

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

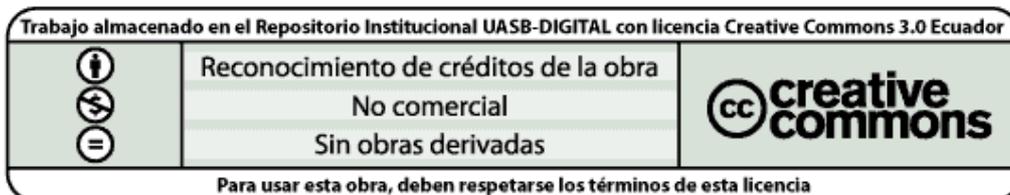
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

**La acción directa del damnificado contra la aseguradora y el
llamamiento en garantía en materia de seguros de
responsabilidad civil por daños contra terceros**

Jorge Mauricio López Ochoa

Quito, noviembre 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS

Yo, **JORGE MAURICIO LÓPEZ OCHOA**, autor de la tesis intitulada «**LA ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA LA ASEGURADORA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN MATERIA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CONTRA TERCEROS**», dejo constancia que la presente obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el uso los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación de este trabajo durante treinta meses contados a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 14 de Diciembre de 2015

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO FINANCIERO,
BURSÁTIL Y DE SEGUROS**

**LA ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA LA ASEGURADORA Y EL
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN MATERIA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL
POR DAÑOS CONTRA TERCEROS**

JORGE MAURICIO LÓPEZ OCHOA

TUTOR: DOCTOR RAMÓN RODRÍGUEZ BORJA

NOVIEMBRE 2015

RESUMEN

Esta tesis versa sobre la acción directa del tercero perjudicado contra la aseguradora de responsabilidad civil y sobre el llamamiento en garantía a favor del asegurado, ambas figuras generalmente aceptadas en el derecho comparado pero que en Ecuador son inexistentes y desconocidas. Por eso, como objetivos de este estudio he buscado establecer los conceptos básicos del seguro en general; analizar al seguro de responsabilidad civil por daños a terceros en particular; identificar los problemas que surgen por la prohibición normativa que impide al tercero damnificado accionar directamente contra la aseguradora al producirse un siniestro cubierto por la póliza así como de la imposibilidad que tiene el asegurado de requerir al juez se cite a la compañía al serle demandado el pago de esos daños y, por último, plantear reformas al Código Orgánico General de Procesos y a la Ley General de Seguros y al Título XVII del Código de Comercio (Decreto Supremo 1147) que garanticen el derecho de acción, a efectos de cobro de indemnizaciones, tanto a favor del asegurado como del tercero lesionado que, además, impidan la prescripción de los derechos de uno y otro, por el paso del tiempo.

A tal efecto he hecho uso del método analítico, para la observación de la problemática, su descripción y crítica; eso me permitió descomponer las partes que integran el asunto enunciado, enumerarlas, ordenarlas y clasificarlas para conseguir un proceso de conocimiento claro y profundo del tema a investigarse. De igual manera hice uso del método histórico para realizar un estudio regresivo y progresivo de la realidad jurídica del problema propuesto, mediante una valoración del desarrollo histórico de las instituciones jurídicas involucradas.

Los resultados han sido provechosos pues he conseguido aislar los problemas generados por la ausencia en la legislación nacional de la acción directa del tercero perjudicado contra la aseguradora de responsabilidad civil y del llamamiento en garantía a favor del asegurado, lo que a su vez me posibilitó formular un proyecto de reforma al Código Orgánico General de Procesos y a la Ley General de Seguros y al Título XVII del Código de Comercio (Decreto Supremo 1147), que figura al final del Capítulo Cuarto.

Palabras clave:

Acción directa; asegurador; asegurado; llamamiento en garantía; seguro; seguro de responsabilidad civil por daños a terceros; tercero damnificado.

A **ANDREA VALERIA**, amor de mi vida, amiga fiel y sabia guía, fundamento de mis afanes y remanso de mis días; en el infinito ciclo de las eras, una vida no es suficiente para amarte.

A **MARIANA ISABELLA**, que tu vida sea larga,
bella y luminosa, que tus éxitos superen los límites del
tiempo y la efímera duración de la propia la existencia.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi agradecimiento, en forma amplia y general a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por el aporte brindado a mi formación.

Un enorme gracias al doctor **FABIÁN SUÁREZ TINAJERO** quien, con su reconocida experticia en el ámbito de los seguros, leyó los borradores de esta tesis y aportó valiosos consejos y sugerencias; además, me suministró una enorme cantidad de material e insumos que me fueron invaluable.

Mi gratitud al doctor **RAMÓN RODRÍGUEZ BORJA** por el inmenso apoyo en el proceso de investigación y redacción, así como por sus sugerencias y comentarios, eso sin dejar de mencionar la diligencia con que se empleó a la hora de revisar los avances en del trabajo.

A la doctora **DANA ABAD** por su gentil cortesía al cederme el ejemplar de demanda directa de terceros contra la aseguradora que consta en el **Anexo A.1.1.**, así como por sus sugerencias y recomendaciones en el marco de la defensa del plan de tesis.

A mi esposa **ANDREA VALERIA** gracias por el soporte que me ha brindado durante todos estos años y por el impulso a las metas pretendidas pero siempre pospuestas. Sin ese generoso aliento esta tesis no hubiera visto la luz.

ÍNDICE

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS

RESUMEN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL SEGURO	16
1.1. EL CONTRATO DE SEGURO	16
1.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO	23
1.2.1. ES UN CONTRATO BILATERAL	23
1.2.2. ES UN CONTRATO ONEROSO	24
1.2.3. ES UN CONTRATO ALEATORIO	25
1.2.4. NO ES UN CONTRATO CONMUTATIVO	27
1.2.5. ES UN CONTRATO DE EJECUCIÓN O DE TRACTO SUCESIVO	29
1.2.6. ES UN CONTRATO DE ADHESIÓN	31
1.2.7. ES UN CONTRATO DE UBÉRRIMA BUENA FE	34
1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS	36
1.3.1. DE DAÑOS Y DE PERSONAS	37
1.4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO	38
1.4.1. EL INTERÉS ASEGURABLE	39
1.4.2. EL RIESGO ASEGURABLE	41
1.5. LAS PARTES Y LOS INTERESADOS EN DEL CONTRATO DE SEGURO	42
1.5.1.- LAS PARTES	43
EL ASEGURADOR	44
EL TOMADOR	46
1.5.2. LOS INTERESADOS	47
EL ASEGURADO	47
Ir al Índice	8

EL BENEFICIARIO	47
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DAÑOS CONTRA TERCEROS Y LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA	50
2.1 LA RESPONSABILIDAD	50
2.1.1 LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA	52
2.1.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	54
2.1.3.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	56
2.1.4. EL DAÑO	57
2.1.5. LA INDEMNIZACIÓN	58
2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	61
2.3. EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	63
2.4. DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA	65
CAPÍTULO TERCERO	
LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO DAMNIFICADO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	69
3.1. LOS TERCEROS DAMNIFICADOS EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	69
3.1.1. LOS TERCEROS. DEFINICIÓN. CLASIFICACIÓN. TERCEROS ABSOLUTOS Y TERCEROS RELATIVOS	69
LOS TERCEROS ABSOLUTOS	71
LOS TERCEROS RELATIVOS	72
EL DAMNIFICADO FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	75
3.2. LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO	75
3.2.1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DIRECTA	79
3.2.2.- EVOLUCIÓN	82
3.2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PRESENTAR LA ACCIÓN DIRECTA Y LEGITIMACIÓN PASIVA. EL LITISCONSORCIO NECESARIO	85
3.2.4. ¿ES LA ASEGURADORA DEUDORA SOLIDARIA CON EL ASEGURADO FRENTE AL TERCERO DAMNIFICADO?	89
3.2.5. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD	90
Ir al Índice	9

3.3. BASE LEGAL Y PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA EL ASEGURADOR	92
3.3.1. ARGENTINA Y PARAGUAY	93
3.3.2. BOLIVIA	94
3.3.3. BRASIL	94
3.3.4. CHILE	95
3.3.5. COLOMBIA	96
3.3.6. ESPAÑA	96
3.3.7. ITALIA	96
3.3.8. MÉXICO Y CENTROAMÉRICA	97
3.3.9. PERÚ	98
3.3.10. UNIÓN EUROPEA	98
3.3.11. ECUADOR	100
CAPÍTULO CUARTO	
EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	103
PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN ECUADOR	103
4.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	103
4.2. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL DERECHO COMPARADO	114
4.3. LA CITACIÓN EN GARANTÍA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	123
4.4. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN ECUADOR	128
4.4.1. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO Y DEL ASEGURADO	128
4.4.2.- REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y AL DECRETO SUPREMO 1147	132
PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS	133
PROPUESTA DE REFORMA AL DECRETO SUPREMO 1147	134
COMENTARIOS FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
COMENTARIOS FINALES	136
CONCLUSIONES	138
RECOMENDACIONES	142
Ir al Índice	10

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ANEXO 1	155
A.1.1.- MODELO DE DEMANDA POR ACCIÓN DIRECTA DE UN TERCERO CONTRA UNA COMPAÑÍA DE SEGUROS, CON BASE EN UNA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL A FAVOR DE UN HOTEL.	155
A.1.2.- MODELO DE DEMANDA POR ACCIÓN DIRECTA DE UN TERCERO CONTRA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS, BAJO LA LEY SOBRE CONTRATO DE SEGUROS (LCS) Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC) ESPAÑOLAS .	162
ANEXO 2	167
A.2.1.- MODELO DE ESCRITO DE PETICIÓN DE LLAMADA EN GARANTÍA A UNA ASEGURADORA, BAJO EL IMPERIO DEL DEROGADO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO.	167
A.2.2.- AUTO DE ADMISIÓN DE LLAMADA EN GARANTÍA DICTADO POR EL TRIBUNAL DE LO ADMINISTRATIVO DE MEDELLÍN BAJO EL IMPERIO DEL CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA (CPACA) DE 2011.	170

INTRODUCCIÓN

El derecho es una ciencia venerable, tan antigua como el hombre mismo, ligada a cada aspecto, incluso a los más nimios, del desarrollo de las civilizaciones de esta y de todas las épocas. En consecuencia, los abogados tenemos una responsabilidad social inmensa pues nuestra profesión nos concede la rara prerrogativa de involucrarnos en todos los campos del quehacer y del saber humanos. Nada se escapa a la Ley, nada es ajeno a la acción del Derecho y por eso nada hay que se sustraiga al entendimiento e intervención de los juristas.

Sin embargo, en medio de su respetable y virtuosa finalidad, el derecho no es perfecto. Como usualmente acontece con cada creación humana, en especial de las que integran las ciencias sociales, su evolución es constante y sus avances inevitables, aunque no siempre le siguen el paso al progreso de otras ciencias y técnicas. Como ciencia social el devenir del derecho está atado al de la colectividad que lo ha concebido y es entonces que el paso del jurista se vuelve lento, porque muchas veces la sociedad se conforma con las instituciones con que ya cuenta o simplemente las considera suficientes y no exige a sus abogados, jueces y legisladores que la provean de nuevas herramientas para encarar con éxito los retos, cada vez mayores, de la modernidad.

Corroborar lo dicho que las diferentes naciones, cada una con su propio nivel de desarrollo socio-económico-cultural respecto de las demás, frecuentemente muestran ostensibles desemejanzas en sus sistemas jurídicos. No precisamos mirar en las antípodas del globo para verificar la certeza de esa observación, basta con echar un vistazo por encima apenas de nuestras fronteras para apreciar el enorme contraste que existe entre las instituciones jurídicas de nuestros países.

En principio tales diferencias pueden ser imputadas al dispar escalón de progreso de cada estado; pero un análisis más minucioso nos permite vislumbrar que existen otros factores que limitan el crecimiento de la ciencia jurídica nacional y con ello la incorporación progresiva y necesaria de nuevas estructuras jurídicas al derecho local. Factores que pueden ser resumidos en la desidia del estadista, la apatía del legislador, el conformismo del juez y la nula presión social hacia todos los anteriores en la búsqueda de frescas y superiores trebejos jurídicos que faciliten los negocios así la solución de las controversias.

