunque en el sentido de constituir su comparecencia una carga. En consecuencia, ante su contumacia, corresponde se lo declare en rebeldía (100).

VI) Al intervenir en el proceso como parte, en caso de que la convocatoria se realice a instancias del damnificado, conformará con el asegurado un "litisconsorcio pasivo necesario" (101); por el contrario, de realizarla su asegurado, constituirá un "litisconsorcio pasivo facultativo" (102).

Por ende, en el primer caso, de no demandarse al asegurado, correspondería integrar la litis con este (art. 89 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) (103).

Por su parte, no creo que, por ser un litisconsorcio necesario impuesto por ley, ello redunde en una falta de independencia en la actuación en los litisconsortes. En puridad, sabido es que el litisconsorcio necesario es incompatible con una autonomía plena de gestión de las partes sobre el objeto del proceso (104) y, a su vez, el facultativo es incompatible con la necesidad de que el proceso se sustancie con todos los sujetos que forman partes de relaciones sustanciales divisibles o escindibles (105).

Estas son las categorías científicas tradicionales, en las cuales se distinguen dos cuestiones que se hallan íntimamente relacionadas: i) la exigencia —impuesta por ley o por la naturaleza de la relación— de que la sentencia se pronuncie útilmente —sea eficaz— con relación a varias partes; ii) el rol que se asume cuando se accede al proceso —con una mayor autonomía de gestión en caso de ausentarse la mencionada exigencia—.

El problema que tenemos con la citación en garantía de la LS es que, cuando la facultad es ejercida por el actor, los dos aspectos que señalé en el párrafo anterior no aparecen indefectiblemente vinculados, en tanto se exige la necesaria intervención del asegurado y asegurador, pero gozan ellos de autonomía plena de gestión.

Lo que aquí ocurre es que, por los motivos ya explicados, en este supuesto la LS impone un litisconsorcio pasivo necesario, que no obedece a la existencia de una relación sustancial inescindible que funde una pretensión única, tal como lo exige la doctrina procesalista tradicional.

Entonces, la realidad es que, cuando señalamos que se trata de un litisconsorcio necesario, aludimos únicamente a la necesidad de integrar el proceso con asegurado y asegurador, y la necesaria presencia del primero durante toda la sustanciación, en caso de que el actor desee que se produzcan respecto del asegurador

los efectos del art. 118 LS. Ello así, aunque debamos admitir que la imposición de este carácter "necesario" no coartará la plena autonomía funcional que tendrán como partes procesales (106).

VII) Dado su carácter de parte con plena autonomía de gestión, se encuentra legitimado para:

a) Oponer todo tipo de defensas y excepciones, no solo las que ostenta contra su asegurado, sino incluso aquellas que correspondan al asegurado contra el damnificado, aún en contradicción o ante el silencio de su litisconsorte (107). La única prohibición que tiene es la de oponer defensas nacidas con posterioridad al siniestro (art. 118 LS).

b) Apelar la sentencia adversa, aunque haya sido consentida por su asegurado (108). El argumento es sencillo, así como la sentencia puede hacer cosa juzgada en su contra y serle ejecutable, puede atacarla antes de que se convierta en inalterable; de lo contrario, se afectaría palmariamente su derecho de defensa en juicio (art. 18 CN) (109).

VIII) Algunos autores consideran que el asegurador no debiera ser incluido en la condena, sino que únicamente se le extenderán los efectos de la sentencia que condenó a su asegurado, en el sentido de que hará cosa juzgada a su respecto, y además tendrá eficacia directa contra él, por serle ejecutable (110).

Inclusive, para aquellos que sostienen que se trata de un adherente simple, la sentencia no podría hacer mérito de la relación propia de este adherente, por lo que ni lo condena ni lo absuelve, no lo declara ganancioso ni perdedor; es más, en esta tipología de intervención, el decisorio siquiera lo debería mencionar.

Sin embargo, tal como se ha explicado, la eficacia directa que tiene la sentencia contra el asegurador, siéndole no solo oponible, sino ejecutable sobre su patrimonio en la medida del seguro y en virtud de una relación jurídica obligacional creada a partir del acto sentencial, impone su inclusión expresa en el decisorio, condenando o absolviéndolo.

VI. Conclusión

Como corolario de lo desarrollado a lo largo de este trabajo, comparto el criterio del voto mayoritario del fallo que aquí se comenta, en el sentido de que la ley de seguros no habilita una acción directa autónoma o independiente contra el asegurador.

Para que se puedan producir los efectos del art. 118 LS, se requiere de la previa o simultánea demanda contra el asegurado, responsable del daño, y su presencia durante toda la sustanciación del proceso.

El instituto de la citación en garantía de la LS, emplazado en una ley material, tiene naturaleza procesal, encuadrando como un supuesto de intervención provocada de terceros. Sin embargo, presenta rasgos diferenciales que la distinguen como una figura que tiene sus propias particularidades.

La sistematización de los caracteres que reviste la situación del asegurador interviniente en el proceso resulta harto dificultosa, dada la asimetría con que los distintos órdenes procesales han regulado el fenómeno de la intervención de terceros.

Para finalizar, resulta imperiosa la sanción de una ley que regule el SOA, y que, entre otros aspectos de cardinal importancia, conceda acción directa independiente a la víctima del siniestro contra el asegurador del responsable, no solo respecto de los gastos sanatoriales y de sepelio, sino del resto de los daños y perjuicios ocasionados, con toques cuantitativos máximos que resulten suficientes para materializar el acceso a la reparación plena del daño, que nuestro plexo constitucional reconoce en favor de la víctima.

(A) Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho de Daños y doctorando en Derecho en dicha Facultad. Presidente de la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, sección nacional de AIDA (Association Internationale du Droit des Assurances).

(1) Podríamos decir que el "paladín" de dicha posición fue Isaac Halperín, quien expuso su visión en su tesis doctoral "La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño", Buenos Aires, 1940 y nota en Ed. La Ley, t. 20, p. 690. Adherían a dicha postura, con distintos fundamentos: SPOTA, Alberto G., "El seguro de responsabilidad y la acción directa del damnificado", JA, 1955-I-291; LLAMBÍAS, Jorge J., "La acción directa, en general y su aplicación al seguro de responsabilidad", JA, 1967-II-45-47, nro. VIII.

