

PRESENTACIÓN DEL TEMA

1. EL TEMA Y LOS ASPECTOS QUE PLANTEA

En el marco del seguro de responsabilidad civil automotor, el tema elegido para la presente investigación es la naturaleza de la instancia del tercero damnificado contra el asegurador, tendiente a obtener el resarcimiento de los daños nacidos como consecuencia de un accidente de tránsito causado por el asegurado.

El asegurador cuando es llevado al proceso por el damnificado reviste una peculiar situación procesal, debatida en incontables oportunidades, inclusive con anterioridad a la sanción de norma legal que contempla el supuesto, el art. 118 de la Ley Nacional de Seguros No. 17.418.

Partiendo de la premisa que la víctima del tránsito ostenta una acción en contra del asegurador, que como presupuesto de admisibilidad la doctrina y jurisprudencia exigen de manera uniforme, demandar coetáneamente al asegurado o al conductor del vehículo causante del perjuicio, se compararán las pretensiones procesales impetradas por el actor en contra del asegurado y de su asegurador, para explicar finalmente la relación de afinidad que entre ellas existe.

Se desarrollará, desde el garantismo procesal, la participación del asegurador en el proceso de daños impetrado por la víctima.

Se efectuará un análisis histórico, de la posibilidad de la víctima de ir directamente contra el asegurador, fundamentalmente de los motivos argüidos por el ilustre Halperín en su Ley General de Seguros de 1959, y la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora de 1961 y de 1967.

Se planteará la función y trascendencia de demandar al asegurador sin necesidad de accionar en contra del asegurado, y las ventajas que ello implica.

2. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Las hipótesis de la investigación que se procurarán confirmar, se resumen como sigue:

La instancia a través de la cual el damnificado actor pretende respecto del asegurador es la acción.

Las pretensiones del damnificado actor respecto del asegurado y asegurador son escindibles.

Es socialmente conveniente que el actor pueda accionar contra el asegurador, inclusive sin demandar al asegurado.

3. RESUMEN

A partir de la sanción en el año 1994 de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, es obligatoria la contratación del seguro de responsabilidad civil para el vehículo automotor. Acaecido un siniestro vial, es posible –y de hecho harto probable– que se genere una relación procesal entre el damnificado del accidente y el asegurador del vehículo protagonista en el evento. Teniendo presente lo esbozado, se investigará la naturaleza jurídica de la instancia mediante la cual pretende el damnificado actor respecto del asegurador.

En concreto, se explicitará que se está en presencia del ejercicio de una acción. Se estudiarán los recaudos a cumplir a efectos de demandar al asegurador y las disímiles situaciones que se presentan cuando el asegurador es “citado en garantía” por el damnificado actor y cuando lo es por el asegurado demandado.

Llevados al proceso el asegurado y asegurador, se indagará también cual es la relación que existe entre ellos. Se investigará igualmente como ejercita su pretensión la víctima de un accidente de tránsito ocurrido en los países limítrofes y en países europeos (v. gr. Francia, Italia, España), y las relaciones que se plantean con la aseguradora.

La ley argentina ha querido consagrar una acción directa contra el asegurador, mediante un régimen particular que denomina “citación en garantía”, que tiene características y modalidades propias. Sin embargo, la existencia de una acción directa del damnificado en contra del asegurador del responsable civil, acorde a

la uniforme tendencia internacional, requiere la expresa consagración normativa del ordenamiento jurídico.

Independientemente del *nomen iuris* del instituto procesal que ostenta la víctima para llevar al proceso a la aseguradora, existe uniformidad doctrinaria y jurisprudencial respecto a la existencia de una legitimación procesal extraordinaria, propia y amplia, por parte de ésta para actuar en el proceso incoado por aquélla.

La consagración legal de una acción directa autónoma de la víctima situaría al asegurador en la condición de demandado y eliminaría toda idea de tercero, haciendo funcionar a pleno la estructura bilateral del proceso civil; inclusive, suprimiría toda controversia respecto a la naturaleza del litisconsorcio conformado por aquél y su asegurado; y evitaría cercenamientos del derecho de defensa, respetándose en consecuencia el debido proceso.

INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los objetivos planteados son los siguientes:

Determinar la naturaleza de la instancia mediante la cual el damnificado actor pretende respecto del asegurador en el proceso de daños ocasionado como consecuencia de un accidente de tránsito.

Establecer la situación procesal actual del asegurador conforme a la ley, a la doctrina y a la jurisprudencia.

Comparar las pretensiones impetradas por el damnificado actor en contra del asegurado y del asegurador.

Analizar la relación que podría presentarse en el proceso entre el asegurado y el asegurador.

Estudiar las distintas situaciones que se plantean cuando el asegurador es llevado al proceso por el actor y por el demandado.

2. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y MÉTODO

La investigación es de naturaleza teórica y con modo descriptivo y explicativo; ya que pretende captar la complejidad del fenómeno investigado, buscando el significado del tema y procurando advertir las interrelaciones del mismo con otras categorías afines. Tiene un modo analítico, ya que pretende el estudio no sólo de las funciones del tema investigado, sino de los elementos que la componen, y de su capacidad operativa en el marco de los complejos normativos que incorpora.

Se procura una metodología de tipo dogmática crítica –propia del garantismo–, es decir, partir de conceptualizaciones base, e incorporar elementos de crítica con el fin de analizar la figura consagrada normativamente por la ley de seguros y compararla con el fenómeno tal cual se presenta en la realidad¹ para advertir las notables diferencias existentes, por lo que el elemento crítico valorativo se incorpora en la investigación.

El término analítico en esta investigación, no deber ser interpretado en el sentido de la “analítica jurídica”, sino como un método de selección y ordenación de elementos integrantes de la problemática a investigar, para poder abordar el todo, previo estudio de sus partes.

La determinación del campo de investigación está marcada por el tema mismo, siendo la misma una investigación de campo eminentemente bibliográfica.

La determinación del campo normativo está marcada fundamentalmente por la Ley General de Seguros del Dr. Isaac Halperín, la Ley de Seguros No. 17.418 y la Ley Nacional de Tránsito No. 24.449.

En el ámbito jurisprudencial y doctrinario, se consultaron fallos y publicaciones de selectas editoriales, inclusive anteriores a la sanción de la vetusta Ley de Seguros, y durante toda su vigencia, hasta la actualidad.

¹ “Por mi parte, creo que una explicación lógica, sistemática y armoniosa de tema sólo puede surgir en forma adecuada de un exclusivo punto de partida: la eventual vinculación que puede existir en la realidad de la vida entre dos relaciones jurídicas de las cuales una, por lo menos, entra en situación de conflicto”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La citación en garantía”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. E, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 1094.