Descubrir que mientras buena parte mundo desde hace décadas permitió a las personas afectadas por un daño accionar directamente contra la aseguradora de responsabilidad civil de su ofensor, al tiempo que en nuestra pequeña gran Patria tal posibilidad simplemente está prohibida es un recordatorio penoso del abismo que separa a

nuestro sistema de otros. No porque crea que esos sistemas en su conjunto sean mejores que el nuestro, sino porque se hace evidente que, en medio de sus deficiencias, buscan caminos que ofrecer a quienes transitan la ardua senda del litigio en pro de la defensa de un derecho.

No exagero cuando digo que en nuestro país, en este tema, nos mantenemos decenas de años por detrás de otras legislaciones con el magro resultado de saber que la actual legislación protege a las aseguradoras y deja en indefensión a asegurados y terceros eventualmente damnificados. No hay pecado en ejercer el lícito negocio de los seguros, mas la asimetría económica y de poder que existe entre aseguradora y asegurado así como entre aseguradora y tercero demanda que la ley se pronuncie en amparo de la parte menos favorecida de esa desigual relación.

Así las cosas, hiere a la sensibilidad y ofende al sentido común que se mantenga la regla de protección pro-aseguradora de responsabilidad civil frente al tercero damnificado y, peor aún, ante a su propio asegurado, quien en caso de ser demandado directamente por aquel carece de un instrumento idóneo para forzar a la aseguradora a comparecer a juicio y defenderlo o, si se quiere, defender sus intereses propios que en estos casos son también los del asegurado.

Posiblemente la ausencia de la acción directa del tercero y del llamamiento en garantía pueda ser consecuencia de los innegables vínculos que históricamente han unido al poder económico con el político, cosa que rara vez ha dado frutos provechosos para la generalidad de las naciones. Cuestión que es relevante considerar pues el derecho como regulador de las conductas humanas no puede ni debe crear reglas aplicables únicamente a grupos determinados de individuos sino que debe procurar alcanzar en forma amplia a la mayor cantidad posible de personas y situaciones, de manera tal que se creen condiciones favorables para los negocios así como se provean de instrumentos eficaces para solventar las diferencias que puedan surgir. Eso es seguridad jurídica, la que en mucho se puede asimilar a la mecanización de la agilidad y la erradicación del abuso.

Cada vez que un alguien ejerce un gran señorío económico las alertas deben encenderse porque el abuso, tarde o temprano, se hará presente. En Perú, cuando se debatía la redacción e instauración de su flamante Ley de Contrato de Seguros (en vigencia desde Mayo de 2013) la principal preocupación de sus autores era «evitar los abusos de las aseguradoras». Al respecto, el Presidente de Asociación Peruana de Derechos de Seguros, **ALONSO NÚÑEZ DEL PRADO**, argumentaba que «[l]o que pretende una Ley de Contrato de Seguros es equilibrar las cosas, que las compañías de seguros o los aseguradores no puedan, eventualmente, abusar de la circunstancia de ser el lado que redacta

el contrato y tiene el manejo del negocio», pues, agrega, «[h]ay una parte que redacta el contrato, conoce el negocio, y nombra a los ajustadores en el 99% de los casos, y además tiene un permanente negocio con el mercado de arbitraje que es el que decide los conflictos»*.

No soy ni pretendo ser un hombre de izquierda. El enunciado no es un discurso reaccionario y tampoco una manifestación de fastidio ante el crecimiento de las grandes corporaciones. Simplemente es un llamado a dar un trato más justo a quienes finalmente son el sostén del sistema de seguros: los asegurados y los terceros que con sus reclamos legitiman la existencia de las aseguradoras. Sin los primeros no habría una razón económica que sustente el aparataje del seguro y, sin los segundos, el sistema mismo pierde toda su razón de ser.

Este trabajo busca abrir los ojos del lector a nuevas realidades, a escenarios posibles que han sido contruidos fuera de los limitados recovecos de nuestro país, a mostrar que hay un inmenso caudal de oportunidades más allá de los estrechos márgenes de las leyes que actualmente gobiernan y regulan el derecho de seguros en Ecuador.

MAURICIO LÓPEZ OCHOA

Quito, diciembre de 2015

* Nota de prensa de Radio Programas del Perú intitulada «Ley del Contrato de Seguros busca evitar abusos de aseguradoras». Consultada el 01 de diciembre de 2015. Disponible en <http://rpp.pe/economia/economia/ley-del-contrato-de-seguros-busca-evitar-abusos-de-aseguradoras-oticia-527889>.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL SEGURO

1.1. EL CONTRATO DE SEGURO

El seguro es una especie del amplio género de los contratos. Para el Código Civil¹ (Art. 1454) el «[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa [...]», definición que engloba a dos conceptos que, en su momento, la doctrina buscó diferenciar entre sí: la convención y contrato. Algunos tratadistas clásicos consideraban a la convención como una «[...] declaración de voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir efectos jurídicos, que pueden consistir en la creación, conservación, modificación, transferencia o extinción de un derecho [...]»², en tanto que al contrato lo concebían simplemente como «[...] el acuerdo de voluntades creador de obligaciones, la fuente de donde la obligación nace [...]»³. Sin embargo, estas opiniones no tomaban en cuenta el hecho que el Código convoca en forma conciliada esas dos ideas, tanto en la norma copiada arriba, como en el Art. 1453 -que señala que las obligaciones surgen, entre otras formas, del concurso real de las voluntades de dos o más personas, «[...] como en los contratos o convenciones [...]» (énfasis añadido)-, lo que llevó a diversos autores chilenos a estimar que **ANDRÉS BELLO** las «[...] confundió o identificó [...]»⁴, por lo que, concluyeron que, para efectos legales, dada la redacción del Código Civil deben ser tenidas como sinónimas⁵; la adopción de este criterio va a contrario de lo predicado en su momento

¹ Las referencias al “Código Civil” aluden al ecuatoriano, según codificación del año 2005, salvo que se indique otra cosa.

² **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, Arturo y Manuel **SOMARRIVA UNDURRAGA** “Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones”. (Editorial Nascimento. Tercera edición. Tomo IV. Santiago, Chile. 1993), 15-16.

³ *Ibíd.*, 17.

⁴ **DÍEZ DUARTE**, Raúl. “El Contrato de Promesa. Ensayo Positivo y Jurisprudencial”. (Editorial Jurídica EDIAR-CONOSUR LTDA. Santiago, Chile. 1989), 6.

⁵ La jurisprudencia ecuatoriana parece hallarse al margen de estas cavilaciones doctrinarias y del moderno rechazo a la diferenciación legal entre contrato y convención. La Corte Constitucional, por ejemplo, se mantiene fiel a la vieja doctrina que otorga a esos los conceptos un alcance diferente. Así, en sentencia N°. 0309-07-RA, ese Tribunal señaló que «[c]onvención, contrato, obligación, no son términos sinónimos, aunque en el uso se emplean indiferentemente los unos por los otros. La palabra convención o pactoun término general que significa toda especie de convenio o acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, sea con intención, sea sin intención de obligarse: *Pactio est duorum pluriumve in idem*

por **POTHIER**, a quien debemos la primigenia doctrina que separaba a la convención del contrato que, si bien fue adoptada por los franceses en el *Code Civile*⁶ no fue, en realidad, determinante en la redacción del Proyecto chileno de **BELLO**⁷, que luego sirvió de modelo para la elaboración de varios códigos civiles americanos, entre ellos, el nuestro.

Este preámbulo permite esbozar un primer atisbo general relativo al contrato de seguros: es un acuerdo de voluntades, una convención destinada a producir obligaciones, cuyos rasgos genéricos se vislumbran en los Arts. 1453 y 1454 del Código Civil, pues se trata de una fuente de obligaciones derivada de un pacto consensuado entre las partes que lo suscriben. Es la línea que sigue el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (**DRAE**, Vigésimo Segunda Edición, 2001), cuando define al seguro como el «[c]ontrato por el que alguien se obliga mediante el cobro de una prima a indemnizar el daño producido a otra persona, o a satisfacerle un capital, una renta u otras prestaciones convenidas», concepto que en gran medida resulta más claro y preciso que la mayoría de los que entregan los expertos en la materia y las leyes reguladoras de diversos países.

Ya en el terreno doctrinario especializado, el español **JOAQUÍN GARRIGUES** sostenía que el seguro es «[...] un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona –el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya

placito es un término general que significa toda especie de convenio o acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa, sea con intención, sea sin intención de obligarse: *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Contrato es una especie de convención hecha con intención de obligarse de un modo perfecto, *animo contrahendae obligationis*. Una convención puede no ser obligatoria, pero el contrato siempre lo es. Como no hay contrato sin que medie acuerdo entre dos o más personas, un contrato es siempre una convención; pero una convención no siempre es un contrato, pues puede no ser obligatoria. Sin embargo, en el lenguaje legal, como no se habla sino de reglas obligatorias para todos, se entiende por convención la especie de ella que se llama contrato. Es necesario por otra parte distinguir el contrato de la plicitación, que es la promesa todavía no aceptada, *solius offerentis promissum*, la cual en principio y con excepciones tales como las previstas en las leyes de defensa de consumidores frente a ofertas engañosas, no produce obligación alguna. La obligación, por último, es el vínculo que resulta del contrato y que nos constituye en la necesidad de ejecutar lo convenido: *Vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae* [...]». (Sentencia de la Corte Constitucional No. 0309-07-RA. Registro Oficial Suplemento 101 de 13 de Febrero del 2009.

⁶ El artículo 1101 del Código francés reza que «[e]l contrato *es un* convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo». (Énfasis añadido).

Esta norma en su redacción original, en lengua francesa, dice «[l]e contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

⁷ **POTHIER**, sostenía que «[u]n contrato es una especie de convención. Para saber pues, lo qué es un contrato, es antes necesario saber lo qué es una convención.- Una convención o pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo [...] La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama *contrato* [...]». (**POTHIER**, Robert Joseph. “Tratado de las Obligaciones”. (Biblioteca Jurídica Heliasta. Los Grandes Maestros del Derecho. Vol. VIII. Versión directa del *Traité des Obligations*, según edición francesa de 1824. Buenos Aires, Argentina. 1978), 12).

convertido en siniestro [...]»⁸. Según **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO** «[e]l contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas [...]»⁹; y, **JAIME BUSTAMANTE FERRER** y **ANA INÉS URIBE OSORIO** sostienen que «[e]l seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, en virtud del cual el asegurado asume, como obligación condicional, hasta una suma máxima, a cambio del pago de una prima o precio correspondiente, el riesgo asegurable que le traslada el tomador cuando él o sus representantes tienen interés asegurable en dicho riesgo [...]»¹⁰. Estas definiciones tienen en común que buscan integrar a la definición los tres elementos esenciales que caracterizan al contrato de seguro: el riesgo, la prima y la indemnización prestada por el asegurador al producirse el siniestro¹¹. El argentino **ISAAC HALPERIN** es quizá quien buceó con mayor profundidad en los conceptos y, en ese afán, procuró una definición, no tanto jurídica sino más bien económica, del contrato de seguro, que dice:

[...] el seguro es un procedimiento por el cual un conjunto de personas sujetas a las eventualidades de ciertos hechos dañosos (riesgos), reúnen sus contribuciones a fin de resarcir al integrante de ese conjunto que llegue a sufrir las consecuencias de esos riesgos. La organización de ese conjunto, selección de tales riesgos, fijación de las contribuciones de aquellas personas (asegurados), queda a cargo de una empresa (sociedad anónima, cooperativa, mutualidad, Estado) que asume la prestación del servicio, para el cual se capacita técnica y financieramente [...]»¹².

Para **RUBÉN S. STIGLITZ** «[...] el seguro es un contrato por adhesión por el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, contra pago o promesa de pago del premio efectuado por el asegurado, a pagar a éste o a un tercero la prestación convenida, subordinada a la eventual realización (siniestro) del riesgo, tal como ha sido determinado, durante la duración material del contrato [...]»¹³. En ésta definición hallamos lineamientos más cercanos a nosotros, como por ejemplo que el seguro es un acuerdo de adhesión; empero, resulta extraña a nuestra realidad la posibilidad que el contrato exista

⁸ **GARRIGUES**, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”. (Imprenta Aguirre, Madrid, España. 1982). 30.

⁹ **SANCHEZ CALERO**, Fernando. “Ley de Contrato de Seguro”, en “Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial”. (R.D.P., T. XXIV, Vol. I, Madrid, 1984), 9.