(2) "Se declara que la víctima de un accidente de tránsito no tiene acción directa contra el asegurador del agente del daño" (CNCiv., en pleno, "Landa, Baldomero c. Viejo, Sixto y otra s/ daños y perjuicios", 16/12/1954, TR LALEY AR/JUR/28/1954, Id SAJ: SUC0002926).

(3) Explica Alvarado Velloso que, como "medio" para provocar la intervención de un tercero —citado—, únicamente la podría practicar el demandado —citante—, siendo sus principales características: a) Implica la proposición de una demanda implícita por parte del citante contra el citado; b) La parte demandada —citante—

se halla en pleito en razón de un derecho que ella misma ha causado, respecto del cual un tercero ajeno —citado— a la relación material (conflicto) y a la procesal (litigio) debe responder en forma personal e inmediata, a consecuencia de lo cual tiene que asumir la defensa del demandado y, llegado el caso, hacerse cargo de las condenaciones contenidas en la sentencia; c) Mediante la citación se une la relación jurídica litigiosa entre actor y demandado, con otra relación jurídica independiente que se da entre demandado y tercero; e) En su versión "pura" (arts. 106 y 108 del CPC italiano), el demandado es sustituido en su actuación procesal por el asegurador, extromitiéndose así del pleito. Sin embargo, algunos códigos procesales disponen que el citado debe comparecer en calidad de coadyuvante o de asistente, nunca como sustituyente. En estos supuestos, el tercero citado no tiene otra alternativa que adoptar la actitud del asistente (intervención adhesiva simple), pues carecería de relación propia con el actor. (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Estudio del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe", Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2014, t. III, p. 2423 y ss.)

(4) ROSAS LICHSTEIN, Miguel A., "La llamada en garantía del asegurador", JA, 1975-381.

(5) CNCom., Sala A, "Constructora argentina de Propiedad Horizontal s/ quiebra", 26/05/1976, fallo citado por MARTÍNEZ, Hernán J., "Citación en garantía del asegurador (ley 17.418, art. 118)", Revista de Derecho de Daños, 2021-3, Seguros, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, nota 22, p. 291.

(6) HALPERÍN, Isaac, "Acción directa del damnificado en el seguro de la responsabilidad civil", RDCO, 1970-3-73.

(7) Esto ya fue reconocido hace tiempo: "La expresión acción directa se suele emplear en dos sentidos: uno, como todo accionar en que un acreedor actúe directamente contra su deudor; otro, en que el acreedor accione contra un tercero, para que éste, en la medida del crédito reclamado, le pague lo que debe a deudor de aquel" (BOFFI BOGGERO, Luis M., "Tratado de las Obligaciones", Ed. Astrea, 1973, t. 2, nro. 701).

(8) En el Código velezano, la acción directa propiamente dicha no se encontraba regulada en forma sistémica, sino que aparecía reconocida en ciertas disposiciones normativas particulares. La noción se compone a partir de la existencia de tres partes, concediendo la posibilidad al acreedor de agredir el patrimonio del deudor —mediato— de su deudor —inmediato—, y así poder cobrar su crédito (hasta el importe menor de las dos obligaciones). El producido ingresará directamente al patrimonio del acreedor. Esto la diferencia de la acción subrogatoria, en el que el acreedor ejerce, ante la inacción del deudor principal, el derecho que le compete a este último contra un tercero, teniendo como efecto que el resultado se incorporará al patrimonio del deudor principal. Lógicamente, el producido podrá ser agredido por el resto de los acreedores de dicho deudor, al conformar parte de su garantía o prenda común.

(9) FEDERIK, Carlos J. M., "La actualización monetaria de la suma asegurada en el seguro contra la responsabilidad civil", RCyS 2020-VII, 257; TR LALEY AR/DOC/1739/2020.

(10) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Líneas generales de la evolución de la responsabilidad civil y de su seguro", Revista Iberolatinoamericana de Seguros, nro. 15, Bogotá, 2000, p. 63 y ss.; STIGLITZ y SCHNEIDER, "Alcance de la pretensión del damnificado contra el asegurado/concursado y el asegurador condenados concurrentemente", La Ley Online, AR/DOC/412/2008.

(11) CALZADA CONDE, María A., "El seguro voluntario de responsabilidad civil", Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, p. 295.

(12) Explicaba Barbato que, si se da el caso de que el asegurado adelante con sus propios fondos la indemnización a la víctima, la aseguradora habrá incurrido en incumplimiento, con lo que el primero la podrá demandar por el reintegro de lo abonado, más el resarcimiento por todo otro daño sufrido. (HALPERÍN, Isaac, "Seguros", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, nro. 100 (a.1), 3ª ed. actualizada y ampliada por Nicolás H. Barbato, p. 748).

(13) MORANDI, Juan Carlos F., "El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima", JA, 1971-690.

(14) RIVERA, Julio C., "La citación en garantía en el seguro de responsabilidad civil", JA, 1988-I-842.

(15) Ello es así, al menos, hasta la sentencia firme que recaiga en el proceso seguido contra asegurado y asegurador. Ampliaremos en el acápite V.1, cuando nos refiramos a la naturaleza del supuesto privilegio del art. 118, 1º párr. LS.

(16) LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., "Ley de Seguros 17.418 Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 2ª ed. actualizada, t. II, p. 683.