3. MARCO TEÓRICO: EL GARANTISMO PROCESAL

3.1. LA ACCIÓN DE LA VÍCTIMA DEL TRÁNSITO DESDE EL GARANTISMO

El pensamiento jurídico procesal actual está dividido en dos corrientes: el activismo judicial y el garantismo procesal², que son las orientaciones doctrinarias de profunda estirpe filosófica que incursionan en lo más hondo del debate académico y pragmático del Derecho procesal, persiguiendo alcanzar los marcos adecuados para la consolidación de este saber que se propone, esencialmente, lograr la paz social en justicia³.

El presente ensayo será abordado desde la óptica del garantismo procesal⁴. Desde esta ideología, que pretende a ultranza cumplir con la Constitución⁵, se explicitará que la víctima de un accidente de tránsito ostenta en rigor técnico, una acción procesal⁶ –única instancia bilateral⁷– en contra del asegurador del

² “Y así como desde la antigüedad primaban las nociones de disposición e inquisición, hoy, la primera se ve reflejada en el denominado GARANTISMO PROCESAL, en tanto que la segunda, en el denominado con algo de maquillaje activismo procesal. Ambas explican las formas de pensamiento referidas a la concepción de este fenómeno social llamado “proceso” privilegiando el GARANTISMO al MÉTODO en tanto que el ACTIVISMO lo hace con la META”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El garantismo procesal*, Adrus, Arequipa, 2010, pp. 11-12.

³ ALVAREZ GARDIOL, Ariel, “A modo de presentación”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, vol. XLVII, p. 4.

⁴ “El garantismo procesal es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 85.

⁵ “El garantismo no es más que un rescate de lo que la Constitución establece, no va en contra de ella sino que es una visión procesal desde el punto de vista de la Constitución... los derechos que están expresados en la Constitución tienen que ser receptados por la norma sustantiva y procesal y eso a veces no se da. Así que el garantismo no es más que una vuelta a que retomemos el camino de que la norma ordinaria refleje lo que dice la Constitución”. ÁLVAREZ MANCILLA, Erik A., “El garantismo no es más que un rescate de lo que la Constitución establece”, <http://colegioabogadosazul.org.ar/ver/nota/548>, 21 de abril de 2020. “En rigor de verdad de que Granillo Fernández dijo recién: que garantismo es cumplir con la Constitución...”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”, <http://www.cartapacio.edu.ar/ctp/article/download/54>, 21 de abril de 2020.

⁶ “...la acción procesal: es la instancia por la cual toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta sino por una tercera persona que, por tanto, deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origina con tal motivo. Resulta así que la acción procesal ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor) y provocar la conducta de otros dos (juez y demandado) en tiempos normativamente sucesivos”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho*

responsable del daño, a la cual se la califica indebidamente con la palabra directa⁸ –desde que todo accionar lo es–, que procesalmente nada dice por sí misma y debe ser entendida como contrapartida de la acción subrogatoria⁹.

Se explicitará que el damnificado por el tránsito, se encuentra legitimado a accionar en contra del asegurador¹⁰, pese a no existir vínculo jurídico alguno entre ambos¹¹. Se trata de una legitimación extraordinaria impuesta por el legislador¹²,

procesal: 1ª parte, 1ª reimp., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 40. “...la acción procesal es la única instancia que necesariamente debe presentarse para unir tres sujetos en una relación dinámica... se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso”. *Ibídem*, p. 83.

⁷ “...entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles, existe diferencia esencial: la acción debe ser bilateralizada por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto. En otras palabras: es una instancia de carácter bilateral”. *Ibídem*, p. 41.

⁸ “El gran procesalista argentino [en referencia al maestro Alvarado Velloso], al presentar su ponencia en las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho tituladas “La intervención del asegurador por citación del damnificado y del asegurado”, explicó que en la moderna concepción del derecho procesal todo accionar es directo y que el vocablo “acción directa”... debe ser entendido... como una legitimación extraordinaria que otorga la ley a ciertas personas que no puede ostentar la titularidad del derecho demandado; y refiere: “la ley ha otorgado al tercero damnificado la titularidad del interés para obrar (legitimatio ad causam) en forma directa y sin esperar la citación por parte del titular del derecho... lo que debemos remarcar, no significa que exista obligación directa entre víctima y asegurador (repetimos que no se trata de un problema de titularidad de derecho sino de interés para obrar)”. BANCOFF, Pedro, “La intervención de la aseguradora en el proceso de daños y perjuicios”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 9, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 23; La Ley Online: AR/DOC/1642/2018.

⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal: 2ª parte*, 1ª reimp., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 174.

¹⁰ “...como lo ha puntualizado muy bien un reconocido procesalista argentino (Alvarado Velloso), el problema de la acción directa, se reduce a una cuestión de legitimación, la ley habilita (legitima) para accionar a quien carece de derecho subjetivo contra el accionado, con lo cual se crea una excepción a la regla de que sólo el titular de un derecho subjetivo cuenta con la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional en defensa de su interés tutelado”. GUILLÉN, Orlando D. y QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “La citación en garantía del asegurador”, *La Ley Gran Cuyo*, t. 1998, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 739; La Ley Online: AR/DOC/13852/2001.

¹¹ “...en numerosas ocasiones las leyes legitiman a ciertas personas para demandar o ser demandadas a pesar de no ser los titulares de derecho...”. Se trata de “...un tipo de legitimación extraordinaria que se conoce con la denominación por categorías: todos quienes están en la misma categoría (de socio, de parientes, de ascendiente, etcétera) pueden actuar procesal y útilmente a pesar de no ostentar en sus personas la titularidad del derecho, que pertenece a otro sujeto. Son simples titulares de interés para obrar”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 2ª parte*, ob. cit., p. 96.

¹² “La cuestión de si hay o no acción directa del damnificado contra el asegurador del damnificante es de corte netamente procesal y ninguna influencia tiene sobre la misma el vehículo de derecho material entre ambos sujetos, que puede ser de una u otra índole pero nunca podrá excluir la posibilidad de que el legislador confiera legitimación para demandar. La existencia de un derecho subjetivo supone implícitamente, la acción tutelar del mismo (“no hay derecho sin acción”), pero la inversa no es cierta, pues que hay acción allí donde la ley expresamente la

que liga procesalmente a aquéllos¹³. La propia ley confiere acción al damnificado contra el asegurador del responsable, aun cuando no medie un derecho subjetivo entre ambos sujetos¹⁴.