¹⁰ **BUSTAMANTE FERRER**, Jaime y Ana Inés **URIBE OSORIO**. “Principios Jurídicos del Seguro”. (Santa Fe de Bogotá, Colombo Editores, 1994), 29.

¹¹ Ver **MORANDI**, Juan Carlos F. “El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan. (Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires, Argentina, 1974), 15.

¹² **HALPERIN**, Isaac. “Lecciones de Seguros”. (Editorial Depalma. Séptima Reimpresión. Buenos Aires, Argentina. 1993), 3.

¹³ **STIGLITZ**, Rubén S. “Derecho de Seguros”. (Editorial Abeledo-Perrot. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1997), 37.

con la mera “promesa de pago” de la prima -a la que **STIGLITZ** denomina “premio”- pues, como más adelante veremos, en el derecho nacional el contrato está condicionado al pago real de la prima y no a la mera promesa de su realización¹⁴. Por último, el peruano **ULISES MONTROYA MAFRENDI** dice que «[e]l seguro es un contrato por el cual una de las partes (el asegurador) se obliga, mediante una prima que le abona la otra parte (el asegurado), a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, como puede ser un accidente o un incendio, entre otras [...]»¹⁵.

Estos conceptos han sido más o menos aceptados por las legislaciones que se han ocupado del contrato de seguro. La decisión del legislador de definirlo es positiva en tanto permite una identificación precisa del tipo contractual especial que es el seguro pues, en general, la definición de un tipo de convención desde un punto de vista jurídico no sólo que permite individualizar el tipo de contrato que nos ocupa, también facilita la identificación de sus elementos integradores. Sin embargo, es preciso apuntar que, al revisar las definiciones legales de diversos países, descubriremos que en realidad ninguna de éstas es una “definición” en el sentido estricto de la expresión, sino que se trata más bien de “descripciones”¹⁶, que si bien son profusas en señalar los elementos del contrato, resultan vagas en cuanto a sus características esenciales. Así, tenemos que el artículo 1546 del vigente Código Civil de Paraguay -promulgado mediante Ley número 1183/85, de 23 de diciembre de 1985 y que entró en vigor el 01 de enero de 1987- dice que «[p]or el contrato de seguro el asegurador se obliga mediante una prima, a indemnizar el daño causado por un acontecimiento incierto, o a suministrar una prestación al

¹⁴ Sobre este aspecto se podría argumentar que **STIGLITZ** tiene, a priori, razón, pues para que una obligación no se considere en mora no es preciso que la parte obligada a ella la ejecute, basta que se allane a cumplirla. En principio parecería que el Art. 1568 del Código Civil abona a este supuesto cuando regula que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Es posible que sea una tesis viable ante la ley argentina, sin embargo, en el derecho ecuatoriano no tiene mayor sentido ya que el seguro se rige por su ley especial, que prevalece sobre las normas generales del Código Civil (Art. 4 del mismo Código), según lo explica **EDUARDO PEÑA TRIVIÑO**, quien observa que «[...] en el seguro el perfeccionamiento del contrato no lleva aparejada su inmediata vigencia o ejecución, porque si el asegurado no paga la prima en el acto de suscripción del contrato, artículo 17 de la legislación sobre el contrato de seguro, ha incumplido una obligación legal, cuya pena sería la falta de vigencia del contrato [...]». (**PEÑA TRIVIÑO**, Eduardo. “Manual de Derecho de Seguros”, Edino, Tercera Edición. Guayaquil, Ecuador. 2003), 58.

¹⁵ **MONTROYA MAFRENDI**, Ulises, “Derecho Comercial”. Tomo II. (Editorial Cultural Cuzco S.A.. Octava Edición. Lima, 1988), 95 y 96.

¹⁶ Según el **DRAE** una definición es la «[p]roposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial», en tanto que una descripción *es una definición imperfecta*, pues con ella se busca representar a alguien o algo por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias, por lo que el mismo Diccionario explica que describir es el acto de «[d]efinir imperfectamente algo, no por sus predicados esenciales, sino dando una idea general de sus partes o propiedades».

producirse un evento relacionado con la vida humana [...]». Esta es quizá de las definiciones legales que encontré la más digerible y que más se acerca a la real dimensión del contrato de seguros. La Ley de Seguros argentina -Ley 17.418 de 30 de agosto de 1967-, en su artículo 1, señala que «[h]ay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto». En similar sentido legisla la Ley Sobre el Contrato de Seguro mexicana vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935, cuyo artículo 1 establece que «[p]or el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato [...]».

El artículo 512 del Código de Comercio de Chile -según reforma promulgada mediante Ley 20.667 de Abril de 2013- establece que «[p]or el contrato de seguro se transfieren al asegurador uno o más riesgos a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar el daño que sufiere el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones pactadas [...]». La Ley del Contrato de Seguro peruana -Ley N°. 29.946- en el artículo 1 declara que «[e]l contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

De acuerdo a la legislación española, en la Ley de Contratos de Seguros -Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro-, artículo 1, «[e]l contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». El Código de Comercio colombiano no contiene una definición propiamente dicha del seguro. En su Art. 1036 -reformado por Ley 389 de 1997-, se limita a indicar que es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, lo que supone una mera enumeración de características y no una conceptualización¹⁷. Sin embargo, lo traigo a colación porque uno de esos elemen-

¹⁷ Hay quienes opinan que la presencia de definiciones en el texto de la ley es inocua pues éstas carecen de valor normativo y, por lo mismo, serían innecesarias y redundantes. La razón de ello estriba en que una definición legal no implica la emisión de una regla sobre un presupuesto o elemento al que se halle subordinada la eficacia de la institución definida, lo que determina que no sea vinculante para los jueces a la hora de emitir sus sentencias. A resultas de ello la otrora Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, sostenía que no es jurídicamente posible que un juez al fallar vulnere una norma descriptiva -que contiene definiciones legales-, de ahí que no admitía que en casación se ataque a una sentencia con base en alegaciones de mera vulneración de normas descriptivas, pues tal argumentación debe ser acompañada por la llamada “proposición jurídica completa”, que obliga al casacionista a determinar la norma o normas de ejecución de la norma descriptiva que fueron violentadas en el fallo o aquellas que

tos constituye una novedad significativa respecto de otras naciones latinoamericanas - con la notable excepción de Argentina, Chile y México¹⁸- y de la nuestra propia: en tanto que en nuestro país, como en la mayoría de los sistemas latinoamericanos investigados, el contrato de seguro mantiene el rasgo de ser solemne -pues precisa para su perfeccionamiento de ciertas formalidades, principalmente de su instrumentalización por escrito¹⁹, Colombia, emulando a Argentina y México -más tarde lo haría Chile-, lo llevó a ser meramente consensual: basta con que las partes se pongan de acuerdo en celebrarlo para que se repute perfecto²⁰. No está demás anotar, siguiendo a **ANDRÉS ORDOÑEZ ORDOÑEZ**, que este rasgo del contrato de seguros no es necesariamente moderno, «ya que en muchos países de Europa la consensualidad (sic) del contrato de seguro es un hecho desde hace muchísimos años»^{21 y 22}.

indiquen el efecto generado por la inobservancia del precepto definidor. Por ejemplo, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema en una ocasión rechazó un recurso de casación porque «[...] el recurrente no ha realizado la proposición jurídica completa ya que se ha limitado a señalar las normas descriptivas, que contienen la conducta a observarse, y no ha señalado la disposición legal que señala el efecto a la violación de esa conducta observable, o sea que debió fundamentar la supuesta nulidad procesal en la disposición legal que tipifica este vicio [...]». (Fallo de casación pronunciado en juicio ordinario No. 110-2003. Registro Oficial 263, 30 de Enero del 2004).

El colombiano **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**, en su obra *“Teoría y Técnica de la Casación”*, cita una decisión similar de la Corte Suprema colombiana que dice: «[l]as disposiciones que se enumeran dentro del aludido capítulo no han podido ser violadas; las unas por su índole, las otras por ser completamente ajenas a la materia de la controversia. Los artículos 669, 740, 2079 del C.C. [colombiano] contienen diversas definiciones, el primero de dominio, el segundo de tradición y el tercero del contrato de sociedad; esta índole de preceptos no son susceptibles de quebranto para fines de la Casación, porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos, mientras se otorgue a cada cual la protección que el derecho objetivo provenga para las situaciones singulares, no hay transgresión de preceptos sustanciales, aunque el juzgador haya discrepado y aun contradicho la noción de un acto, contrato o entidad jurídica que haya concebido el legislador». (**TOLOSA VILLABONA**, Luis Armando. *“Teoría y Técnica de la Casación”*. (Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. Año 2005), 39.

¹⁸ Ley de Seguros argentina. Art. 4: «El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza».

Código de Comercio de Chile. Art. 515: «El contrato de seguro es consensual [...]». (Reforma introducida en el año 2013).

Ley Sobre el Contrato de Seguro mexicana. Art. 21.I: «El contrato de seguro: I.- Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta. En los seguros mutuos será necesario, además, cumplir con los requisitos que la ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios [...]».

¹⁹ Decreto Supremo 1147. Inciso primero del Art. 6: «El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales. Dicho documento se llama Póliza; ésta debe redactarse en castellano y ser firmada por los contratantes [...]».

²⁰ Código Civil ecuatoriano: Art. 1459: «El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento».

²¹ **ORDOÑEZ ORDOÑEZ**, Andrés. *“El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1997 y otros Estudios”*. (Universidad Externado de Colombia. 1998), 10.

En el Derecho nacional, vemos que el Decreto Supremo 1147, integrado al Código de Comercio en el Título XVII (“DEL SEGURO”), en el artículo 1 define al seguro como: “[u]n contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato», de donde se desprende que el legislador nacional siguió sin mayores discrepancias las definiciones legales adoptadas en el extranjero, aunque, debo reconocer, lo hizo en forma más técnica y completa.

En realidad, una definición precisa del contrato de seguro debe estar más cerca de la lógica económica que lo orienta y que dio lugar a su origen primigenio, pues no se trata de un mero contrato en el que una parte paga un precio a cambio que la otra, en contraprestación, prometa pagar una indemnización sometida a condición. La definición del seguro debe ser buscada en su finalidad económica, desde la que lo apreciaremos como un contrato de «cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria fortuita y valorable en dinero, por parte de personas sometidas a riesgos del mismo género»²³, definición que indirectamente alude a que el seguro en sus inicios fue un patrimonio formado por aportaciones de personas sometidas a un mismo riesgo, que cuando sobrevinía, el perjudicado podía resarcirse del daño sufrido con cargo al fondo común²⁴.

De todo lo dicho se concluye que el seguro es un contrato de adhesión por virtud del cual una persona, llamada tomador, traslada un determinado riesgo, que amenaza un patrimonio o a una persona en cuya seguridad tiene interés legítimo, a otra, denominada asegurador, quien en caso de la eventual realización del hecho previsto en el contrato, se obliga a pagar al tomador, o a un tercero que éste señale, la prestación convenida.

²² Quienes se oponen al perfeccionamiento consensual del contrato de seguros en favor de su solemnidad argumentan, principalmente, que un contrato meramente consensual presenta problemas en cuanto a la prueba de su existencia misma así como de las condiciones acordadas; alegan, además, que se puede generar inconvenientes respecto a la interpretación que se le diera al contrato, por ejemplo imponiendo una mayor responsabilidad a las aseguradoras. En conclusión, que por la compleja estructura de este contrato no es conveniente darle un carácter consensual. (Ver **ORDOÑEZ ANDRÉS**, obra citada, 9 y 10).

²³ **VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María. “Teoría General del Contrato de Seguro (Conforme a la Ley Española).

²⁴ **STIGLITZ** cita una definición de **A. MANES** quien, desde un punto de vista técnico, decía que el seguro es «un recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos, se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades fortuitas, tasables y fortuitas de dinero». (**STIGLITZ**, obra citada, 32.)

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO

De las explicaciones precedentes pueden deducirse las características del contrato de seguro. **EDUARDO PEÑA TRIVIÑO**, tras examinar el Art. 1 del Decreto Supremo 1147, afirma que, en Ecuador, el contrato de seguro es, por su composición intrínseca, bilateral, oneroso, principal, conmutativo y aleatorio²⁵.