(17) STEINFELD, Eduardo R., "Estudios de Derecho de Seguros: Lineamientos generales, doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales", Ed. Abaco - Depalma, 2003, p. 398, nota 22; MORANDI, Juan Carlos F., "Estudios de Derecho de Seguros", Ed. Pannedille, Buenos Aires, año 1971, p. 398 y ss.; BECHARA SANTOS, Ricardo, "Seguro de Responsabilidad Civil en el Transporte Multimodal - Inviabilidad de la acción directa del tercero contra el asegurador", Cobertura Jurídica, nro. 3, mayo de 1994, citado por PANTANALI, Norberto, "Seguro de Responsabilidad Civil. Acción Directa vs. Citación en Garantía. ¿Una discusión agotada?", Revista

- del Instituto de Derecho del Seguro, Colegio de Abogado de Rosario, año 2014, vol. 31, p. 117 y ss.
- (18) MORELLO, Augusto M., "El contenido complejo del proceso de daños con participación de la compañía aseguradora", JA, 1975-27-453; MARTÍNEZ, Hernán J., "Citación en garantía del asegurador (ley 17.418, art. 118)", Revista de Derecho de Daños, 2021-3, Seguros, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 285.
- (19) C1ªCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, "Soler de Virán, Sara M. c. Torrano, Guillermo", 29/09/1994, La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 185; CS, "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios", 06/06/2017, TR LALEY AR/JUR/28172/2017; Ídem, "Buffoni, Osvaldo O. c. Castro, Ramiro M. s/ daños y perjuicios", 08/04/2014, TR LALEY AR/JUR/6035/2014.
- (20) STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de Seguros", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, Versión E-Book, 6ª ed., t. V, nro. 1847.
- (21) SCHIAVO, Carlos, "Seguro de Responsabilidad Civil. Citación en garantía Dirección del Proceso. El depósito en pago de la suma asegurada y accesorios ¿libera al asegurador citado en garantía?", ED 02/09/2011, Derecho de Seguros.
- (22) Me expediré con mayor profundidad en el acápite IV.1.
- (23) CNEsp. Civ. y Com., en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982 del voto en minoría del Dr. Gargano, LA LEY 1982-C, 323; TR LALEY AR/JUR/168/1982.
- (24) STIGLITZ, Rubén, S., ob. cit., t. V, nro. 1850.
- (25) Se ha sostenido que la citación en garantía del art. 118 LS, sea a instancias del asegurado o del damnificado, "no se reduce a un mero llamado a la causa al asegurador", sino que implica el ejercicio de una acción —rectius: pretensión— contra este último. Ante el mismo juez se acumulan dos pretensiones, la del damnificado contra el presunto responsable y la de este contra su asegurador. (CS, "Arcadia Cía. Argentina de Seguros SA c. Hessegrave, Carlos F.", 22/05/1986, RC J 8525/21; Ídem, "Lanza Peñaranda, Ruth Antonio c. Transportes Quirno Costa SACeI y otros", 27/11/1990, ED, 25-41; Ídem, "Dening, Juan H. c. Carrizo, Rodolfo de J.", 30/07/1991, TR LALEY AR/JUR/2968/1991; TSJ Córdoba, Sala Penal, "Bucheler, Gustavo E. y otro", 03/09/1997, TR LALEY AR/JUR/305/1997).
- (26) SOLER ABREU, Amadeo, "La citación en garantía del asegurador", ED, 24-1968, p. 1002.
- (27) Se da entre ellas una relación de dependencia directa, que fundará una intervención autónoma del tercero. Asimismo, la suerte de la segunda (pretensión constitutiva) se encuentra condicionada al acogimiento de la primera (pretensión de condena dirigida contra el asegurado).
- (28) SCBA, "Díaz, Israel c. Banquero, Rolando", 27/12/1988, RJBA, 136-1809; Ídem, "Cardozo, Florentín c. Spell SA", 14/11/1995, La Ley, Buenos Aires, 1996, p. 128; CCiv. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, "Fabry, J. c. Iriarte, C.", 22/10/1996, La Ley Buenos Aires, 1997, p. 591.
- (29) MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 342 y ss.
- (30) En este punto, la sentencia firme tendría efectos constitutivos, en el sentido de que aquí no se reconoce o declara una relación jurídica preexistente entre asegurador y tercero que requería de certeza, sino que, por el contrario, aquí y a partir de aquí, se constituye, se crea, con fundamento en la ley —art. 118 LS— una nueva relación jurídica material entre el asegurador y el actor damnificado que resultó ganancioso en el proceso, que erige al primero en deudor del segundo.
- (31) "(...) éste recién contará con un "derecho propio" (sustantivo) contra el asegurador del responsable civil, a partir del momento en que quede firme la sentencia condenatoria dictada contra el responsable-asegurado y el asegurador de aquél." (PÉREZ RÍOS, José L., "La acción directa en el contrato de seguros de responsabilidad civil. Su problemática en nuestro derecho. Necesidad de adecuación del régimen legal vigente", RDCO 1997-437).
- (32) "Estas obligaciones tienen como finalidad asegurar al acreedor, generalmente la víctima del daño, la reparación de éste, actuando como una garantía de cobro" (SILVESTRE, Norma O., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. V, p. 315).
- (33) Lo cual no empece, evidentemente, a que con la sentencia firme siga subsistente la obligación de indemnidad (art. 109 LS) del asegurador para con su asegurado. Si desapareciera, no tendría razón de ser la obligación legal impuesta al asegurador frente al tercero. El asegurado tiene un crédito de indemnidad contra el asegurador, no de indemnización. Pagar al tercero es la manera de satisfacer la prestación de indemnidad para con el asegurado. Por eso decimos que son obligaciones que se encuentran enlazadas por el sistema del art. 118 LS.
- (34) CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, "Camiña, Noelia A. c. Poc, Enrique H. y otros s/ daños y perjuicios", 19/02/2019, res. 14 (S) Fº 78/96.
- (35) SOBRINO, Waldo A., "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., t. I, p. 444 y ss.; Ídem, "Ley de Seguros Comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, t. II, p. 365 y ss.; CHAMATRÓPULOS, Alejandro, "Estatuto del Consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I,

p. 87 y ss.; CNCom., Sala F, "Esparza, Miguel F. c. QBE Seguros La Buenos Aires s/ ordinario", 22/03/2021, Id SAJJ: FA21130230; CCiv., Com. y Minería San Juan, Sala I, "Contreras, Carlos A. y otra c. De los Ríos Espejo, Héctor H. y otra s/ ordinario", 24/11/2016, RC J 8542/17; CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, "Fernández, Claudia M. c. Transportes 25 de Mayo SRL y otros s/ daños y perjuicios", 08/04/2021, TR LALEY AR/JUR/219823/2021.

(36) SHINA, Fernando E., "Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras", 17/08/2018, www.saij.gov.ar, Id SAJJ: DACF180181.