En suma: víctima y asegurador carecen de relación sustancial, empero, y en virtud a la imposición legal, en el caso el art. 118 de la Ley de Seguros¹⁵, ostentan una relación estrictamente procesal.

3.2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO

Intentada la acción procesal por parte de la víctima, dará inicio a su objeto, el desarrollo del proceso, que como medio pacífico de debate dialéctico para asegurar el mantenimiento de la paz social y la erradicación de la fuerza ilegítima¹⁶,

confiere aunque no medie derecho subjetivo". GUILLÉN, Orlando D. y QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "La citación en garantía...", ob. cit., p. 739.

¹³ "De tal modo, se trata simplemente de una legitimación extraordinaria que el legislador ha puesto en cabeza de la víctima y del asegurador de su victimario para que aquélla pueda demandar a éste sin pasar previamente por una demanda contra el causante del daño (asegurado)". ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 2ª parte*, ob. cit., p. 174. "La facultad otorgada por la ley nacional 17.418 al actor no constituye un supuesto de citación en garantía sino un caso de legitimación extraordinaria de la víctima para demandar al asegurador con la condición de que demande previa o conjuntamente al causante del daño". GOZAINI, Osvaldo A., "Comentario al fallo de la Corte Suprema – Cooperativa Patronal Ltda. de Seguros c. Larcho, Jorge N. y otro". AA.VV.: *Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Procesal Civil*, Director: Osvaldo A. Gozaini, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 91; La Ley Online: AR/DOC/719/2007.

¹⁴ "No hay entre el tercero damnificado y el asegurador un verdadero vínculo jurídico de origen contractual ni extracontractual. No tiene el damnificado un derecho propio nacido del contrato de seguros ni tampoco originado en la atribución a la víctima, del crédito del asegurado contra el asegurador". GUILLÉN, Orlando D. y QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "La citación en garantía...", ob. cit., p. 739.

¹⁵ "...la figura denominada citación en garantía que consagra el art. 118 de la ley nacional 17.418, es anómala en el sistema y extravagante en el mundo jurídico. Por ello, debe modificarse su denominación, estableciéndose simplemente una legitimación legal a favor de la víctima para poder demandar al asegurador". CNCiv. en pleno, "Flores, Oscar J. c/ Robazza, Mario O.", 23 de septiembre de 1991, *El Derecho*, 1991, Tomo 144, pp. 517-518. El Dr. Salgado, entre sus fundamentos, reproduce las conclusiones del XIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en San Miguel de Tucumán, del 23 al 26 de septiembre de 1987. "Además en el XIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Tucumán en septiembre del año 1987, se concluyó que la citación en garantía es un típico instituto procesal, anómalo en el sistema y extravagante en el mundo jurídico, correspondiendo a dicha rama del derecho explicar su concepto; por lo cual correspondería modificar su denominación debiéndose reconocer una legitimación legal extraordinaria a favor de la víctima para poder demandar al asegurador". BANCOFF, Pedro, "La intervención de la aseguradora...", ob. cit., p. 23.

¹⁶ "Ya he demostrado al proceso como un método pacífico de debate dialéctico para lograr la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses y cuya razón de ser se halla en la necesi-

exige la presencia indefectible de tres sujetos¹⁷, dos de ellos en un plano antagónico, empero en estricto pie de igualdad, y a un tercero equidistante, que reviste el carácter de autoridad, y debe reunir las cualidades de imparcial, imparcial e independiente.

Así las cosas, demandado por la víctima, el asegurador ingresará al proceso en calidad de parte¹⁸, con todas las consecuencias que ello significa. Proceso que, en nuestro caso, implicará la presencia apodíctica del asegurado o del conductor por expreso requerimiento de la ley, doctrina y jurisprudencia unánime.

La serie procesal se desarrollará, invariable e inmodificablemente¹⁹, en su orden estricto y lógico de cuatro etapas, a saber: afirmación, negación, confirmación y alegación –evaluación o conclusión–.

La parte actora será conformada por el damnificado, o sus derechohabientes; mientras que la demandada, será integrada –habitualmente– por el asegurado y el asegurador, en perfecta igualdad y frente a un tercero, juzgador, que no debe ser parte (imparcial), no debe tener interés –inmediato o mediato– en el resultado del litigio (imparcial), y no debe existir una situación de dependencia respecto de las partes en litigio (independencia), es decir, no debe recibir órdenes de los contradictores. La falta de cualquiera de estas cualidades en la persona del juzgador, deformará la idea lógica del proceso y nos alejará de éste, situándonos en cualquier otro escenario, excepto en el del debido proceso²⁰, lo que lógica-

dad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 1ª parte*, ob. cit., p. 23.

¹⁷ “...para que exista lógicamente un proceso, como fenómeno irrepitable en el mundo del Derecho es menester que se presente imprescindiblemente una relación continua que enlace a tres personas: actor, juez y demandado”. Ibídem, p. 46.

¹⁸ “...el concepto de parte debe ser esencialmente de carácter formal: con total independencia de la relación material debatida, es parte procesal todo sujeto que de manera permanente o transitoria deduce un proceso una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa (nunca asume el carácter de parte el representante de ella) y aquel respecto d quien se pretende”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 2ª parte*, ob. cit., p. 174.

¹⁹ Se pretende a rajatablas el cumplimiento de la ley fundamental, mantener los principios que guían el debido proceso; ergo no puede comenzar éste con otra etapa que no sea la afirmación, o retacear alguna de ellas. Infortunadamente esto último ocurre en nuestro país, donde en pos de lograr una ilusoria mayor celeridad procesal se sacrifica la seguridad jurídica.

²⁰ Un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de sus principios procesales rectores, a saber: (i) igualdad de partes; (ii) imparcialidad del juzgador; (iii) transitoriedad del proceso; (iv) eficacia de la serie procedimental; y (v) moralidad procesal. Ibídem, pp. 259-260.

mente implicará el irrespeto de la Constitución. En consecuencia, el garantismo exige la figura de tres sujetos actuando contemporánea y conjuntamente en orden a conseguir un resultado; requiere de la actuación contemporánea de tres patas para poder conformar la figura del proceso, como método de debate, pacífico, dialéctico para lograr la certeza en las relaciones y el mantenimiento de las relaciones entre los hombres²¹.