A continuación voy analizar estos y otros rasgos inherentes al contrato de seguro. Anticipo que no comparto la opinión del ilustre jurista guayaquileño respecto a la calificación del contrato de seguro como conmutativo y, simultáneamente, aleatorio, puesto que el artículo 1457 del Código Civil señala a estas dos clases de convenciones como alternativas opuestas, excluyentes entre sí, de los contratos onerosos y la doctrina considera que la conmutatividad y la aleatoriedad son mutuamente antitéticas, por lo que no pueden concurrir simultáneamente en un mismo contrato²⁶.

1.2.1. ES UN CONTRATO BILATERAL

El Art. 1455 de nuestro Código Civil determina que un contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. Según **GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ** y **EDUARDO OSPINA ACOSTA** de esta norma legal «[...] resulta que la nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan [...]»²⁷; es decir, lo que caracteriza al contrato bilateral es que da nacimiento, en un mismo tiempo, a dos obligaciones principales y esenciales que son correlativas una de la otra, cada una de las cuales debe ser asumida por cada parte -no quiero decir con esto que la bilateralidad del contrato esté determinada por el número de sujetos (personas naturales o personas jurídicas), sino por el de “partes”, pues cada parte puede estar constituida por más de una persona²⁸; **HALPERIN** escribe en relación al contrato de seguro, que su bilateralidad está dada «[...] porque el asegurado asume la obligación de pagar la prima e importantes cargas, y el asegurador asume la obligación de pagar la prestación convenida en caso de siniestro [...]»²⁹, opinión compartida por la extinta Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, que en un fallo sostenía que «[e]l contra-

²⁵ Ver **PEÑA TRIVIÑO**, Eduardo, obra citada, 12 a 14.

²⁶ Un juicio es antitético a otro cuando denota o implica antítesis, condición que supone la existencia de oposición o contrariedad de dos juicios o afirmaciones.

²⁷ **OSPINA FERNÁNDEZ**, Guillermo y **EDUARDO OSPINA ACOSTA**. “Teoría General del Contrato y del negocio jurídico. (Quinta Edición. Bogotá: TEMIS, 1998). Apartado 58.

²⁸ Código Civil ecuatoriano. Art. 1454: «Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas».

²⁹ **HALPERIN**, Isaac. “Lecciones...”, 9.

to de seguro es, por lo tanto, bilateral, porque ambas partes se obligan recíprocamente ab initio [...]»³⁰.

Es importante tener en cuenta, como en su día lo hizo el jurista español **JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS**, que para que el contrato sea bilateral las obligaciones de las partes deben ser recíprocas, es decir, deben ser principales e interdependientes, cuya existencia se deba la una a la otra, puesto que «[...] hay pluralidad de vínculos, pues las partes se obligan recíprocamente una respecto de la otra [...] Es esencial para el concepto de la obligación bilateral que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas a título de contrapartida o retribución [equivalente] por las prestaciones de la otra [...]»³¹. Esta correspondencia de obligaciones mutuas es querida por el legislador para otorgar al contrato bilateral un marco de igualdad entre las partes; igualdad que en el contrato de seguro se busca por medio del pago de la prima, elemento que «[...] es parte fundamental de las prestaciones que en el contrato le corresponde cumplir a la parte asegurada. Como el pago de la prima obedece a la tarifa correspondiente, que ha sido calculada sobre las bases de la probabilidad de ocurrencia del siniestro y de su cuantía posible, esta obligación de pago debe guardar, con la prestación del asegurador, el equilibrio que corresponde a los contratos bilaterales [...]»³². Por tanto, la utilización de la ley de los grandes números y la ley de las probabilidades son la base para el cálculo de la prima a cobrarse.

1.2.2. ES UN CONTRATO ONEROSO

El Código Civil en el Art. 1456 establece que un contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Los actos y contratos gratuitos son los que responden al ejercicio de la mera liberalidad y el Código los estima como concesiones de beneficencia³³. El contrapunto que diferencia a estos dos tipos de contratos es el criterio económico que los alienta, esto es, si existe o no un beneficio o utilidad para ambas partes involucradas -en cuyo caso será oneroso- o sólo para una de ellas -lo que lo trans-

³⁰ Fallo de casación de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 192-2007. Registro Oficial Suplemento 366 de 24 de Junio de 2008.

³¹ **CASTÁN TOBEÑAS**, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral” Tomo II – “Obligaciones y Contratos”, (Editorial REUS, Madrid, 1925), 96.

³² **BUSTAMANTE FERRER**, Jaime y Ana Inés **URIBE OSORIO**. Obra citada, 115.

³³ Código Civil. Art. 1483: «No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente».

formará en un contrato gratuito-. Los arquetípicos ejemplos de contratos gratuitos son la donación, el comodato o préstamo de uso, el depósito, el mandato no remunerado, etc.³⁴; por otro lado, el caso más conocido de contrato oneroso es el de compraventa³⁵.

El contrato de seguro es siempre oneroso, en razón de dos elementos: el pago de la prima por parte del tomador y, como contraprestación, la entrega de la indemnización por parte del asegurador. Es decir, que el sacrificio patrimonial del tomador representado en el pago de la prima, se verá compensado, al momento de la ocurrencia del siniestro, con la indemnización³⁶. Ello es cierto aún en el supuesto que nunca llegue a darse el siniestro: precisamente por tratarse de la cobertura de hechos inciertos (la incertidumbre de la ocurrencia es elemento integrador del concepto de “riesgo”), siempre existe la posibilidad para la aseguradora de tener que soportar el pago de la cobertura.

1.2.3. ES UN CONTRATO ALEATORIO

El Código Civil ecuatoriano divide a los contratos onerosos en aleatorios y conmutativos -Art. 1457- y dice que el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, entonces el contrato es aleatorio. Un contrato es aleatorio cuando la prestación debida por una de las partes a la otra está sometida a la condición de la ocurrencia de un hecho eventual que puede o no suceder. El término aleatoriedad implica la cualidad de aleatorio; esto es, de aquello que depende de la suerte, del azar o de algún suceso fortuito y, por lo mismo, inseguro³⁷. SANTOS CIFUENTES considera que el contrato aleatorio es aquel en que «[...] una de las partes corre voluntariamente un albur en cuanto a la posibilidad de su ventaja, lo cual se llama un alea³⁸ aceptada desde

³⁴ Código Civil. Art. 1401: «La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere *gratuita* e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta». (Énfasis añadido).

Art. 2077: «Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra *gratuitamente* una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso». (Énfasis añadido).

Art. 2124: «El depósito propiamente dicho *es gratuito* [...]». (Énfasis añadido).

Art. 2021: «El mandato puede ser *gratuito* o remunerado». (Énfasis añadido).

³⁵ Código Civil. Art. 1732: «Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga *a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero*. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio». (Énfasis añadido).

³⁶ Ver STIGLITZ, obra citada. Tomo I., 123.

³⁷ VIGIL IDUATE, Alejandro. “El alea en el contrato de seguro”, en “Contratos Aleatorios”. Leonardo PÉREZ GALLARDO (Coordinador) y otros. (Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Madrid, España. 2012, 195-212).

³⁸ La palabra “alea” es una voz latina sinónimo de azar, lleva inserta el significado de riesgo; alea, suerte, azar, riesgo, juego son conceptos que en Roma eran uno solo. Cuenta SUETONIO (“Vida de los Doce Césares” (Editorial Juventud. Colección Libros de Bolsillo. Barcelona, España. 1978. XXXII)) que

el principio [...]»³⁹.

A decir de **RENÉ ABELIUK MANASEVICH**

[...] En el contrato aleatorio no concurre esa supuesta igualdad en las prestaciones [propia de los contratos conmutativos], sino que por el contrario existe una contingencia, un azar, del cual dependerá en definitiva la utilidad que las partes obtienen del contrato. Porque la definición del Código [Civil] parece dar a entender que el contrato es aleatorio para una sola de las partes al decir “y si el equivalente es una contingencia incierta de ganancia o pérdida”, pero la verdad es que la probabilidad existe para ambas partes; el contrato es aleatorio para todas ellas: si una gana la otra pierde y viceversa [...]»⁴⁰.

De esta opinión se extrae que el contrato será aleatorio cuando las prestaciones están sujetas al azar, de modo que las partes al celebrar el contrato no están en condiciones de establecer si obtendrán ganancias o si sufrirán pérdidas, ni tampoco el monto de las unas o de las otras. A contrario sensu «[...] un acto jurídico *no es* aleatorio cuando los resultados económicos que está llamado a producir se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo de su perfeccionamiento [...]»⁴¹. Pero aclaremos, los contratos aleatorios no son aquellos en que está presente el riesgo de ganancia o pérdida, pues, por ejemplo, los contratos de sociedad son un exponente del riesgo de perder una inversión; en el contrato aleatorio una de las dos partes gana o pierde, porque es siempre cierto que sucederá o no sucederá^{42 y 43}.

cuando **JULIO CÉSAR** se dispuso a cruzar el Rubicón, río que lo separaba de Italia, al retornar de su campaña en las Galias, afirmó “*alea iacta est*”, expresión se traduce como “la suerte está echada”. En aquella época, regía en la República romana una ley que ordenaba a todo general que entraba en Italia por el norte licenciar sus tropas antes de atravesar dicho río; **CÉSAR**, señala **SUETONIO**, lo cruzó a su suerte, a su riesgo, violando la normativa vigente y provocando una guerra civil que lo enfrentó a **POMPEYO**. Es, por tanto, el alea un riesgo, en el sentido de tomar una decisión atrevida. (Ver **NANTILLO**, Ignacio. “De Aleatoris Pactis”. Artículo publicado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/1ye/revistas/84/08-ensayo-nantillo.pdf>).

³⁹ **CIFUENTES**, Santos E. “Elementos de derecho civil. Parte general”. (Cuarta edición, actualizada y ampliada, Segunda reimpresión, ASTREA, Buenos Aires, 1999), 373.

⁴⁰ **ABELIUK MANASEVICH**, René. “Las Obligaciones”. (Ediar Editores LTDA. Segunda edición. Santiago, Chile. 1983), 87.

⁴¹ **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA**. Obra citada. Apartado 53. Énfasis añadido.

⁴² Ver **VIGIL IDUATE**, Alejandro. “El alea en el contrato de seguro”.

⁴³ De acuerdo con el Art. 2163 del Código Civil son contratos aleatorios el seguro, el préstamo a la gruesa ventura, el juego, la apuesta y la constitución de renta vitalicia; mas no son los únicos: existen otros contratos, que podríamos considerar como innominados, que están sometidos a eventos futuros e inciertos que condicionan su capacidad de generar beneficios para una de las partes que los integran, por lo que se encuadran en la definición de los contratos aleatorios. Se trata de los derivados financieros, como los llamados SWAPS o permutas financieras (o contratos de gestión de riesgos financieros), que son contratos aleatorios de tipo especulativo, en los que se pacta un intercambio futuro de bienes o servicios entre los contratantes, generalmente, entregas de dinero dependientes de un suceso futuro e incierto. Puede pactarse, por ejemplo, un swap de tasas de interés, cuya naturaleza aleatoria se evidencia porque la equivalencia de las prestaciones depende de una contingencia incierta, como lo es el futuro nivel de unas tasas que miden el comportamiento del mercado. (Ver **MENDOZA ÁLVAREZ**, Mateo. “Contratos derivados: apuntes jurídicos para el desarrollo de un mercado en Colombia”. (Revista de Derecho Privado 2005 (35),

El contrato de seguro es aleatorio porque, como comenta **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO**, «[...] las partes ignoran, en el momento de su conclusión, si se verificará el siniestro, o al menos, cuando se efectuará y, generalmente cual será la entidad de las prestaciones económica de las partes, de manera que desconoce el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato [...]»⁴⁴. El seguro es el miembro más representativo de la familia de los contratos aleatorios toda vez que tanto el asegurado como el asegurador están sujetos a una contingencia que puede representar para uno una utilidad y para el otro una pérdida. Tal eventualidad consiste en la posibilidad de que se produzca el siniestro.

1.2.4. NO ES UN CONTRATO CONMUTATIVO

Es una opinión generalizada entre muchos tratadistas que el contrato de seguro es conmutativo. Entre ellos se cuenta -como quedó consignado en páginas precedentes- el ecuatoriano **EDUARDO PEÑA TRIVIÑO**, quien apunta que la conmutatividad del seguro viene dada porque las prestaciones que las partes se obligan a dar una a la otra se consideran equivalentes⁴⁵. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con ese parecer ya que, si analizamos con cuidado sus definiciones, observaremos existe una manifiesta exclusión mutua entre el contrato conmutativo y el aleatorio. Ilustra este punto la regla del artículo 1838 del Código Civil Federal mexicano (publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928), que distingue en forma inequívoca a uno y otro, dejando en claro que ambos tipos de contrato no pueden coincidir en un mismo pacto y dice que

El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

De esa norma se puede colegir que un contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al momento en que se lo celebra, es consciente anticipadamente del sacrificio y de la ventaja correlativos que el acuerdo supone; en tanto que en los contratos aleatorios la determinación de lo ganado o de lo perdido no podrá ser realizada hasta

115-202)).