(37) Se sostuvo en el acápite Título III Punto 2.: "(...) la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador." Cabe aclarar que la figura del tercero expuesto fue mantenida respecto de las prácticas comerciales desleales o abusivas (art. 1096 y ss. Cód. Civ. y Com.).

(38) C3ªCiv. y Com. Córdoba, "Londero, Florencia B. y otro c. Ávila, Gaspar R. s/ ordinario. Daños y perjuicios", 11/02/2021.

(39) CCiv., Com. y Flia. La Matanza, Sala 1ª, "Acuña, Rubén A. c. Guillen Rafael A. y otros s/ daños y perjuicios", 08/09/2020, TR LALEY AR/JUR/36315/2020.

(40) BARBATO, Nicolás H., ob. cit., nro. 100 (a.1), p. 748 y ss.

(41) SHINA, Fernando E., ob. cit.

(42) CNCiv., en pleno, "Landa, Baldomero c. Viejo, Sixto", 16/12/1954, JA, 1955-I-291. Allí se dijo: "Para que fuera legal la demanda de la víctima contra el asegurador sería preciso una de dos cosas: o que en la ley se instituyera la acción directa para este supuesto, o que el art. 504 del Cód. Civil lo comprendiera. Es ocioso destacar, en cuanto a lo primero, que la ley no instituye en texto alguno del Cód. Civil, ni del de Comercio, ni de otro ordenamiento, tal acción".

(43) Se reitera que, para este autor, con base en el art. 1027 Cód. Civ. y Com., podría el damnificado accionar en forma autónoma e independiente contra el asegurador.

(44) MORANDI, Juan Carlos F., "Estudios de Derecho de Seguros", ob. cit., p. 398 y ss.; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las Obligaciones", Ed. La Plata Editora Platense, año 1969, 1ª ed., t. I, p. 491; LEGÓN, Fernando - LORENZO, Luis H., "Problemas de competencia territorial que plantea el art. 118 de la Ley de Seguros", Ed. La Ley, p. 1033; TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, "Ficarra, Antonio c. Andrada, Carlos y otro", 21/04/2009, TR LALEY AR/JUR/21011/2009; SCBA, "Binci de Fernández, Ofelia M. c. Ande, Juan C.", 28/12/1993, DJ, 1994-2-33; Ídem, "Obregón, Ramona G. c. Cunti Pinti SA", 22/02/1994, ED, 157-619; CNEsp. Civ. y Com., en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982, voto particular de los Dres. Cipriano, Mc Garrell y Achával por la mayoría, LA LEY, 1982-C, 323; TR LALEY AR/JUR/168/1982.

(45) TSJ Cba., Sala Civil y Comercial, "Blanes, A. c. Carrizo, D.", 17/11/2008, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LA LEY, 2009-V, 147; Ídem, "Ficarra, Antonio c. Andrada, Carlos y otro", 21/04/2009, TR LALEY AR/JUR/ 21011/2009.

(46) Considero imperioso que se regule mediante ley formal el SOA, enalteciendo su verdadera función social, que es proteger a la víctima, no al patrimonio su victimario. Pero mis meros deseos no modifican la estructura legal actual de dicho seguro de contratación obligatoria.

(47) HALPERÍN, Isaac, "Seguros", ob. cit., p. 732 y ss.; MORANDI, Juan C. F., "El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima", ob. cit., p. 690 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Seguro de Responsabilidad Civil por el uso de automotores", Derecho de Seguros, Homenaje al Dr. Juan C. F. Morandi, Ed. Hammurabi, año 2001, p. 404; LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., "Seguros de Responsabilidad Civil (El tercero en la Ley de Seguros)", LA LEY, 1995-E, 705; HORST SPEYER, Claudio, "Derecho de Seguros", Homenaje de AADS al Profesor J. C. F. Morandi, Lineamientos del Seguro de responsabilidad, p. 292 y ss.; MEILIJ, Gustavo R., "Manual de Seguros", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, 1ª ed., p. 113 y ss.; CIMA, Eduardo, "La Citación en Garantía del Asegurador: Aspectos sustanciales y procesales", Revista de la Facultad de Derecho, vol. IV, nro. 2 Nueva Serie II, Universidad Nacional de Córdoba, 2013, ps. 273-286; CNCiv. en pleno, "Flores, Oscar J. c. Robazza, Mario O.", 23/09/1991, JA, 1991-IV-464; CNCiv., Sala C, "Onay Hnos. c. Ghiragossian, J.", 12/10/1976, ED, 11-879, Sum. 44; CNEsp. Civ. y Com., en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982, LA LEY, 1982-C, 323; Cita Online: AR/JUR/168/1982; CNCiv., Sala E, "Raley SA c. Giudice Mora Ings. Civ.", 21/08/1985, LA LEY, 1986-C, 139; C3ªCiv. y Com. Mendoza, "Soluciones Constructivas SA c. Triunfo Cooperativa Limitada de Seguros s/ daños y perjuicios", 24/04/2020, RC J 9057/21; CCiv. y Com. Rosario, Sala I, "Calvagna, Eugenio c. Transporte General Manuel Belgrano s/ daños y perjuicios", 22/05/2008; CCiv. y Com. Venado Tuerto, "De Urtiaga c. Valda", 07/03/1991, Juris, t. 90-248;

CCiv. y Com. Santa Fe, "Rodríguez Dennis, Alberto c. Payá, José Utrera", 22/11/1978, Zeus, 1979-16-71; TSJ Cba., Sala Laboral, "Jenichek, Aurelio O. c. Droguería del Mercado SA", 20/08/1992, LLCba., 1993-2599; SC Mendoza, Sala 2ª, "Martín, Antonio R. c. Chic Cahiza Hnos. y Cía. SA", 23/12/1993, RF Cuyo 1994-12-82.

(48) ROSAS LICHSTEIN, Miguel A., ob. cit.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit., t. III, p. 2416; Cám. de Circuito de Rosario, Sala I, 25/04/2003, Zeus, 92-J/425; CCiv. y Com. Rosario, Sala I, "Calvagna, Eugenio c. Transporte General Manuel Belgrano s/ daños y perjuicios", 22/05/2008; CCiv. y Com. Santa Fe, Sala 3ª, 18/10/1976, Zeus, 12-R/16.