3.2.1. SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO

El garantismo se encuentra íntimamente vinculado al sistema de procesamiento dispositivo²² –inspirado en el pensamiento filosófico político liberal–, que se adecua cabalmente con la idea lógica del proceso, y resulta naturalmente incompatible con el sistema inquisitivo. Son las partes las dueñas absolutas del impulso procesal y el juez interviniente carece de cualesquier poder impulsorio²³. En el caso en escrutinio, campeará en cabeza de la víctima los extremos probatorios para hacer prosperar la pretensión. Si la imputación jurídica del hecho constitutivo es subjetiva, deberá acreditar: el daño, la relación de causalidad, la antijuricidad y el factor de atribución; mientras que, si es objetiva, buscará probar: la existencia del daño, el carácter riesgoso de la cosa, que el daño obedece al riesgo de esa cosa, y que el accionado es el dueño o guardián de ella dentro del esquema de los arts. 1757 y 1758 del C.C. y C. A su turno, corresponderá al asegurado o a su asegurador la prueba de los hechos extintivos o impeditivos para resistir la pretensión. Adquiere así especial relevancia lo pretendido y resistido por las partes, que son el centro y los destinatarios del sistema.

²¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”, ob. cit., pp. 2-3.

²² “Un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin en la oportunidad y por los medios que deseen”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 1ª parte*, ob. cit., p. 63.

²³ “Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas”. Ídem.

La materia de la controversia, los fundamentos de la pretensión del actor, víctima del accidente de tránsito, y la resistencia del demandado, asegurador que habitualmente unificará la personería con su asegurado y comandará la estrategia procesal, funcionan como verdaderas garantías para las partes y constituyen un estricto límite para el juzgador al momento de sentenciar. No puede éste apartarse de lo pretendido, resistido, probado y alegado por las partes, so pretexto de socavar el entramado de garantías constitucionales receptado en nuestra carta magna. Infortunadamente, ello no siempre ocurre, debido a las mayores facultades que los códigos de forma modernos otorgan a los juzgadores²⁴, que convalidan la creatividad pretoriana razonable²⁵, en miras a facilitar el cumplimiento de su cometido, la búsqueda de la verdad²⁶, la solución justa del caso²⁷. Ello implica por parte del legislador, dotar de poderes extraordinarios a los sentenciantes, y conlleva a una inadmisibile y peligrosísima discrecionalidad judicial²⁸.

²⁴ “...los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente, la necesidad de dotar al juez de mayores poderes instructorios... el tema es el reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: el inquisitivo y el dispositivo, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 85.

²⁵ “La pujanza y atrevimiento de la susodicha creatividad razonable pretoriana han venido a desembocar en que hoy se viva una época a la que hemos dado en llamar “Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas”. PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 8.

²⁶ “...exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable”. Nos enseña el maestro Alvarado Velloso que: “...hay tantas verdades como personas pretenden definirlas...”; y que: “...la simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior muestra que la verdad (así, con minúscula) es un valor relativo...”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 88.

²⁷ “Sabido es que los códigos de procedimientos civiles más recientes, depositan en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades-deberes para mejor cumplir su cometido de distribuir el pan de la Justicia”. PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 6.

²⁸ “...aprendí la importancia... de pensar el Derecho a partir de un sistema jurídico neutro y ajeno a caprichosas interpretaciones de sus diversos operadores. Y esto es muy importante en un mundo en el cual prevalece la incertidumbre judicial derivada de la circunstancia de aplicar con cada vez más creciente rigor el sistema inquisitivo de enjuiciamiento. Convencido desde mucho tiempo atrás de que esto es inconveniente para el mantenimiento de la perpetua paz social, que precisa de certezas en las relaciones jurídicas, prohijo y defiendo la vigencia del sistema acusa-

3.2.2. FACULTADES DE LOS JUECES

El garantismo²⁹ procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental. Se contenta modestamente con que los jueces declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos³⁰.

Esta corriente pretende formar la convicción del juez a través de la confirmación de los hechos alegados, tarea que como se mencionó, es exclusiva y excluyente de las partes. El juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes, aceptando sin más lo que ellos mismo aceptan acerca de cuáles son los hechos discutidos, para recuperar la paz social perdida³¹; y no el descubrimiento de la verdad material o verdad absoluta de los hechos³².

Enrolados en esta postura, pretendemos básicamente que los jueces respeten, inclusive a regañadientes, las garantías constitucionales³³.

Para esa faena, es imprescindible proporcionarles legalmente³⁴ a los juzgadores³⁵ pautas claras, reglas procedimentales –reglas de la carga de la prueba³⁶–,

torio (en lo penal) y plenamente dispositivo (en lo civil)...”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal: 3ª parte*, Rubinza – Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 9-10.

²⁹ “La voz garantista o su sucedáneo garantizador proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra de Derecho y razón y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 85.

³⁰ Ídem.

³¹ Ibídem, p. 87.

³² “...la verdad formal (la que surge de la sentencia por la simple fijación de los hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del sistema dispositivo) y la verdad real (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del sistema inquisitivo)”. Ídem.

³³ “...como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el garantismo pretende es el irrestricto respecto por la Constitución y los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jerárquico. Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distintas de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El garantismo procesal*, ob. cit., p. 76.

a las cuales deban sujetarse en el supuesto de no lograr la convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la restante. Si los elementos confirmatorios surgen evidentes de la serie procesal, el sentenciante no se preguntará a quién le incumbía la carga de confirmar; empero, si carece de elementos confirmatorios suficientes para formar su convicción, y al no poder ordenar oficiosamente la producción de algún medio probatorio, deberá interrogar quién debía confirmar determinado hecho o afirmación y no lo hizo, y perderá si más el juicio³⁷. De esta forma, los tres sujetos que deben integrar el proceso, conocerán de antemano las reglas de juego, ajustarán a ellas su conducta, y se garantizará la defensa en juicio.

El acercamiento de parámetros objetivos³⁸ permitirá un adecuado juzgamiento del litigio, otorgará certeza a las relaciones jurídicas enfrentadas, asegurará el cumplimiento de las garantías plasmadas en nuestra ley fundamental y, en definitiva, redundará en el mantenimiento de la paz social.

3.2.3. PRETENSIONES DE LA VÍCTIMA

La coexistencia de pretensiones del damnificado a raíz del siniestro vial en contra del asegurado y su asegurador, generará una acumulación procesal, esto es, procesos acumulados en un solo procedimiento. De la comparación de las pre-

³⁴ “...la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 94.