⁴⁴ **SÁNCHEZ CALERO**, Fernando. “Instituciones de Derecho Mercantil”. (Editorial McGraw-Hill. Vigésimo Primera Edición. Madrid, 1994), 78.

⁴⁵ Ver **PEÑA TRIVIÑO**, Eduardo. Obra citada, 12 a 14.

que el hecho incierto a que está condicionado el contrato se verifique⁴⁶.

El Código Civil ecuatoriano -siguiendo al chileno de **ANDRÉS BELLO**- en su artículo 1457, también diferencia al contrato conmutativo del aleatorio cuando expresa que el contrato oneroso «[...] es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio». Esta definición, empero, es defectuosa, porque da entender que el contrato para ser conmutativo debe ser bilateral, de ahí que condiciona la obligación de una de las partes a la equivalencia de la prestación debida por la otra, lo que es un error en la medida que un contrato oneroso conmutativo no es necesariamente bilateral. En razón de esta última observación **GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ** y **EDUARDO OSPINA ACOSTA** critican al Art. 1498 del Código Civil colombiano -de redacción exactamente igual a nuestro Art. 1457-, ya que consideran que las definiciones que contiene, tanto del contrato conmutativo como del aleatorio, «carecen de exactitud»⁴⁷ y agregan que:

[...] la del contrato conmutativo es definición que puede convenir a cualquier contrato bilateral, porque de este nacen obligaciones recíprocas e interdependientes a cargo de las partes; y tampoco se puede decir que en el contrato aleatorio la contingencia de ganancia o de pérdida sea para uno solo de los contratantes, pues es claro que la pérdida sufrida por una parte implica ganancia para la otra, y viceversa.

En realidad, un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen; b) *que no sea aleatorio*, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que "se miren como equivalentes" entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato [...]⁴⁸.

Aquí encontramos muy bien delineadas las diferencias entre contratos conmutativos y aleatorios, que son de tal magnitud que los juristas citados incluso condicionan la calidad conmutativa del contrato a que una posible condición aleatoria esté por completo excluida⁴⁹. Se concluye, por tanto, que el contrato de seguros no es conmutativo,

⁴⁶ No debe confundirse, sin embargo, el contrato aleatorio con el contrato condicional, porque la condición, como hecho futuro e incierto, es un elemento accidental que puede ser o no incluido por las partes (Art. 1460 del Código Civil ecuatoriano); en cambio, el alea o contingencia de ganancia o pérdida es un elemento de la esencia de los contratos aleatorios. En el contrato condicional, mientras esté pendiente la condición suspensiva aún no hay obligaciones mutuas que las partes deban honrar; en el contrato aleatorio, en cambio, el alea no impide que nazcan obligaciones contractuales para una o ambas partes.

⁴⁷ **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA**, obra citada. Apartado 63.

⁴⁸ *Ibíd.* Apartado 63. Énfasis añadido.

⁴⁹ En el mismo apartado 63 de su libro, **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA** agregan que «[e]l contrato aleatorio puede ser o no oneroso, contra lo que da a entender el citado Art. 1498 del Código [Civil colombiano]. Por ejemplo, es gratuita y también aleatoria la donación de la pesca que haya de recoger el donante en un día.

porque ninguna de las partes está en posición de valorar la utilidad que éste le reportará en el momento mismo de la celebración del acto.

1.2.5. ES UN CONTRATO DE EJECUCIÓN O DE TRACTO SUCESIVO

En términos generales, un contrato de ejecución sucesiva, de tracto sucesivo «[...] o de ejecución continuada es aquel en el cual la “prolongación” de la etapa funcional o de cumplimiento o de ejecución, por una cierta duración, es condición para que el contrato produzca los efectos deseados por las partes y satisfaga la necesidad (duradera o continuada) que las indujo a contratar [...]»⁵⁰. Este principio implica que en un contrato de tracto sucesivo las obligaciones a cargo de los contratantes no se agotan con la mera celebración del convenio, tal acto sólo marca el punto de inicio de las prestaciones mutuas. En la orilla opuesta de este tipo de acuerdos se hallan las convenciones de ejecución instantánea, cuya descripción obedece a si las obligaciones que se deben las partes pueden ser cumplidas en un solo acto, como las provenientes de una compraventa cuyo precio es pagado de contado.

En relación al contrato de seguro **JAIME BUSTAMANTE FERRER** y **ANA INÉS URIBE OSORIO** sostienen que «[e]l seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre sí *por un determinado tiempo*, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados [...]»⁵¹. La vigencia del contrato “durante un determinado tiempo” es lo que hace surgir su condición de ejecución sucesiva, pues en todo momento, durante ese lapso, cada parte pueden exigir de la otra el cumplimiento de lo pactado (es decir, la aseguradora al tomador el pago de la prima -cuando ésta ha sido pactada en dividendos- y el beneficiario a aquella la indemnización si el siniestro se ha producido durante ese lapso⁵²). Normal-

La verdadera característica del contrato aleatorio, como la de cualquier acto jurídico de la misma clase, estriba en la imposibilidad de estimar, desde el primer momento, una o más de las prestaciones que produce, por depender éstas del azar.

Por tanto, además de las inexactitudes apuntadas a las definiciones legales, hay que concluir que la contraposición de los contratos conmutativos a los aleatorios no obedece a un criterio aceptable, sino que es una mezcla poco afortunada de las clasificaciones de los actos gratuitos y onerosos, por una parte, y de los aleatorios y no aleatorios, por la otra [...]».

⁵⁰ STIGLITZ, obra citada. Tomo I., 128.

⁵¹ BUSTAMANTE FERRER y URIBE OSORIO. Obra citada, 1. Énfasis añadido.

⁵² A esta regla algunas legislaciones, como la española y la colombiana, han creado una notoria y polémica excepción, consistente en las cláusulas *claims made* (reclamo de hecho), aplicable al seguro de responsabilidad civil por daños a terceros. El inciso segundo de la Ley de Contrato de Seguro española reconoce a las cláusulas *claims made* cuando dice que en los contratos de seguro de responsabilidad ci-

mente la condición de ejecución sucesiva del contrato de seguro no aparece determinada en las normas positivas de los diversos países, con excepción de Colombia, cuyo Código de Comercio, en el artículo 1036 se ocupa de este detalle y establece que «[e]l seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva»,

vil «[s]erán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado [...]».

Por su parte, el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 de Colombia, reza que «[e]n el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años».

Entonces, las cláusulas *claims made* son estipulaciones «[...] a través de las cuales se vincula la cobertura del seguro a la reclamación formulada por la víctima, sea al asegurado o al asegurador, independientemente de que el hecho que las origina haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro o antes de su formalización. Este último aspecto, que introduce lo que pudiéramos llamar un cubrimiento retroactivo de la póliza de seguro, consagra la asegurabilidad del riesgo putativo en el seguro de responsabilidad civil [...]» (ORDOÑEZ ORDOÑEZ. Obra citada, 85). La cláusula *claims made* permite, excepcionalmente, que se circunscriba la cobertura a los supuestos en que la reclamación del perjudicado se haga durante el período de vigencia de la póliza por hechos ocurridos antes de la citada cobertura, lo cual viene a romper totalmente la regla general de seguros que demanda que la cobertura está condicionada a que la póliza esté vigente en el momento de producción del siniestro.

Este especial carácter de las cláusulas *claims made* no sólo que afecta a la extensión temporal del contrato sino también, a decir de alguno doctrinarios, al concepto de siniestro, como gatillador de la obligación de la aseguradora de pagar la cobertura. Al aplicar las cláusulas *claims made*, el siniestro ya no es el hecho dañoso, sino que se constituye por la reclamación, judicial o extrajudicial, de la víctima o tercero damnificado. Así, el asegurador tendrá que cubrir los siniestros que ocurran durante la vigencia del contrato pero cuya reclamación se haga dentro de este mismo período o dentro de uno posterior, determinado previamente por las partes. ANDRÉS ORDOÑEZ ORDOÑEZ señala que el motivo principal que indujo a introducir las cláusulas *claims made* en Colombia no es otro que solucionar los problemas que presentaba la concepción del siniestro en el seguro de responsabilidad civil *para los aseguradores*; en otras palabras, lo que se buscó con la inclusión de tales cláusulas en el derecho colombiano fue proteger a los aseguradores, quienes quedaban expuestos frente al asegurado, a cubrimientos demasiado largos, una vez finalizada la vigencia de la póliza y, por lo tanto, tenían que hacer provisiones y reservas igualmente prolongadas en el tiempo, con la dificultad práctica, a la cual se enfrentaban las compañías aseguradoras cuando pretendían reasegurar este tipo de riesgos, que el mercado internacional no proveía reaseguros de vigencia tan larga. Por consiguiente, ORDOÑEZ estima que estas cláusulas representan una ventaja enorme para los aseguradores y, por consiguiente, cuestiona su validez legal porque, a su entender «[...] hacer depender el derecho del asegurado a obtener el beneficio del seguro, del ejercicio por estatuto de una facultad dentro de cierto término por parte de un tercero, no parece ser una manera usual y lícita de limitar la cobertura del seguro, mucho menos cuando esa es una circunstancia posterior a la ocurrencia del siniestro y de la misma no depende, desde luego, en modo alguno la ocurrencia del siniestro [...]» (Ver ORDOÑEZ ORDOÑEZ. Obra citada, 116 a 117 y 130).

siendo éste el único caso de una norma jurídica positiva que alude a este elemento del contrato. La ejecución sucesiva del contrato ocurre a partir del momento de su perfeccionamiento y hasta su terminación y está supeditada a la observancia de las obligaciones que el pacto impone a los contratantes en forma continuada a lo largo del tiempo. El pago de la prima no es la sola obligación a cargo del asegurado, pues éste debe, además, mantener el estado de riesgo a través de la vigencia del contrato. Y lo es para el asegurador, cuya obligación consiste en asumir el riesgo y estar presto al pago de la indemnización tan pronto como sobrevenga el siniestro.

1.2.6. ES UN CONTRATO DE ADHESIÓN

El Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al contrato de adhesión como «[...] aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido». No es casualidad que esa definición aparezca en la mentada ley pues el contrato de adhesión, por lo regular, es utilizado en relaciones comerciales que son resultado de una oferta que hace una persona a otra que puede o no aceptarla, donde las más de las veces quien hace la oferta es una persona natural o jurídica de mayor poder económico que aquella que la acepta. A eso se suma que la oferta puede contener cláusulas de difícil interpretación, orientadas a proteger el interés de quien las redactó, excluyéndose toda posibilidad de discutir las entre las partes. El aceptante se convierte por tal efecto en consumidor de los bienes y servicios del ofertante y dada la asimetría de sus posiciones económicas la ley desea otorgar al primero protección especial frente al segundo, con el fin de evitar que sea objeto de prácticas comerciales abusivas.

Esa es la visión defendida por **STIGLITZ** y **STIGLITZ**, quienes, al estudiar el tema, señalan que estos contratos surgen dentro de una situación de evidente desequilibrio en el poder de negociación que caracteriza la actual realidad económico-social⁵³, por lo que la naturaleza de la relación jurídica entre la aseguradora y el asegurado, además de ser de orden mercantil, contiene matices propios del derecho de defensa del consumidor, cuya finalidad es proteger a la parte menos favorecida de esa relación. En nuestra legislación ese principio halla eco en el inciso final del Art. 25 de la Ley General de Seguros, que ordena que «[e]n todo contrato de seguro se entienden incorporadas las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Se tendrá por no escrita toda

⁵³ Ver **STIGLITZ**, Rubén S. y Gabriel A. **STIGLITZ**. “Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor” (Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1985), 69.

cláusula que se oponga a las leyes, en perjuicio del asegurado, o a las prohibiciones que determine la Superintendencia conforme al inciso primero de este artículo»⁵⁴, con la salvedad prevista en el octavo inciso del Art. 42 de la misma ley, relativa al procedimiento para el reclamo de los asegurados contra las aseguradoras.