(49) Así sostenía: "Hay un error en afirmar que el orden público no está interesado en esa solución. La sociedad tiene un interés primordial en asegurar a la víctima el resarcimiento rápido e integral (...) al Estado no puede serle indiferente el espectáculo del derecho de la víctima insatisfecho por la pasividad del asegurado, o por el desastre de su patrimonio, o por la distracción de la suma asegurada del fin asignado" (HALPERÍN, Isaac, "Seguros", ob. cit., p. 739).

(50) "La acción directa es de interpretación restrictiva (...) y sólo puede ejercitarse cuando la ley la concede expresamente, o en aquellos casos en que, por lo menos, surge claramente de los textos (...) en la duda, la acción fracasa, dado el temperamento restrictivo que es menester poner en su interpretación" (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Anotado", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, t. 6-A, p. 105).

(51) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. V, nro. 1840.

(52) Así, por caso, sostiene respecto del SOA el art. 13 de la ley 18.412 (24/11/2008) de la República Oriental del Uruguay: "Para exigir el cumplimiento de la acción indemnizatoria en vía judicial, los titulares mencionados en el inciso primero del art. 12 de la presente ley, tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, no pudiendo excederse del límite del seguro obligatorio (...)". Si bien es preciso aclarar que en Uruguay la acción directa es negada expresamente en el seguro de responsabilidad civil en general (art. 75 ley 19.678 del 26/10/2018). En similar senda podemos observar el Cód. de Comercio de Colombia, que reza: "Art. 1133 (artículo sustituido por ley 45 de 1990). Acción directa contra el asegurador. "En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al art. 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador".

(53) En este punto, discrepo de Barbato (ob. cit., nro. 100 (a.1), p. 751), cuando sostiene que no se daría el requisito de homogeneidad de los créditos entre sí, ahora exigible en virtud del art. 737 inc. c) Cód. Civ. y Com. Ello, por cuanto dicho autor entiende que las prestaciones objeto de los vínculos obligacionales involucrados (indemnidad e indemnización) son de distinta naturaleza. Disiento al respecto, por cuanto ambos vínculos tienen por objeto una prestación de valor (art. 772 Cód. Civ. y Com.), por lo que resultan homogéneos.

(54) MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 286 y ss.; STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. V, nro. 1841; FONTANARROSA, Rodolfo, "Sobre la acción establecida por el art. 118 de la Ley General de Seguros", Revista de Derecho de Seguros, año 2, nro. 6, Ed. Librería Jurídica La Plata, Secc. Doctrina, p. 11 y ss.; STEINFELD, Eduardo, "Aspectos del nuevo régimen legal del contrato de seguros", LA LEY, 134-1130; LEGÓN, Fernando - LORENZO, Luis H., ob. cit.; PÉREZ RÍOS, José L., ob. cit.; SIMONE, Osvaldo B., "Citación en garantía del asegurador: pruebas a cargo del asegurador y su derecho a la dirección del proceso", LA LEY, 1980-B, 20; CNEsp. Civ. y Com., en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982, del voto en disidencia de los Dres. Ambrosioni Bosch, Galtieri y Moyano Escalera de Izurieta y Sea, LA LEY, 1982-C, 323; TR LALEY AR/JUR/168/1982; CNEsp. Civ. y Com., Sala I, "Transportes Nueva Chicago SA c. Marcos, Daniel", 08/08/1980, Boletín CNECyC, 690-10.237.

(55) Los otros son la oportunidad para realizar la citación, reglas de competencia, defensas oponibles, efectos de la sentencia. Únicamente el privilegio se trataría de una cuestión de orden sustancial.

(56) Para varios autores, el antecedente de la citación en garantía normada por el art. 118 LS, fue el art. 1917 del Cód. Civil italiano, en cuyo 4to. párr., establecía: "El asegurado, demandado por el perjudicado, puede llamar en causa al asegurador". Por su parte, manifestaba Stiglitz que el mencionado art. 1917 reconocía como fuente a su vez el art. 106 inc. b) del Cód. Proc. Civ. y Com. italiano, que bajo el rótulo de "Intervención coactiva a instancia de parte" establecía: "cada parte puede llamar al proceso a un tercero con quien tenga comunidad de causa o de quien pretenda estar garantizada". Este último supuesto, conocida como "chiamata in garanzia", constituiría el antecedente de nuestra citación en garantía nacional. Sin embargo, se ha reparado en que la mencionada "chiamata", a diferencia de nuestra figura local: a) no le concede al citante ningún privilegio especial; c) si bien al citado —garante— le será oponible la sentencia, no podrá sortearse la eventual insolvencia del garantizado.

(57) CCiv. y Com. Santa Fe, Sala I, 22/07/1988, Revista Jurídica Vélez Sarsfield, Rosario, II-219.

(58) MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 306.

(59) CNCom., Sala A, "Constructora argentina de Propiedad Horizontal s/ quiebra", 26/05/1976, fallo citado por

MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., nota 22, p. 291.

(60) Los arts. 2582 inc. f) y 2583 inc. d) Cód. Civ. y Com., reconocen la existencia de privilegios especiales en la Ley de Seguros, sin expedirse mayormente al respecto. Por su parte, el art. 241 inc. 6) de la ley 24.522, dispone: "Créditos con privilegio especial. Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: (...) 6) Los créditos indicados en (...) los de los arts. 118 y 160 de la ley 17.418".

(61) 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".

(62) HALPERÍN, Isaac, Seguros, ob. cit., p. 744.

(63) MORANDI, Juan C. F., "Estudios de Derecho de Seguros", ob. cit., p. 416 y ss. Participaba de esta opinión también: SOLER ALEU, Amadeo, "La citación en garantía del asegurador", ED, 24-997.

(64) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. V, nro. 1840.

(65) MARIANI DE VIDAL, Marina, "Los privilegios en el proyecto del código", LA LEY, 2012-D, 1240, nro. III.

(66) PIZARRO, Daniel R. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de Obligaciones", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed. revisada, t. II, p. 694.

(67) MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit.

(68) Art. 2577 Cód. Civ. y Com.: "Extensión. El privilegio no se extiende a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios del crédito, excepto disposición legal expresa en contrario".