³⁵ “...el tema en tratamiento relativo a la incumbencia confirmatoria –que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba–, no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una clara regla de juzgamiento dirigida al juez para que sea a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto”. *Ibídem*, p. 95

³⁶ “Sostuve antes que las reglas de la carga de la prueba constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio”. *Ibídem*, p. 93.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ “...le incumbe la carga confirmatoria: ...a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistemáticamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse”. *Ibídem*, p. 90.

tensiones procesales impetradas por el actor en contra de los demandados, se destacará que entre ellas existe una relación de afinidad³⁹, en la medida de que varios sujetos se encuentran colitigando en una determinada posición procesal a base de un mismo hecho, y existe entre ellos un especial vínculo que hará que ostente siempre una suerte en común respecto del hecho o de la conducta que el juzgador les imponga eventualmente cumplir después de sentenciar el litigio⁴⁰. El hecho causal, accidente de tránsito, sustenta las distintas pretensiones, y normalmente origina –dependerá de la postura asumida por el asegurador– la conformación de un litisconsorcio pasivo, un litigio con comunidad de suerte, entre el asegurado y su asegurador.

En el fenómeno de la afinidad, siempre hay un sujeto en común colocado en la misma posición en las diferentes pretensiones –en nuestro ensayo, la víctima del accidente de tránsito–, y es idéntico el hecho que fundamenta la pretensión –sinistro vial–, pero es distinta la imputación jurídica que se hace a cada uno de los demandados –*alterum non laedere*, en el caso del responsable, y el contrato de seguro, en el supuesto del asegurador–. No coinciden exactamente ninguno de sus elementos y, sin embargo, hay un sujeto común –no los dos– y un hecho común –no la imputación jurídica, razón por la cual no puede hablarse de identidad de causa–⁴¹.

Veremos que el actor es común en ambas pretensiones: la víctima; mientras que los sujetos pasivos serán, habitualmente, el responsable civil y el asegurador. El objeto será la indemnización pretendida por el damnificado, que para en el caso del responsable puede ser cuantitativamente distinta. El asegurador solamente responderá en la medida de los límites acordados en el contrato de seguro. Mientras que, de existir una condena superior al límite de cobertura, estará

³⁹ “...cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal que actúa no independiente sino coordinadamente con las demás, en razón de que siempre existe un mismo y único hecho causal como basamento de todas las pretensiones. Y, claro está, tal hecho debe ser juzgado unitariamente de modo que se acepte su existencia o su validez frente a todos o frente a ninguno, toda vez que no resulta lógicamente posible que el juez lo tenga por válido respecto de un litigante y como inválido en cuanto al otro que ocupa la misma posición. Esta circunstancia origina el fenómeno de la relación litisconsorcial...”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 2ª parte*, ob. cit., p. 105.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 98.

⁴¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La citación en garantía”, ob. cit., pp. 1099-1100.

a cargo del asegurado. Y finalmente, la *causa petendi*, si bien es cierto estará constituida por el mismo accidente de tránsito que fundamentará ambas pretensiones; no es menos cierto, que será distinta la imputación jurídica que se hará a cada uno de ellos, motivo por el que los accionados responderán por diferentes calidades jurídicas. El asegurado lo hará por ser el responsable subjetivo del hecho, en caso de haber provocado el siniestro, o titular registral de la cosa riesgosa; mientras que el asegurador, lo hará en virtud de la existencia de un contrato vigente con el asegurado al momento del accidente.

3.2.4. CALIDAD DE PARTE DEL ASEGURADOR

El garantismo proclama la igualdad de las partes ante la ley, que incluye su consecuencia natural, la bilateralidad o contradicción⁴². Nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al derecho de audiencia prometido a ambos litigantes, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procesal⁴³.

Por ello, el asegurador, una vez que ingresa al proceso, ora demandado por la víctima, u ora citado en garantía por el asegurado, adquiere indefectiblemente la calidad de parte⁴⁴, con las implicancias correspondientes. El asegurador como parte, tiene amplias facultades⁴⁵, y debe transitar el proceso regularmente, y acorde con las garantías establecidas por la Constitución⁴⁶.

⁴² "...en el proceso deben ser bilateralizadas todas las afirmaciones antagónicas de las partes (consecuencia inevitable de la cláusula constitucional que garantiza la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, lo cual –a su turno– encuentra sustento en el principio de igualdad ante la ley)...". ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 3ª parte*, ob. cit., p. 197.

⁴³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El garantismo procesal". AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 101.

⁴⁴ "...esta fue justamente una de las conclusiones a las que arribó la comisión procesal civil y comercial del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal [celebrado en Santiago del Estero, en mayo de 1993] al abordar el tema "Citación en garantía, extensión al asegurador y a la víctima". Dicha comisión concluyó que "La aseguradora asume el carácter de parte y, por ende, goza de todos los derechos inherentes a su legitimación procesal". BANCOFF, Pedro, "La intervención de la aseguradora...", ob. cit., p. 21.

⁴⁵ "...la decisión judicial debe ser la síntesis entre una tesis y una antítesis sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impug-

Podrá no comparecer, y lógicamente, quedará vinculado a los efectos de la sentencia; o hacerlo, admitir la existencia del contrato de seguros, unificar personería con el asegurado y dirigir el proceso⁴⁷ –que en términos porcentuales, es lo que mayormente acontece–; o asumir una postura de oposición, declinar la cobertura, negar el carácter de garante, controvertir la existencia y/o vigencia de la relación asegurativa⁴⁸. El asegurador tendrá una intervención adhesiva autónoma o litisconsorcial con su asegurado, en el primer supuesto; mientras que, en el segundo, su participación será absolutamente independiente de la de su asegurado. En cualquier caso, independientemente de la posición asumida, deberá transitar el proceso en pie de perfecta e irrestricta igualdad frente a sus contradictores. A estos efectos, ninguna relevancia tiene la existencia de un eventual litisconsorcio con el asegurado.

3.2.5. FACULTAD RECURSIVA DEL ASEGURADOR

El ordenamiento legal establece un doble grado de conocimiento judicial ordinario, un juez unipersonal de primer grado, y un tribunal de revisión, que actúa en

nación y crítica de lo resuelto”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El garantismo procesal”. AA.VV.: *Activismo y garantismo procesal*, Director: Armando S. Andreut (h), ob. cit., p. 101.

⁴⁶ “En síntesis, la serie se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: afirmación, negación, confirmación y conclusión o alegación. Sin la totalidad de esos actos no existe proceso, tal como lo estoy concibiendo. Y la serie es idéntica para todos los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etcétera) ni quiénes son los contendientes, ya que tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 1ª parte*, ob. cit., pp. 27-28.