En lo demás, el contrato de seguros en su condición de adhesivo se rige por los principios generales que para éstos ha previsto el Derecho general. Al respecto, la Primera Sala de lo Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en alguna ocasión dijo que:

[...] La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar, su consentimiento o rechazar el contrato. Hay autores que incluso niegan la naturaleza contractual de tales relaciones jurídicas, con el argumento de que se trata de un acto unilateral de una persona o institución privada, cuyos efectos una vez ocurrida la aceptación continúan produciéndose por la sola voluntad del oferente. La doctrina predominante, con la que coincide esta Sala, le reconoce carácter contractual; *la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades*, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común. *Uno de los contratos típicos de adhesión es el contrato de seguro*, en que la compañía aseguradora fija las cláusulas, condiciones o estipulaciones uniformes y al asegurado no le queda otra opción que la de rechazar o consentir; con la diferencia fundamental de que mientras ordinariamente en los contratos de adhesión el oferente fija las cláusulas a su libre querer y saber, en el contrato de seguro las estipulaciones generales deben someterlos a la aprobación de la Superintendencia de Bancos, sin cuya aprobación no podrán usarse o ponerse en vigor [...]⁵⁵.

De este texto tenemos que el de seguro es un contrato de adhesión porque no es de libre concertación entre las partes, pues sus cláusulas son establecidas por el asegurador, no pudiendo el asegurado discutir su contenido: tan sólo puede aceptar o rechazar el contrato pre-elaborado por el asegurador. **ALESSANDRI RODRÍGUEZ** y **SOMARRIVA UNDURRAGA** identificaron las características que distinguen a los contratos adhesivos, en la forma siguiente: **a)** Una de las partes impone a la otra la ley del contrato; **b)** la parte que recibe la oferta tiene un papel pasivo que se limita a aceptar o rechazar la formulación; **c)** las cláusulas del contrato están contenidas en un formulario tipo, igual para todas las personas; **d)** en el formulario están descritos los servicios ofrecidos; y, **e)**

⁵⁴ La Ley General de Seguros por mandato de la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero fue agregada como Libro III de ese Cuerpo Legal.

⁵⁵ Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 24 de Mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6, 1539. Énfasis añadido.

es imposible la discusión de las cláusulas⁵⁶.

Estas características son las que motivan al legislador a otorgar protección particular a la parte más débil de la relación jurídica derivada del contrato de adhesión, protección que empieza por la demanda básica que el documento esté redactado con sencillez y claridad, incluso con un tamaño de letra que sea mínimamente visible, siendo que no podrá contener remisiones a documentos que no sean de conocimiento público o que no hayan sido entregados al adherente⁵⁷. Esto ocurre porque la doctrina ha criticado que en los contratos de adhesión «[...] frecuentemente están redactadas las cláusulas de una manera laberíntica y oscura, apta para su comprensión por especialistas solamente [...]»⁵⁸, razón por la que «[l]a Ley exige, en cambio, lo que puede llamarse asequibilidad o facilidad de la comprensión. La protección de los consumidores y de los adherentes requiere que éstos puedan comprender fácilmente las reglas que pueden vincularlos, por lo que no es admisible que tengan una redacción incomprensible para personas del nivel cultural que a los adherentes puede suponerse»⁵⁹.

A eso se suma que la interpretación de este tipo de contratos, si bien está sujeta a las reglas generales del Código Civil, debe ser realizada aplicando de forma especial las siguientes:

i) Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella (el Art. 1582 del Código Civil establece que las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor y, añade, si las cláusulas ambiguas han sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella);

ii) Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (Art. 1576 del Código Civil); y,

iii) Entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente⁶⁰.

⁵⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, obra citada, 64 y 65.

⁵⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Inciso primero del Art. 41: «El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato».

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS. “Instituciones de Derecho Civil”. (Editorial Tecnos. Madrid, España, 1998). Vol. I/2, 62.

⁵⁹ *Ibid.*, 64.

⁶⁰ Resumidas en sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Colombia, de 08 de mayo de 1974, con ponencia del Dr. ERNESTO ESCALLÓN VARGAS.

Todas estas reglas son de aplicación general en los contratos de adhesión, incluyendo los de seguros.

1.2.7. ES UN CONTRATO DE UBÉRRIMA BUENA FE

Un principio fundamental en el Derecho de la contratación es el de la buena fe, concepto que alude a la «rectitud y honradez en el trato»⁶¹, cuya aplicación efectiva supone que las partes deben evitar el empleo de subterfugios urdidos con la intención de eludir las obligaciones plasmadas en el acuerdo, pues «[l]a buena fe es un principio general de derecho y una regla de conducta que ha sido entendida como el obrar con la conciencia honesta, con sentimiento de honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres [...]»⁶². Una premisa esencial en materia de seguros es que el contratante, llámese tomador o asegurado, busca en un contrato de este tipo la tranquilidad de saber que en el supuesto caso no querido que el evento incierto se realice, será inmediatamente compensado en sus consecuencias económicas por el asegurador, premisa que debe ser respetada a la hora del cumplimiento del contratos, conforme lo prevé el Art. 1562 del Código Civil.

El Código ecuatoriano no define lo que es la buena fe contractual –aunque sí se ocupa de la buena fe con fines de prescripción adquisitiva de dominio de bienes, en el Art. 721-. Mas, si echamos un vistazo al Código Civil y Comercial de la Nación argentino, promulgado en el año 2014 –siendo por tanto el más joven de Latinoamérica, hoy por hoy-, encontraremos que éste, en su Art. 961, señala expresamente que «[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor», expresiones que deben ser entendidas como un principio de lealtad mutua que las partes se deben entre sí, desde la celebración del contrato hasta la finalización del mismo. Sin embargo, en el caso del contrato de seguro, la ley no exige sólo la observancia de la buena fe, sino que ésta debe ser ubérrima, es decir, muy abundante y fértil. Como evidencia de esto puedo invocar a la Ley del Contrato de Seguros peruana que, en el Art. II.a) de las “Disposiciones Generales”, establece que «[e]l contrato de seguro se rige por los siguientes principios: a) Máxima buena fe [...]». Esto significa que en el contrato de seguro la buena fe debe ser llevada al extremo, en

⁶¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. “La doctrina de los propios actos”. (Editorial Bosch, Barcelona, España.1963), 134.

⁶² LEGIS, Responsabilidad de los Administradores, abril 2001-2002, Bogotá, 55.

ausencia total de dolo. El contrato de seguro es un contrato *uberrimae bonae fidei* porque el asegurador se ve obligado a confiar en los datos que le comunica el asegurado sobre el riesgo cubierto o por cubrir⁶³. El tratadista **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** manifiesta que «[...] las empresas aseguradoras no están obligadas a realizar inspecciones de los riesgos para determinar si es cierto o no lo que el tomador asevera. El contrato de seguro, como contrato de ubérrima buena fe, no puede partir de la base errada de que es necesario verificar hasta la saciedad lo que el tomador afirma antes de contratar, porque jamás puede suponerse que él miente [...]»⁶⁴.

JOAQUÍN GARRIGUES expresa que la exigencia de la ubérrima buena fe obedece el hecho de que «el seguro es un contrato celebrado en masa, en el que se ofrecen las características propias de un contrato de adhesión»⁶⁵ y, más abajo, agrega que

la exigencia de la buena fe lleva en el contrato de seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido se dice que el seguro es *uberrimae fidei contractus*. Esta nota peculiar se manifiesta no sólo en la ejecución del contrato [...], sino en el momento anterior al contrato. Esto es justamente lo típico del seguro. Ya hemos dicho que la entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe, pero lo característico es que la buena fe opera de modo especial respecto del contratante del seguro (tomador) en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber precontractual a cargo del tomador del seguro, consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que pueden influir en la apreciación de los riesgos, cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. [...]»⁶⁶.

Entonces la ubérrima buena fe debe ser observada por ambas partes de la relación contractual en el seguro. Al asegurado obliga a describir total y claramente el riesgo que pretende asegurar, de modo tal que la aseguradora comprenda con precisión su naturaleza lo que le permitirá decidir si acepta o no tomar ese riesgo y, si acepta, pueda calcular la prima aplicable -porque «según cuál fuere el riesgo, así será la prima y, consecuentemente, así deberá ser la indemnización que el asegurador prometa al asegurado»^{67 y 68}; así mismo, es deber del asegurado procurar evitar la ocurrencia del siniestro y,

⁶³ Ver **RUIZ-TAGLE VIAL**, Carlos. “¿Puede del modificarse el Riesgo en los Contratos de seguro?”. Artículo publicado en la página web de UC Berkeley: Programa de Berkeley en Derecho y Economía. Obtenido de <http://escholarship.org/uc/item/1w415128>.

⁶⁴ **LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio. “Comentarios al Contrato de Seguro”. (Ediciones Dupré. 2a. Edición. Bogotá, Colombia. 1993), 118.

⁶⁵ **GARRIGUES**, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. (Editorial Porrúa. Sexta edición. México, 1981), 248.

⁶⁶ *Ibid.*, 248. Énfasis añadido.

⁶⁷ **MORANDI**, Juan Carlos F. Obra citada, 15 a 16.

⁶⁸ El artículo 14 del Decreto Supremo 1147 hace alude, sin nombrarla, a la ubérrima buena fe que debe primar en los contratos de seguros, al establecer que todo solicitante de un seguro está obligado a declarar objetivamente el estado de riesgo y que su reticencia o la falsedad acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, lo hubieran hecho desistir de la celebración del contrato o lo induzcan a estipular condiciones más gravosas, vician de nulidad relativa el contrato de seguro, con la salvedad pre-

si éste llega a producirse, intentar mitigar sus consecuencias; y, al asegurador la ubérrima buena fe demanda informar al asegurado en forma exacta respecto de los términos del contrato pues al ser, generalmente, un instrumento jurídico-técnico de alta especialización, difícilmente puede el tomador conocer o interpretar correctamente las condiciones de la póliza -tanto más que se trata de un contrato de adhesión-, de forma que pueda entender el alcance de las condiciones a que se compromete⁶⁹.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Clasificar las diferentes formas que puede adoptar una categoría jurídica puede ser una ardua tarea, así como también puede serlo el seleccionar la división que otros hayan elaborado, pues normalmente es posible encontrar una gran variedad de clasificaciones aplicables a una institución jurídica en específico, cuyos autores las han producido atendiendo criterios propios respecto al sentido lógico y de utilidad práctica que creen hallar en la esquematización que proponen. Así vemos que hay quienes señalan que los seguros son terrestres y marítimos, según sea el espacio geográfico de operación; otros defienden la existencia de seguros individuales y sociales, dependiendo de la finalidad que se persigue, si cubrir voluntariamente a una persona, que por su cuenta toma una póliza, o si es que se busca, a través del principio de solidaridad, amparar a la mayor cantidad posible de individuos, para lo que el Estado obliga a sus ciudadanos a tomar parte en un sistema, por lo regular público -con la salvedad conocida de Chile- de seguridad social. Así también, la doctrina abunda en menciones de seguros de daños y seguros de personas, seguros de riesgo y de ahorro, etc.

A efectos de este trabajo, voy emplear la clasificación que consta en el Decreto Supremo 1147, que reconoce a los seguros de daños (Arts. 27 a 64) y a los seguros de personas (Arts. 65 a 88), división que se guía por la identificación del objeto de protección⁷⁰, si de un patrimonio, propio del asegurado o de terceros, o de la integridad y vida de la persona natural asegurada o de terceros. Es, además, la clasificación más aceptada a nivel general. Así, por ejemplo, el Art. 1082 del Código de Comercio colombiano establece que «[l]os seguros podrán ser de daños o de personas; aquellos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales». En similar sentido se expresa el Art. 544 del Código de

vista para el seguro de vida en el caso de inexactitud en la declaración de la edad del asegurado.

⁶⁹ Ver FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO. “Manual de Introducción al Seguro”. (Editorial MAPFRE S.A. Madrid, España. 1990), 18 y 19.

⁷⁰ Al igual que sucede con todo contrato el de seguro debe tener una causa y un objeto real y lícitos -Arts. 1476 y 1483 del Código Civil-. El objeto de un contrato de seguro es el interés asegurable, es decir, aquello que está sometido al riesgo cubierto por el mismo, ya sea una cosa, un patrimonio, una actividad e incluso una persona -la persona asegurada- y la causa es el riesgo.