(69) STIGLITZ, Rubén S. - COMPIANI, María Fabiana, "La razonabilidad del límite de la obligación del asegurador en el seguro automotor obligatorio", LA LEY del 19/06/2017, - RCyS 2017-VII, 173; TR LALEY AR/DOC/1616/2017.

(70) Para Bulló, tampoco constituye un privilegio, puesto que la condición para que exista el mismo, es ser acreedor de alguien, ya que siempre son accesorios de un crédito, y el crédito que la víctima tiene contra el responsable civil, por no tratarse de un crédito contra el asegurador, nunca podría considerarse como privilegiado. Por lo que, a su entender, el art. 118 LS le otorga al damnificado un beneficio o derecho especial (BULLÓ, Emilio, "El derecho de seguros y de otros negocios vinculados", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 471 y ss.)

(71) No creo que pueda extenderse al damnificado el privilegio especial que el art. 160 LS establece sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador, puesto que es creado en favor "de los asegurados", y siendo el privilegio de interpretación restrictiva y creación legal exclusiva, no corresponde su aplicación analógica a otras situaciones.

(72) Nuestro máximo Tribunal Federal ya se ha expedido sobre la validez de disposiciones procesales insertas en una ley sustancial: "Si bien es exacto que las Provincias tienen la facultad de darse sus propias instituciones locales y específicamente dictar leyes sobre procedimientos, ello no obsta a la validez de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso establecer formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos consagrados en los Códigos fundamentales que le incumbe sancionar" (CS, Fallos 138:157; JA, 10-663; 141-254, JA, 14-5; 162-376, JA, 36-1241).

(73) CS, "Arcadia Cía. Argentina de Seguros SA c. Hesslegrave, Carlos F.", 22/05/1986, JA, 1987-II-519; Ídem, "Lanza Peñaranda, Ruth Antonio c. Transportes Quirno Costa SACeI y otros", 27/11/1990, ED, 25-41.

(74) "Las normas deben interpretarse de conformidad con el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o de corregir los preceptos" (CS, "Yurrita c. Estado Nacional", 30/10/2018, Causa Y. 48 XLIX. RHE).

(75) FONTANARROSA, Rodolfo, ob. cit., ps. 11 y ss.

(76) Expresa el apart. III) Título Preliminar, Punto 4.2: "También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación".

(77) "La ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado y ha de adaptarse a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que en su virtud intrínseca de expansión no halle obstáculo en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Si este obstáculo no existe, se facilita el triunfo de una idea de justicia." (SCBA, "Di Pietro, c. Monte Paco SA", 01/02/1985, ED, 114-367).

(78) CS, "Incidente N° 34 Lenna s/ verificación de créditos", 06/11/2018, COM 00828312006/34/CS001; Ídem, "Distribuidora de Gas Pampeana SA c. Ente Nacional Regulador de Gas", 24/10/2000, JA, 2001-IV-241.

(79) "No se trata entonces de ignorar la intención del legislador, sino de dar preferencia a las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación por sobre la intención histórica u originalista, que alude al momento de la sanción." (LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. I, p. 35).

(80) CS, "Bolaño c. Benito Roggio e hijos SA", 16/05/1995, JA, 1996-IV.

(81) RABBI, Renato - CABANILLAS, Baldi, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., t. I, p. 62; TOBIÁS, José W., "Tratado de Derecho Civil - Parte General", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., t. I, p. 289.

(82) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. I, p. 83 y ss.

(83) Que rezaba en su parte pertinente: "El damnificado tiene una acción directa contra el asegurador del 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".

(84) Si bien acertadamente advertía López Saavedra (ob. cit., t. II, nota 1255, p. 685): "esa predicción fue errónea, puesto que la citación en garantía terminó requiriendo, al igual que lo hubiera requerido una acción directa, la constitución por parte de los aseguradores de una organización de la defensa judicial en todo el país, con lo que no se fue en lágrimas, se fue en suspiros".

(85) En el Anteproyecto de Halperín, el asegurador no podía oponer las defensas legales ni convencionales nacidas con anterioridad o posterioridad al hecho del que nace la responsabilidad del asegurado (no hacía referencia al término siniestro).

(86) MICHELSON, Guillermo, en debate sobre "El nuevo régimen de la responsabilidad y el seguro de la responsabilidad civil", RDCO, 1970-3-778.

(87) FONTANARROSA, Rodolfo, ob. cit., p. 11 y ss.

(88) Recordemos al respecto, que constituye pauta hermenéutica consolidada: "La inconsecuencia o falta de previsión del legislador jamás se presume" (CS, "Quelas, José c. Banco de la Nación Argentina", 27/06/2000, Fallos 323:1787; Ídem, "Benoist, Gilberto c. ANSES s/ Previsional Ley 24.463", 12/06/2018, Fallos 341:631).

(89) Recordemos también que hacía poco se había sancionado el Cód. Proc. Civ. y Com. —ley 17.454—, normando sobre la intervención obligada de terceros al proceso. A ello se suma, como se explicó, la influencia que tuvo en el pensamiento de Fontanarrosa el art. 305 del Cód. Proc. santafesino de 1962.

(90) En rigor, hasta que quede firme el decreto que dispone la apertura de la causa a prueba. Es dable destacar que la extensión de la facultad de citar hasta esta oportunidad es mayor que la que disponen muchos ordenamientos procesales, en los que se establece que la convocatoria obligada, cuando es formulada a instancias de parte, podrá serlo al entablarse la demanda, o dentro del plazo para oponer excepciones o contestarlas (art. 94 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; art. 305 Cód. Proc. Civ. y Com. de Santa Fe; art. 94 Cód. Proc. Civ. y Com. de Buenos Aires).

(91) Así, por ejemplo, el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación regula en el art. 94 la intervención obligada de terceros, pero como un supuesto que permitiría fundar un litisconsorcio facultativo, diferenciándose así del art. 89, que prevé la hipótesis de "integración de la litis" de un litisconsorte necesario. Por su parte, Santa Fe admite la categoría tanto del coadyuvante autónomo (art. 302), como del adherente simple (art. 303 Cód. Proc. Civ. y Com.) que pueden ser convocados al proceso (art. 305). A su turno, el art. 25 del CPCCyT de Mendoza, bajo el título "llamado en garantía", regula expresamente la posibilidad de que: "Cuando un litigante tuviere derecho a pedir la defensa o garantía de un tercero, respecto al objeto de la litis, podrá solicitar su citación (...)".