⁴⁷ “Es conocida la obligación que tiene el asegurador por responsabilidad civil de tomar a su cargo la defensa en juicio de su asegurado responsable. En rigor, esa obligación es sólo extensión de la cobertura convenida por responsabilidad civil, la que se extiende también a los perjuicios (costas causídicas) que pueda sufrir el asegurado derivado de una acción judicial, civil o penal, o de ambos, por el hecho dañoso imputado (art. 110, inc. a, 1er, pár., ley de seguros)... Como consecuencia lógica de ese deber surge el paralelo derecho del asegurador de ejercer la “dirección del proceso” judicial que se siga contra su asegurado... Al derecho del asegurador por responsabilidad civil de ejercer la dirección del proceso le sigue el paralelo deber del asegurado de otorgar mandato a los profesionales letrados que aquél proponga para que actúen en su nombre y representación en la causa judicial que se le siga”. SIMONE, Osvaldo B., “Citación en garantía del asegurador: pruebas a cargo del asegurador y su derecho a la dirección del proceso”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. B, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 23; La Ley Online: AR/DOC/19759/2001.

⁴⁸ “En definitiva, básicamente podrá adoptar una postura de coadyuvancia de su asegurado o de oposición a la pretensión de su asegurado y/o del actor por no ser garante del asegurado...”. BANCOFF, Pedro, “La intervención de la aseguradora...”, ob. cit., p. 24.

segundo grado, donde los interesados pueden plantear cuestiones de hecho y de derecho. Vedar al asegurador la facultad de apelar la sentencia de mérito por conformar con el asegurado un litisconsorcio pasivo voluntario, y asignar a la resolución de primer grado, efecto ejecutorio y calidad de caso juzgado, es afectar el debido proceso⁴⁹, contrariar la propia naturaleza falible del juzgador como ser humano⁵⁰.

El proceso dispositivo, en la esfera civil, o acusatorio, en el campo penal⁵¹ –es viable que la víctima desande el proceso penal e impetre pretensión civil en esta vía por intermedio de la constitución de parte civil damnificada–, exige paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre el actor –víctima– y el demandado –asegurador–. Igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia.

Restringir las facultades del asegurador atenta contra la estructura lógica del proceso. Por ello, visto del garantismo, es una perogrullada afirmar que el asegurador debe tener la posibilidad de atacar la sentencia antes de que se convierta en inalterable, fundado en el derecho de defensa, art. 18 CN y art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y en la posibilidad de defender su propiedad, acorde a lo normado por el art. 17 de la CN.

⁴⁹ “Entonces, es obvio que la solución se perfila, en cuanto a la posibilidad de apelación habiendo consentido la sentencia el asegurado, no desde la óptica de la dilucidación de si se trata de un litisconsorcio pasivo necesario o facultativo, sino desde el punto de vista indiscutible e innegable del derecho de defensa en juicio que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional. Comparto el criterio de que cualquiera sea la naturaleza jurídica que se le asigne a la citación en garantía, frente a la duda ningún interés puede ser motivo de rechazo de su acceso a la jurisdicción, porque ello significaría la violación del concepto de debido proceso”. LENS, Ricardo J., “Citación en garantía (un fallo erróneo)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, t. 2007, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 314; La Ley Online: AR/DOC/725/2007.

⁵⁰ “Y –más allá de todo lo que pueda dilatar un trámite recursivo el inmediato y justo cumplimiento de una orden judicial– desde siempre ha parecido claro que una sentencia impugnada debe esperar su confirmación para poder ser ejecutada, habida cuenta de que la posibilidad de error en el juzgador hace a su propia condición humana”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 3ª parte*, ob. cit., pp. 211-212.

⁵¹ “Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discursiva”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El garantismo procesal*, ob. cit., pp. 44-45.

(I) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES

Desde este marco teórico, es inconcebible e incomprensible la postura que años atrás tomara uno de los tribunales más empinados de nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵², impidiendo al asegurador interponer recurso de apelación, si la sentencia había sido consentida por el asegurado, fundado en la existencia de un litisconsorcio pasivo facultativo entre asegurado y asegurador⁵³.

Esta parodia de procesos⁵⁴, con bases en el sistema inquisitivo⁵⁵, se iniciaron⁵⁶ el 7 de mayo de 1991, donde el Alto Tribunal en autos: “Rivero, Ernesto c. Ra-

⁵² “...y la interpretación todavía más restrictiva que le están dando los tribunales inferiores de esa jurisdicción. Recientemente hemos tomado conocimiento de algunos pronunciamientos que lisa y llanamente importan afectar el derecho de defensa en juicio que tienen, por garantía constitucional, las empresas aseguradoras que son citadas al proceso en virtud del art. 118 de la ley de seguros. Dichos pronunciamientos van desde la negativa a apelar las sentencias de tribunales inferiores en los casos que, al mismo tiempo, no se recurre por parte del asegurado, hasta no proveer medidas probatorias ofrecidas al contestar la citación en garantía, de ordenar el desglose de impugnaciones de pericias, e incluso, lo que ya es el extremo, de dar traslado al pedido de citación del asegurador por sólo cinco días y al solo efecto de la interposición de excepciones. Ello se ha apreciado en tribunales de trabajo de instancia única, en los casos en que las aseguradoras son citadas al proceso ya sea por el actor o por el demandado asegurado, al denunciarse la existencia de un contrato de seguro que ampara los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En esos últimos casos no sólo se restringe arbitrariamente el derecho de defensa al proveerse que las aseguradoras sólo podrán oponer excepciones al contestar, sino que como dijimos, se les concede un plazo abreviado para dicho efecto”. PANTANALI, Norberto J., “El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. E, La Ley, Buenos Aires, 1996, p. 789; La Ley Online: AR/DOC/6990/2001.

⁵³ “Consecuencias disvaliosas se siguen a partir del concepto de aplicar el criterio de que se está frente a un litisconsorcio pasivo facultativo y efectivizar su alcance procedimental de forma tal que se niegue la ya mentada apelación. Porque ello significa que la citada en garantía no es parte plena –en verdad o se es parte o no se es– en el proceso, y si por ello no puede en apelación discutir los montos de condena –o la propia condena– le estaría vedado también su discusión, alegación, defensa, prueba sobre el hecho, montos, etc., en caso de rebeldía o incontestación de la demanda del demandado-asegurado”. LENS, Ricardo J., “Citación en garantía...”, ob. cit., p. 314.