Comercio de Chile⁷¹. A continuación expondré algunos aspectos relevantes sobre ambos tipos de seguros.

1.3.1. DE DAÑOS Y DE PERSONAS

El Decreto Supremo 1147 no define al seguro de daños; se limita a indicar, en su Art. 27, que puede ser objeto de contrato de seguros contra daños todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro. El Art. 81 de la Ley del Contrato de Seguros de Perú establece que el seguro de daños garantiza al asegurado contra las consecuencias desfavorables de un evento dañoso que pueda atentar contra su patrimonio. De estos esbozos podemos decir que el seguro de daños tiene por objeto reparar las consecuencias perjudiciales que en un determinado acontecimiento puede causar en el patrimonio del asegurado, estando la reparación del seguro en función del daño, efectivamente producido por el siniestro⁷². El seguro de daños otorga cobertura a los bienes patrimoniales contra los riesgos de destrucción, pérdida y deterioro, que se hayan producido como consecuencia directa o indirecta de una gran diversidad de eventos que los afecten como el incendio, los accidentes durante el transporte, el robo, la infidelidad de los empleados, el cumplimiento de responsabilidades contractuales y extracontractuales, etc.

En el margen opuesto está el seguro de personas, el cual se fundamenta en que toda persona tiene interés asegurable, ya sea en su propia vida, en la de las personas a quienes pueda reclamar alimentos o en la de aquellas cuya muerte puede aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación exacta⁷³. En este tipo de seguros, dice SÁNCHEZ CALERO, «[...] el interés asegurado recae precisamente sobre la persona entendida ésta como bien o, si se quiere, como cosa susceptible de valoración económica [...]»⁷⁴, apreciación que debe ser tomada con prudencia, en especial en relación a la pretensión de valorar a un ser humano, cuestión ésta última por la que «[e]n este tipo de seguros, el pago de la indemnización no guarda relación con el valor del daño producido por la ocurrencia del siniestro. Ello es lógico toda vez que la persona no es evaluable económicamente. De ahí que, en realidad, este tipo de seguros no constituya un contrato de indemnización propiamente dicho, diferen-

⁷¹ Código de Comercio de Chile. Art. 544: «Los seguros son de daños o de personas. Los de daños, son reales o patrimoniales».

⁷² Ver DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “Derecho Español de Seguros”. (Segunda edición, Madrid, 1974), 571.

⁷³ Ver Art. 65 del Decreto Supremo 1147.

⁷⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80 de 8 de octubre y a sus modificaciones. Editorial Aranzadi. Madrid. 1999), 1442.

ciándose así de los Seguros de Daños [...]»⁷⁵.

1.4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El Art. 1460 del Código Civil determina que se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales; agrega que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y, son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. En este aspecto el Código ecuatoriano sigue la vieja doctrina, ya expuesta por los juristas franceses del siglo XVI, rescatada luego por **POTHIER**, a quien siguieron los redactores del Código de Napoleón y de algunos americanos⁷⁶.

Los contratos de seguros tienen elementos esenciales sin los cuales no podrían existir como tales. Son el interés asegurable (objeto del contrato) y el riesgo asegurable (causa del contrato), los mismos que determinan la necesidad de una de las partes de adquirir la póliza, dando a la otra la oportunidad de asumir el riesgo a cambio del pago de la prima. Ahora bien, de acuerdo con el Art. 2 del Decreto Supremo 1147, son elementos esenciales del contrato de seguro: **1.** el asegurador; **2.** el solicitante; **3.** el interés asegurable; **4.** el riesgo asegurable; **5.** el monto asegurado o el límite de res-

⁷⁵ FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. Obra citada, 71.

⁷⁶ Dice **POTHIER** «6. 1º Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato.

Por ejemplo; es esencial en el contrato de venta que exista una cosa que sea vendida [...] por cuanto no hay contrato de venta sin una cosa que haya sido vendida [...].

7. 2º Las cosas que sólo son de la naturaleza del contrato son aquellas que, sin ser la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o son sobrentendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato [...].

[...] Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato, por convenio de las partes; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas [...] En el contrato de venta, la obligación de garantía [saneamiento], que el vendedor contrata para con el comprador, es de la naturaleza del contrato de venta [...] mas siendo esta obligación, de la naturaleza del contrato y no de la esencia del contrato de venta, el contrato de venta puede subsistir sin esta obligación; y si por contrato se ha convenido que el vendedor no viene obligado a dar garantía de la cosa vendida, en convenio será válido y el contrato no dejará de ser un verdadero contrato de venta por más que el vendedor no venga obligado a salir garante de la cosa vendida [...].

8. 3º Las cosas que son accidentales al contrato son aquellas que, no siendo de la naturaleza del contrato, sólo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo.

Por ejemplo, el plazo concedido en el contrato para el pago de la cosa o de la suma debida [...]».
(**POTHIER**, Robert Joseph. Obra citada, 14, 15 y 16.

ponsabilidad del asegurador, según el caso; 6. la prima o precio del seguro; y, 7. la obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

Considero que esta norma es errada pues, tomando en cuenta la determinación del artículo 1460 del Código Civil y la doctrina de **POTHIER**, el asegurador y el solicitante no son, en modo alguno, elementos del contrato, sino que son las partes que lo integran; que el monto asegurado y el interés asegurable son, en esencia, una misma cosa, que en definitiva es “el interés asegurable”, pues «[e]l valor del interés asegurable marca el monto máximo de la indemnización que podrá pagar el asegurador, ya que la ley sanciona el enriquecimiento del asegurado, porque la exageración del valor agrava el azar moral»⁷⁷; y, que la prima que debe pagar el asegurado y la indemnización que a su vez debe cubrir la aseguradora en caso de producción del siniestro, son obligaciones derivadas del contrato, no elementos esenciales de éste; con todo eso, concluyo que, en realidad, los únicos enunciados del Art. 2 del Decreto Supremos 1147 que deben ser considerados como elementos esenciales del contrato de seguro son el interés asegurable y el riesgo asegurable. Se analizarán, entonces, éstos a continuación.

1.4.1. EL INTERÉS ASEGURABLE

El artículo 29 del Decreto Supremo 1147 establece que el interés asegurable debe existir desde la fecha en que el asegurador asume el riesgo hasta el momento del siniestro -en caso de haberlo- y que su desaparición conlleva consigo la cesación o extinción del seguro⁷⁸. El interés asegurable es, por tanto, un elemento esencial del contrato de seguro que, según **HALPERIN**, es «[...] la relación lícita de valor económico sobre un bien. Cuando esta relación se halla amenazada por un riesgo, es un interés asegurable [...]»⁷⁹. **ABEL VEIGA COPO**, dice que el interés asegurable es el presupuesto y condición de validez del contrato de seguros y lo define como la relación jurídico-económica que une a un sujeto con el bien o cosa, o con su propia persona, por lo que su pérdida o

⁷⁷ **HALPERIN**, Isaac. “Lecciones...”, 23.

⁷⁸ «[...] La desaparición del interés asegurable puede ser total o transitoria. Si es total se extingue el seguro por las razones ya mencionadas. Si es transitoria, es decir, si por circunstancias especiales, deja de aparecer el interés asegurado en determinado lapso dentro de la vigencia del amparo, se puede decir entonces que hay cesación del seguro, al darle a esta palabra el significado de suspensión que trae también para ella el diccionario de la Academia. Significa, entonces, que si ocurre siniestro cuando hay una ausencia transitoria del interés asegurable, no se puede cumplir la obligación condicional del asegurador por inexistencia transitoria de un elemento esencial del contrato [...]». **JAIME BUSTAMANTE FERRER** y **ANA INÉS URIBE OSORIO**. Obra citada, 70.

⁷⁹ **HALPERIN**, Isaac. “Lecciones...”, 21.

detrimento habrá de ser compensada, según lo convenido en el contrato⁸⁰. El chileno **OSVALDO CONTRERAS STRAUCH** opina que el interés asegurable es «[...] la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito y susceptible de valoración económica y que constituye al asegurado en interesado en la conservación del objeto asegurado, o, en otros términos, en que no se produzca un siniestro que lo afecte [...]»⁸¹.

Esta última apreciación me permite reiterar una idea que antes expuse: que el interés asegurable está relacionado con el objeto del contrato y, por lo mismo, debe ser real y lícito. Esto es declarado por el Art. 60 de la Ley de Seguros de Argentina, según el cual «[p]uede ser objeto de estos seguros cualquier riesgo si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra»; y, por el Art. 518 del Código de Comercio de Chile, que demanda del asegurado, para la plena eficacia del contrato de seguro, «[...] además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya en interesado en la conservación del objeto asegurado [...]». En el mismo sentido se pronuncia el Art. 29 del Decreto Supremo 1147 pues, al exigir que para la vigencia del contrato de seguro el interés asegurable debe existir en todo momento, está pidiendo que el objeto del contrato sea real.

Curiosamente, a pesar que se trata de un elemento esencial del contrato de seguro, el interés asegurable no aparece inmerso en la definición legal de aquel, ni en el Decreto Supremo 1147 ni en los cuerpos legales foráneos consultados. Tampoco lo está en la gran mayoría de definiciones doctrinales, como se puede apreciar de las consignadas en el inicio de esta tesis, con la salvedad de la entregada por **BUSTAMANTE FERRER** y **URIBE OSORIO**. La cuestión es llamativa pues lo usual es encontrar a los elementos esenciales de un contrato como parte de la definición del mismo. Por ejemplo, la cosa y el precio están plenamente integrados en la del contrato de compraventa⁸². Aún más, a diferencia del riesgo asegurable, del que el Decreto Supremo 1147 se ocupa en su Art.

⁸⁰ **VEIGA COPO**, Abel. “Tratado del Contrato de Seguros”. (Editorial Civitas. Madrid, España. 2012), 557.

⁸¹ **CONTRERAS STRAUCH**, Osvaldo, “El interés asegurable. su relevancia en el seguro”, en *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, No. 16, Santiago de Chile, Octubre de 2006, 51.

⁸² Código Civil. Art. 1732: «Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar *por la cosa vendida se llama precio*». (Énfasis añadido).

4, el interés asegurable no mereció por parte del legislador una norma descriptiva que lo defina, como tampoco en las leyes de seguros de otras naciones que han sido citadas previamente.

1.4.2. EL RIESGO ASEGURABLE

El riesgo es la causa del contrato. Al igual que el objeto, debe ser real y lícito (Art. 1483 del Código Civil). De acuerdo con el Art. 4 del Decreto Supremo 1147 el riesgo es el «[...] suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la de la del asegurador, y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto, extraños al contrato de seguro». El Art. 1054 del Código de Comercio de Colombia trae una definición similar, pero añade que «[t]ampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento». El Art. 513.t) del Código de Comercio de Chile declara que el riesgo es «[...] la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero [...]», definiciones de las que se desprende que el riesgo es un hecho futuro e incierto, que debe ser física y jurídicamente posible y ajeno a la voluntad del tomador, asegurado y beneficiario. Así, pues:

a) Es futuro, porque lo que se asegura es el interés del asegurado que al momento de celebración del contrato está intacto; no es posible asegurar un interés que fue ya afectado por un siniestro. El Art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro española establece que «[e]l contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro». La lógica de esto es simple: si el evento que se considera como riesgo ya ocurrió, no hay nada que asegurar;

b) Es incierto, porque el hecho constitutivo de riesgo puede suceder o no -lo que explica, en parte, que el seguro sea un contrato aleatorio-, lo que supone que el riesgo es objeto de incertidumbre, es decir, que está sujeto «a la contingencia de que pueda ocurrir o no»⁸³. Esa incertidumbre «[...] puede versar sobre el acontecimiento mismo o sobre el momento en que, ocurrirá (seguro de vida para el caso de muerte), e incluso es suficiente la incertidumbre sobre las consecuencias [...]»⁸⁴;

c) Debe ser física y jurídicamente posible, lo primero, porque el riesgo, en

⁸³ BUSTAMANTE FERRER y URIBE OSORIO. Obra citada, 73.