(92) PEREIRA, Estrella V., "Aspectos jurisprudenciales de la citación en garantía", LA LEY, 152-860; CApel. de Circuito de Santa Fe, "Arduino, María Luisa c. Delgado, Juan Carlos s/ daños y perjuicios", 30/04/2015, TR LALEY AR/JUR/88614/2015; CCiv. y Com. Rosario, Sala 1ª, "Calvagna, Eugenio c. Transporte General Manuel Belgrano s/ daños y perjuicios", 22/05/2008; CNCiv., Sala D, "Lavogna, Alicia B. c. Laurenzano, Juan P.", 15/05/1993; CNCiv., Sala B, "Lombardo, Claudia C. c. Ipar, Regino", 03/08/1999, ED 14/04/2000.

(93) BARBATO, Nicolás H., ob. cit., nro. 100 (a.2), p. 754. En contra: MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 306.

(94) CNEsp. Civ. y Com. en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982, del voto en disidencia de los Dres. Ambrosioni Bosch, Galtieri y Moyano Escalera de Izurieta y Sea, LA LEY, 1982-C, 323; TR LALEY AR/JUR/168/1982. Para Stiglitz (ob. cit., t. V, nro. 1860), asume esta calidad de mero adherente cuando interviene en el proceso sin oponer defensas nacidas con anterioridad al siniestro.

(95) Creo que los antecedentes reseñados del art. 118 LS abonan esta postura. En efecto, en el texto proyectado por la Comisión del 59', se señalaba que el asegurador podía "hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante", lo que pareciera indicar un rol accesorio, subordinado a la parte que coadyuva, y que hoy en día tendría similitud con el adherente simple. Sin embargo, esta frase desapareció del proyecto que preparó la Comisión del 67' y que terminó transformándose en ley. En este sentido, creo que la desaparición de la oración no obedeció, como algunos entendieron, "a que era redundante", sino que, por el contrario, a diferencia del texto de la Comisión del 59', el finalmente sancionado agregó no sólo que la sentencia puede hacer en contra del asegurador cosa juzgada, sino que también puede tener efectos directos sobre su patrimonio, siéndole "ejecutable". En consecuencia, la importancia y gravedad del efecto que se asigna a la sentencia conlleva a que deba intervenir en el proceso como una auténtica parte principal, dotada de plena autonomía procesal, y a ello obedeció la supresión de la mencionada frase.

(96) CCiv., Com. y Laboral Rafaela, 04/09/2007, Zeus, 106-J/727. Es preciso remarcar aquí que para ALVARADO VELLOSO (ob. cit., t. II, p. 1010) y alguna jurisprudencia (CS Santa Fe, "Contreras c. Swift Armour SA", 29/06/1994, Zeus, 66-J/152) en los supuestos de litisconsorcio necesario la comunidad de suertes se traduce en una sentencia que debe tener contenido idéntico en cuanto al hecho causal y a la declaración jurídica que contenga o la conducta que imponga cumplir. Sin embargo, veremos luego que ello es así en tanto se considere que el litisconsorcio necesario solamente puede tener basamento en una relación material inescindible. Por mi parte, considero que la "suerte común" impone una uniformidad en la sentencia exclusivamente respecto la declaración de existencia o inexistencia, validez o invalidez del hecho causal común que sustenta la afinidad de las pretensiones. Ergo, la suerte de los litisconsortes puede ser distinta en orden a las diversas defensas personales que pueden haber esgrimido. Ello no transforma a este consorcio en facultativo o voluntario.

(97) CCiv. y Com. Rosario, Sala III, "Garelli, Ludovico c. Cingolani, Luis", 25/11/1980, Juris, t. 64, p. 146; CNEsp. Civ. y Com., Sala II, "Cohort, Rodolfo G. c. Duracrillac SA", 20/11/1979.

(98) Para Palacio (PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, Versión Ebook, 5ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, t. II, cap. XXII, nro. 328) cualquiera fuera el supuesto de intervención adhesiva de terceros —litisconsorcio simple—, el mismo "no interpone una pretensión autónoma, sino que coadyuva al resultado de una pretensión o de una oposición ya deducidas por las partes originarias." No comparto la conclusión del destacado autor; en el supuesto particular que estamos analizando, el asegurador si bien coadyuva al éxito de la oposición que deduzca el asegurado, interviene en una pretensión constitutiva dirigida contra él por el damnificado. Su intervención se asimila en gran manera a la figura del coadyuvante autónomo del Cód. Proc. Civ. y Com. santafesino (art. 302), respecto del cual ha manifestado Alvarado Velloso (ob. cit., t. III, p. 2441, nota 1253): "El interviniente coadyuvante autónomo tiene siempre pretensión propia que sostener frente a la contraparte". Se presentaría, lo que el mencionado autor denomina como "acumulación de pretensiones por vía de inserción procesal" (ob. cit., t. III, p. 2403).

(99) Para varios autores, la pluralidad de pretensiones conexas funda siempre un "litisconsorcio facultativo", mientras que en la hipótesis de "litisconsorcio necesario", se sustancia una pretensión única con fundamento en una relación material inescindible, por lo que la sentencia definitiva debería tener un contenido idéntico para todos los litisconsortes. Entiendo que ello es así, en tanto se analice al litisconsorcio necesario únicamente desde la mirada de su origen en la relación sustancial controvertida, no cuando su génesis obedece a una imposición de la ley, por una opción de política legislativa, como es el caso del art. 118 LS. En este último supuesto, si bien existirá pluralidad de pretensiones en un proceso único, la sentencia deberá ser idéntica para los litisconsortes únicamente en cuanto al hecho causal.

(100) En contra: MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 317.