⁵⁴ “...el proceso no es método de investigación ni de control social ni de opresión popular... es un método de debate pacífico y dialéctico que, aceptado hoy por la mayoría de las Constituciones modernas como, el último bastión de la libertad del hombre, logra su eficacia al mostrar un obvio efecto: el de pacificar a los pueblos al evitar que cada uno se haga justicia por mano propia sobre otro”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 3ª parte*, ob. cit., pp. 391-392.

⁵⁵ En sus tesis más extremistas prohibían al asegurador controvertir los hechos en los que el damnificado fundaba la responsabilidad del asegurado; impedían ofrecer y producir medios confirmatorios a fin de acreditar la participación causal del asegurado en el siniestro; y lógicamente, vedaban la posibilidad recursiva del asegurador.

⁵⁶ “En rigor, la SCJBA, en autos: “Marano c. Marzilli”, del 19 de marzo de 1991, pub. AS 1991-I-344, ya se había pronunciado por la imposibilidad del asegurador de replicar los hechos y el

posi, Felipe s. Daños y Perjuicios”⁵⁷, pub. AS, 1991-I-661, –cuya doctrina, en síntesis, sostenía que mientras subsista la obligación de indemnizar sobre el asegurado, no cabe que el asegurador sea liberado de la suya en virtud del eventual acogimiento de defensas que no deriven del contrato de seguro–, mutó la jurisprudencia tradicional que facultaba a la aseguradora a interponer recursos ordinarios y extraordinarios⁵⁸; y se mantuvieron durante 6 años, hasta el 10 de junio de 1997, donde la Corte bonaerense en autos: “Mufarrell, José Alberto c/Aguirre, Rubén F. y otros s/Daños y Perjuicios”, pub. ED, 174-329, reconoció la calidad de parte del asegurador, sus amplias facultades defensivas, y por ende, impugnativas, independientemente de la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre el asegurado y el asegurador.

Infortunadamente, y a pesar del cambio de criterio del máximo tribunal bonaerense, recientemente la Cámara Civil de la ciudad de Trelew⁵⁹, Provincia de Chubut, avalado inclusive por el Superior Tribunal de Justicia⁶⁰, impidió al ase-

derecho invocado por el actor. Idea que fue completada en autos: “Rivero c. Raposi”, pub. AS 1991-I-661, donde se instauraba la inadmisibilidad del recurso deducido por el asegurador contra la sentencia consentida por el asegurado”. COMADIRA, Guillermo L., “Nueva doctrina de la Suprema Corte bonaerense sobre la posición procesal del asegurador “citado en garantía”. Reflexiones acerca de los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Derecho del Trabajo*, t. B, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 2161; La Ley Online: AR/DOC/2881/2001.

⁵⁷ “Esta interpretación que ha mantenido el máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires en casos posteriores (v.gr. ac. 46.334, in re “Moyano, Soraida c. Bazzi, E.” ED, 150-151) ha sido desechada por la Corte Suprema Nacional, en forma reiterada y por el Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal in re “Flores, Oscar c. Robazza” del 23/9/91 (ED, 144-510 -La Ley, 991-E, 662-). El criterio es compartido por la Cámara Comercial de la Capital (sala B, 26/2/91; in re “Visión Compañía de Seguros c. Ramos Martínez, Manuel”, LA LEY, 1992-C, 209). También es seguido por Tribunales superiores de distintas provincias (v.gr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 1/9/87, in re “Vicente, Mario c. Comiso, Domingo”, pub. JA, 19/10/88)”. PANTANALI, Norberto J., “El seguro de responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 790.

⁵⁸ “Las oscilaciones que ofrece la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires...son marcadas y caracterizadas, además, por casi una constante relación de contradicción con los criterios emergentes de la jurisprudencia predominante en los tribunales nacionales”. COMADIRA, Guillermo L., “Nueva doctrina...”, ob. cit., p. 2161.

⁵⁹ “...la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, en la Provincia de Chubut, por mayoría de dos votos a uno, dictó sentencia negando a la Compañía de Seguros que hasta la segunda instancia venía actuando como citada en garantía en calidad de parte, la posibilidad de discutir en grado de apelación los montos de condena de la primera instancia, debido a que el Asegurado no había expresado agravios contra la sentencia del a quo y por ende su recurso habíase declarado desierto”. LENS, Ricardo J., “Citación en garantía...”, ob. cit., p. 311.

⁶⁰ “Por último y para concluir con esta introducción, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, desechó la casación que se intentara por considerar que, existiendo diversas opiniones, no corresponde la calificación de arbitrariedad aun cuando se hubiese argumentado violación de derecho de defensa”. Ídem.

gurador tramitar la apelación, en virtud de que el asegurado no había expresado agravios en su recurso, ergo, había quedado firme la sentencia para éste, y con ello, devendría en abstracto para el asegurador, el eventual éxito que podría obtener en la segunda instancia, en la medida de que igualmente debería responder en virtud de la obligación de indemnidad pactada contractualmente⁶¹. Se trata, sin más, de una reminiscencia inquisitorial incompatible con nuestra Constitución.

Esta tesitura pierde su argumento central cuando el asegurador resiste la pretensión del asegurado, declina la cobertura, controvierte incidentalmente la existencia y/o vigencia del seguro, en la medida de que no se conforma litisconsorcio alguno, sino de dos pleitos lineales: el del damnificado contra el responsable del daño y el de éste contra su asegurador.

Finalmente, prohibir el derecho al recurso al asegurador arguyendo que entre él y su asegurado existe un litisconsorcio pasivo voluntario, es no respetar el debido proceso, la defensa en juicio, el derecho de propiedad, en definitiva, la Constitución⁶².

(II) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Si bien es cierto, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se aferraba a características propias del sistema inquisitivo de enjuiciamiento, que por años lo mantuvo alejado de la idea de debido proceso, al impedir al asegurador apelar la sentencia condenatoria consentida por su asegurado; y en otras oportunidades,

⁶¹ “En lo técnico, el tema lo resolvió el Tribunal de manera simple: tratándose a criterio de los votantes de un litisconsorcio pasivo facultativo el existente entre el asegurado-demandado y la compañía de seguros citada en garantía, el hipotético resultado de una sentencia favorable que podría lograr ésta última, al no haber recurrido el fallo de primera instancia el asegurado-demandado, no se expanden a éste. Con ello, aun cuando el éxito coronara la actividad recursiva de la citada en garantía, nada ganaría por su deber de mantener la indemnidad convenida con el demandado bajo el amparo de lo que disponen los arts. 110, inc. a) y 111 de la Ley de Seguros 17.418”. Ídem.