(101) Adhiero en tal sentido, a la postura de Barbato (ob. cit., N° 100 (a.2), p. 767) que distingue el carácter del consorcio según a instancias de quién sea convocado el tercero. Quienes niegan la existencia de un litisconsorcio necesario, pierden de vista que el carácter necesario no sólo viene dado por la naturaleza de la relación material que constituye la causa de la pretensión (que requiere ser única e inescindible), sino que también puede serlo por un mandato legal, por una decisión de política legislativa, como sucede precisamente con el caso del art. 118 LS (en cuyo caso, será necesario, aunque la relación material sea escindible). Abonan que se trata de un litisconsorcio necesario: CNCiv., Sala F, "Gutiérrez Barthe, J. c. Casado, S.", 29/05/1986, JA, 1987-II-266; SIMONE, Osvaldo B., "Autonomía y caracteres de la citación en garantía del asegurador en los seguros de responsabilidad civil", LA LEY, 1975-D, 4; MEILIJ, Gustavo, "Citación en garantía del asegurador", Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, nro. 21/22, p. 134; TSJ Cba., Sala Penal, "Bucheler, Gustavo E. y otro", 03/09/1997, RC J 8568/2; CCiv. y Com. Rosario, Sala 1ª, "Calvagna, Eugenio c. Transporte General Manuel Belgrano s/ daños y perjuicios", 22/05/2008; TSJ Cba., Sala Laboral, "Montenegro, Conrado H. c. Sociedad Rural de Córdoba", 31/08/1993, LLCba., 1994-449; CNCiv., Sala B, "Lombardo, Claudia C. c. Ipar, Regino", 03/08/1999, ED 14/04/2000; SC Mendoza, Sala 2ª, "Martín, Antonio R. c. Chic Cahiza Hnos. y Cía. SA", 23/12/1993, RF Cuyo 1994-12-82.

(102) Entienden que se trata en todos los casos de un litisconsorcio voluntario: STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. V, nro. 1856; CNCiv., en pleno, "Flores, Oscar J. c. Robazza, Mario O.", 23/09/1991, JA, 1991-IV-464; Trib. Col. Res. Extrac. Rosario, 6ª Nom., 18/02/1992, Zeus, 61-J/160; SCBA, "Binci de Fernández, Ofelia M. c. Ande, Juan C.", 28/12/1993, DJ, 1994-2-33.

(103) CCiv. y Com. Venado Tuerto, 07/03/1991, Juris, 90-246.

(104) Así, por ejemplo, los actos de disposición del objeto procesal realizados alguno de los litisconsortes (allanamiento, desistimiento, transacción, etc.) sólo producen sus efectos en la medida en que los restantes adopten la misma actitud; las defensas opuestas por un litisconsorte, sea que se funden en hechos comunes o individuales, favorecen a los demás; los recursos interpuestos por cualquiera de los litisconsortes favorecen a los demás, etc.

(105) Las partes conservan aquí autonomía de gestión, por lo que, en principio, los actos de uno no aprovechan ni perjudican a otros, y así: los actos de disposición del objeto procesal realizados por uno producen sus efectos cualquiera sea la actitud asumida por el resto; los recursos interpuestos por uno no benefician a los restantes; respecto de las defensas o excepciones opuestas, sólo si se fundan en hechos comunes deben ser consideradas con relación a todos los litisconsortes.

(106) Quienes sostienen que en estos casos se constituye un litisconsorcio facultativo, no pueden justificar por qué, si bien tienen las partes plena autonomía, el asegurado debe ser demandado necesariamente en el proceso por el actor, para que éste último pueda hacer valer los efectos del art. 118 LS contra el asegurador. La justificación que emplean, sosteniendo que el actor puede demandar únicamente al asegurado y la sentencia será útil contra él, sin necesidad de traer al asegurador, implica mostrarnos una sola cara de la moneda, porque no nos alcanza para explicar que sucede en el caso inverso.

(107) CNEsp. Civ. y Com. en pleno, "Mustafá, Alicia c. Núñez, José M.", 11/05/1982, LA LEY, 1982-C, 323; TR LALEY AR/JUR/168/1982; CIMA, Eduardo, ob. cit.; MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 317.

(108) Aquí no creo que se dé el efecto que dispone, en supuestos de litisconsorcio necesario, que el recurso interpuesto por uno favorece a los demás que no apelaron (CCiv. y Com. Rosario, Sala 1ª, 02/10/1995, Zeus, 72-J/367). En la LS, como el carácter necesario del litisconsorcio no deviene de una relación sustancial inescindible, no creo que el recurso interpuesto por el asegurador favorezca al asegurado que consintió el pronunciamiento. Aquí, se puede visualizar claramente la idea que expongo respecto de las relaciones obligacionales que se generan con la sentencia firme. Supongamos que el asegurador, único recurrente, resultara ganancioso: 1) con relación al damnificado, no ha nacido obligación legal alguna que lo emplace como su deudor; 2) con relación a su asegurado, al consentir una sentencia que a la postre terminó demostrando el asegurador que era impugnabile con éxito, en caso de que el asegurado deba pagar al damnificado, y pretenda en un proceso posterior la repetición de los fondos fundándose en la garantía de indemnidad, sería factible para el asegurador oponer con éxito la excepción de negligente defensa (exceptio mali processus), achacando la incorrecta actuación que ha tenido su asegurado en el primer proceso.

(109) CS, "Cooperativa Patronal Ltda. de Seguros c. Iarcho, Jorge N. y otro", 21/04/1992, LA LEY, 1992-D, 480; Ídem, "El Comercio Cía. de Seguros SA c. Nieto Hnos. SA", 17/11/1994, JA, 1995-II-649; CNCiv. en pleno, "Flores, Oscar J. c. Robazza, Mario O.", 23/09/1991, JA, 1991-IV-464; C2ªCiv. y Com. Córdoba, "Amuchástegui, Jorge O. c. Cáceres, Sergio y otro", 04/06/2002, Foro de Córdoba, Sup. de Derecho Procesal, nro. 4, 2002, p. 154; En contra: SCBA, "Cardozo, Florentín c. Spell SA", 14/11/1995, La Ley, Buenos Aires, 1996, p. 128. Sin embargo, posteriormente el máximo tribunal bonaerense modificó su criterio en "Mufarell, José A. c. Aguirre, Rubén F. y otros s/ daños y perjuicios" (de fecha 10/06/1997; TR LALEY AR/JUR/2882/1997).

(110) MARTÍNEZ, Hernán J., ob. cit., p. 335.