⁶² “Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo muestra que su meta era –y es– un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de igualdad y el otro en la de imparcialidad (lo cual ocurre exclusivamente en el sistema dispositivo o acusatorio)”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio...: 1ª parte*, ob. cit., p. 70.

inclusive, a controvertir los hechos en los que el damnificado fundaba la responsabilidad del asegurado, a ofrecer y producir medios confirmatorios tendientes a acreditar la participación causal del asegurado en el siniestro; no es menos cierto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se enroló siempre en la doctrina garantista, respetando la idea lógica del proceso, al reconocer en sus sentencias, v. gr. autos: “Lanza Peñaranda c/ Transportes Quirno Costa y Otros”⁶³ pub. JA, 1991-II-313 –donde se dejó sin efecto un fallo dictado por la sala C de la Cámara Civil, que había considerado inadmisibile la apelación de la aseguradora atento no haber recurrido su asegurado la sentencia condenatoria–, y/o “El Comercio c/ Nieto Hermanos”, pub. ED, 166-196, y/o “Cooperativa Patronal Limitada de Seguros c. Iarcho, Jorge Noé”, pub, ED, 154-707, el interés personal defendido por el asegurador, su carácter de parte, y con ella, la totalidad de las cargas, deberes y facultades que el ordenamiento ritual contempla. No se detiene el Alto Tribunal en la elucidación del carácter procesal de la participación en juicio del asegurador, sino que consagra su carácter de parte porque de lo contrario se estaría convalidando una violación constitucional⁶⁴.

Inclusive, el cambio de paradigma respecto a la concepción del proceso, adoptado por la SCJBA en la causa “Mufarrell c. Aguirre”⁶⁵, esto es, dejar de lado el sistema inquisitivo de enjuiciamiento y acoger el sistema procesal dispositivo, se sostuvo en la garantía de defensa del asegurador, el respeto por el debido pro-

⁶³ “Así, pues, en lo que concretamente concierne a la definición de las facultades defensivas e impugnativas que asisten a la aseguradora “citada en garantía”, es dable recordar la distinta repercusión que obtuvo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in-re “Lanza Peñaranda c. Transportes Quirno Costa S.A.”: mientras que, a su concreto influjo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció –como doctrina plenaria– la tesis amplia relativa a la admisión del recurso deducido por la aseguradora contra la sentencia consentida por el asegurado, la Suprema Corte de Buenos Aires curiosamente modificaba su jurisprudencia para establecer, conforme se ha visto, el criterio restrictivo”. COMADIRA, Guillermo L., “Nueva doctrina...”, ob. cit., p. 2161.

⁶⁴ LENS, Ricardo J., “Citación en garantía...”, ob. cit., p. 314.

⁶⁵ “...hay una nueva doctrina legal, bien sea que el acatamiento se funde en aplicación de los principios de economía y celeridad procesal (aspecto convocante para la mayoría de los jueces del tribunal), o en el despliegue cimentado en los valores (seguridad e igualdad) que animan una de las funciones de la casación (la uniformidad de la aplicación del derecho objetivo), cometido que, más allá de expresa previsión normativa, ejerce la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la vía recursiva extraordinaria”. COMADIRA, Guillermo L., “Nueva doctrina...”, ob. cit., p. 2166.

ceso, y también, en la posición mantenida por la CSJN⁶⁶, desde que era necesario acatar, por cuestiones de seguridad jurídica, a fin de uniformar la aplicación del derecho objetivo⁶⁷, y por razones de celeridad y economía procesal⁶⁸, la jurisprudencia del Máximo Tribunal Jurisdiccional argentino⁶⁹.

En suma, el proceso era, y afortunadamente es, entendido en la CSJN, y en la mayoría de los tribunales provinciales⁷⁰, desde el garantismo.

⁶⁶ "...en voto que origina la rectificación de la doctrina legal "va mucho más allá" del mero acatamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al poner en crisis todas y cada una de las razones que animaban el criterio cuya vigencia se mantuvo por más de cinco años". *Ibídem*, pp. 2163-2164.

⁶⁷ "...cabe destacar el análisis que, como vertiente adicional de fundamentación, contiene el meditado voto del doctor Hitters, cuyo punto de partida reside en advertir que si bien es cierto que en nuestro país no hay un tribunal de casación stricto sensu (como es el caso de España y Francia, y, agregaría: como resultó configurado entre nosotros por la Constitución Nacional de 1949), no lo es menos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce esta tarea, vale decir, satisfaciendo uno de los cometidos de la casación cual es el de la uniformidad de la aplicación del derecho objetivo". *Ibídem*, p. 2165.

⁶⁸ "En nuestro derecho positivo no existe obligatoriedad de los tribunales inferiores en la aplicación de los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema y que los jueces están legitimados para rebatirla cuando se trate de cuestiones de opiniones divididas, pese a que razones de orden jurisdiccional y de economía procesal aconsejan lo contrario". LENS, Ricardo J., "Cita-ción en garantía...", *ob. cit.*, p. 315.

⁶⁹ "...las adhesiones concitadas por el doctor Hitters comprenden, esencialmente, su despliegue articulado en la garantía de defensa del asegurador y la necesidad de proveer, de una buena vez, respecto de su adecuación de la doctrina legal al criterio emergente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, satisfaciendo –con motivos desbordantes de la evocada celeridad y economía procesal– los propósitos de la uniformidad de la jurisprudencia". COMADIRA, Guillermo L., "Nueva doctrina...", *ob. cit.*, p. 2163.

⁷⁰ "Similar criterio adoptó el Tribunal Superior de Justicia –sala laboral– de la provincia de Córdoba. Lo hizo por el voto mayoritario de sus miembros [sala Laboral, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, "Heredía Héctor c. Incor S.A.", 29 de agosto de 1990] reconociéndole a la aseguradora citada en garantía el carácter de parte si "se consideró y actuó como parte" al intervenir en todos los actos del proceso (como era un juicio laboral compareció a la audiencia de conciliación, contestó la demanda, ofreció pruebas y asistió a la vista de la causa)". SIMONE, Osvaldo B., "Caracterización procesal de la aseguradora citada en garantía", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. C., La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 209, La Ley Online: AR/DOC/18121/2001. "En el ámbito nacional, la Cámara Civil de la Capital Federal dictó un fallo plenario: "Flores, Oscar c. Robazza, Mario" del 23/09/1991, en el cual se resolvió, como doctrina legal obligatoria para el fuero, que resultaba "apelable por la aseguradora citada en garantía, la sentencia consentida por su asegurado". BANCOFF, Pedro, "La intervención de la aseguradora...", *ob. cit.*, p. 24.