⁸⁴ HALPERIN, Isaac. “Lecciones”, 28.

cuanto causa del contrato, debe ser real, lo que implica que debe ser posible que ocurra en el mundo físico que habitamos pues, como decía **JOAQUÍN GARRIGUES**, «nadie puede asegurarse contra el riesgo de que se desplome el firmamento»⁸⁵; y, lo segundo, porque el riesgo debe ser, además de real, lícito, de ahí que el Art. 11 del Decreto Supremo 1147, determina que es nulo el contrato de seguro que tenga por objeto garantizar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policial. La razón material de esta prohibición radica en que «[e]l riesgo no es jurídicamente asegurable cuando se causa u ocasiona por una actividad ilícita del interesado, es decir, cuando lo ha provocado dolosamente y ocurre con ocasión de su actividad ilícita [...]»⁸⁶. Esta regla tiene dos excepciones, en los seguros de vida, la cobertura del riesgo de suicidio, pasados dos años de cobertura -Art. 78 del Decreto Supremo 1147- y los seguros de responsabilidad civil, en donde puede garantizarse los daños causados a terceros cometidos por imprudencia - Art. 50 del mismo decreto-; y,

d) Es ajeno a la voluntad del tomador, asegurado y beneficiario, lo que está, en parte, vinculado con lo anterior. El seguro tiene la finalidad de proteger a las personas por hechos que, de otro modo, les ocasionarían daños. El suceso dañino no debe ser causado por el mismo agente que es objeto de la protección, porque si lo admitiéramos estaríamos concediendo que el beneficiario de la indemnización tome ventaja de su propios negligencia o, peor aún, dolo. Por eso el Art. 11 del Decreto Supremo 1147 puntualiza que el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables.

1.5. LAS PARTES Y LOS INTERESADOS EN DEL CONTRATO DE SEGURO

La Corte Constitucional de Colombia en una sentencia explica que en la formación y ejecución del contrato de seguro intervienen dos grupos de personas:

a) Las partes contratantes, que son las obligadas por el contrato: el asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos; y, el tomador, esto es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos; y,

b) Ciertas personas interesadas en sus efectos económicos: participan en el contrato de seguro, además de las partes: i) el asegurado, como titular del interés asegurable o asegurado, lo que conlleva que, en los seguros de daños, sea la persona cuyo

⁸⁵ **GARRIGUES**, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”, 143.

⁸⁶ **DONATI**, Antígono. “Los Seguros Privados. Manual de Derecho”. (Editorial Bosch. Barcelona, España. 1960), 204.

patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, con la ocurrencia de un riesgo y en los seguros de personas, aquel cuya vida o integridad corporal se ampara con el contrato de seguro; y, ii) el beneficiario, o sea la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada, quien puede o no identificarse con el tomador o el asegurado, o ser designado en la póliza o por la ley⁸⁷.

De acuerdo con el inciso final del Art. 3 del Decreto Supremo 1147 «[u]na sola persona puede reunir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario», supuesto que es muy frecuente; sin embargo, *a contrario sensu*, esa disposición deja abierta la puerta para que esas calidades recaigan en distintas personas, donde puede A ser el solicitante o tomador, B ser el asegurado y C el beneficiario. A ello me referiré a continuación.

1.5.1. LAS PARTES

Es muy difícil ensayar una definición precisa de “parte” en relación a un negocio jurídico o contrato. La razón es que, por lo general, quienes lo han intentado han caído en la tentación de ver el asunto desde un ángulo fijo, como lo hacen **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA**, para quienes cada “parte” son «[...] los sujetos de derecho a quienes, real o presuntivamente, se les atribuye la realización o celebración del acto [...]»⁸⁸, definición que encuentro simplista porque aborda la cuestión desde una perspectiva inmóvil y plana, que no tiene en cuenta que no necesariamente quienes han celebrado el contrato son quienes han de responder por él o beneficiarse de sus efectos, como en el caso del mandatario que celebra un contrato en nombre de su mandante, donde si bien es el apoderado el que concurre a la formación del acuerdo no es, en esencia, “parte” de éste, ya que los resultados de la convención no serán incorporados a su propio patrimonio sino al de su representado.

Por ello me resulta más técnica y, por lo mismo, precisa, la apreciación de **SERGIO RODRÍGUEZ DE AZUERO**, para quien toda definición de “parte” debe afirmarse en dos elementos, que deben concurrir forzosamente en ella para que resulte jurídicamente aceptable: **1)** que la participación del sujeto sea en grado tal determinante que sin ella el acto no pueda surgir; y, **2)** que los efectos del contrato se radiquen en el patrimonio de ese sujeto⁸⁹. Con esos elementos construye una definición que dice que «[...] se entien-

⁸⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-269 del 28 de abril de 1999. Magistrada Ponente **MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO**.

⁸⁸ **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA**, obra citada. Apartado 35.

⁸⁹ **RODRÍGUEZ DE AZUERO**, Sergio . “El arbitramento y el derecho bancario”. (Artículo incluido en el

de por parte cada uno de los centros de imputación de los efectos jurídicos de un acto jurídico, cuya participación es necesaria para hacerlo surgir [...]»⁹⁰. No es, por supuesto, una conceptualización por completo satisfactoria, porque no explica los contratos en que una persona estipula a favor de un tercero, ya que si bien el tercero beneficiario del contrato no tiene participación en éste, sus efectos se radican en su patrimonio no en el del estipulante. El que el tercero luego acepte el contrato lo único que consigue es trasladar a su patrimonio sus efectos jurídicos, pero no lo convierte en “parte” del contrato. Sin embargo, aun siendo imperfecto, en mi opinión el concepto de **RODRÍGUEZ DE AZUERO** es el que más se acerca a la dogmática teórica que **ANDRÉS BELLO** buscó imprimir al negocio jurídico en su Código Civil. Cosa que para el tema que abordamos es necesaria pues, como quedó expuesto arriba, en un contrato de seguros existen partes y terceros interesados en él. A eso me referiré en las siguientes páginas, con las que cerraré este primer capítulo.

EL ASEGURADOR

En forma amplia y general, en el Derecho moderno se considera asegurador a la persona jurídica que mediante el pago de una prima, se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato de seguro. El Art. 3 del Decreto Supremo 1147 considera que asegurador es «[...] la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro [...]». Dicho de otro modo, «[e]s la persona que, mediante la formalización de un Contrato de Seguro, asume las consecuencias dañosas producidas por la realización del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. En la práctica totalidad de las legislaciones, el asegurador ha de ser “persona jurídica”, revistiendo, en general, la forma de Compañía Anónima, Mutualidad o Cooperativa. De ahí que el término “asegurador” sea sinónimo de “Entidad Aseguradora”»⁹¹.

De acuerdo con esto sólo una compañía legalmente establecida puede ejercer la condición de aseguradora. Tal exigencia se debe al alto costo del aseguramiento y del pago de las indemnizaciones, así como a la necesidad de profesionalización del sector. Sin embargo, es posible la intervención de varias compañías de seguro que asuman los riesgos en porcentajes dentro de un mismo contrato de seguro, a lo que se denomina

libro colectivo “El Contrato de Arbitraje”, de varios autores. Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá, Colombia. 2005), 410.

⁹⁰ *Ibid.*, 409.

⁹¹ **FUNDACIÓN MAPFRE**. “Manual de Introducción al seguro”, 41.

coaseguro y en el que una compañía, que por lo regular es la que asume mayor porcentaje del riesgo, se conoce como *fronting*. No siempre fue así; en otra época se permitía que una persona natural desempeñe la condición de asegurador. Sin embargo, como nos recuerda HALPERIN, la volubilidad y existencia efímera de las personas naturales, junto a la posibilidad que se queden sin capacidad de financiamiento para cubrir riesgos, obligó a que se dicten las leyes que demanden que la condición de asegurador recaiga únicamente en compañías⁹².

La Ley General de Seguros, actualmente incorporada al Código Orgánico Monetario y Financiero, como Libro III, prevé en su Art. 3, que son aseguradoras las empresas que realicen operaciones de seguros, conformadas como compañías anónimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas. La misma norma divide a las aseguradoras en empresas de seguros generales y de seguros de vida. Las de seguros generales son aquellas que aseguren los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio y los riesgos de fianza o garantías; y, las de seguros de vida, son las que cubren los riesgos de las personas o que garanticen a éstas dentro o al término de un plazo, un capital o una renta periódica para el asegurado y sus beneficiarios. Las empresas de seguros de vida, tienen objeto exclusivo y deberán constituirse con capital, administración y contabilidad propias.

Para garantizar su capacidad de recuperación económica, en caso de haber pagos de indemnizaciones a sus asegurados por causa de reclamaciones de ocurrencia de siniestros, toda aseguradora goza del derecho de subrogación, esto es, de la acción para perseguir al tercero responsable que se haya producido el siniestro, por cuya verificación debió cubrir la indemnización debida al beneficiario, excepto en el caso del seguro de vida. El Art. 38 del Decreto Supremo 1147, al respecto, señala que «[e]l asegurador que ha pagado una indemnización de seguro se subroga, por ministerio de la Ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos del asegurado contra terceros respon-

⁹² HALPERIN, Isaac” “Lecciones...”, 5 y 6. El notable jurista argentino, además, explica que el «seguro es -en la actualidad- un procedimiento técnico-económico para distribuir entre la masa de asegurables las consecuencias dañosas del siniestro, porque "el riesgo que se traslada del patrimonio de un particular al de otro no encuentra su seguridad: el asegurado esquivará el riesgo de incendio o del granizo pero afrontará el de la insolvencia de su llamado asegurador" (Vivante).

De ahí que se exija que el asegurador sea una sociedad con determinada organización jurídica, que haga posible su permanencia (sociedad anónima o sociedad cooperativa, con objeto exclusivo) o el Estado. Su capacitación económica y técnica es permanentemente controlada en su constitución y durante su funcionamiento (planes de comercialización, pólizas a emplear, tarifas de primas, reservas que deben constituirse para afrontar las indemnizaciones, y su inversión para hacer efectiva la función en un momento determinado, etc.) [...].»

sables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado». Además, salvo en el caso de responsabilidad proveniente de dolo o culpa grave o si está amparada por un contrato de seguro, «[e]l asegurador no puede ejercer la acción subrogatoria contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que, respecto del asegurado, sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni contra el cónyuge separado o divorciado» (Art. 39 del Decreto Supremo 1147).

EL TOMADOR

El Art. 3 del Decreto Supremo 1147 denomina tomador o «[...] solicitante a la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador [...]». El tomador es la persona natural o jurídica que interviene como parte en la formación del contrato. De él la ley exige una conducta precontractual ligada a la buena fe, lo que es determinante en la validez del negocio jurídico y a cuyo cargo corren ciertas obligaciones. La calidad de tomador es unitaria pues se utiliza en todos los contratos de seguro sin importar su naturaleza y objeto (seguros de daños y de personas) y en la mayoría de los casos coincide con la calidad de asegurado⁹³.

Al ser el contratante del seguro, el tomador es responsable, en su condición de parte, del cumplimiento de las obligaciones emanadas del mismo, sea que lo haya contratado en interés propio o ajeno. Cuando el tomador obra por cuenta propia, confluyen en él las calidades de solicitante y de asegurado; cuando lo hace por cuenta ajena, tomador y asegurado, serán dos personas distintas. Al respecto, **BUSTAMANTE FERRER** y **URIBE OSORIO** explican que «[e]l tomador cuando no se confunde con el asegurado o con el beneficiario, es ajeno a las consecuencias propias del contrato mismo, mientras no tenga interés asegurable propio que pueda trasladar [...] El tomador que no es asegurado tiene el carácter de representante o agente oficioso del asegurado»⁹⁴. Ahora, cuando el tomador contrata un seguro en nombre de un tercero, éste debe ratificar esa acción, cosa que puede hacer incluso luego de producido el siniestro, conforme el Art. 12 del Decreto Supremo 1147. La ley desea que esas calidades estén perfectamente definidas desde el inicio mismo del contrato, por lo que el Art. 7.c) del Decreto Supremo

⁹³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-269 .

⁹⁴ **BUSTAMANTE FERRER**, Jaime y **ANA INÉS URIBE OSORIO**. Obra citada, 42.

1147 exige que en la póliza se determine la calidad en que actúa el tomador del seguro, con el fin de diferenciarlo del asegurado y del beneficiario, de haberlos.

1.5.2. LOS INTERESADOS

Los interesados en un contrato de seguros son las personas que, sin haber sido parte de él, tienen algún tipo de participación en sus efectos, en particular, luego de producido el siniestro. Antes anoté que el tomador no siempre es el asegurado, pues puede tratarse de dos personas diversas, en cuyo caso éste último debe ratificar lo actuado por aquél y, si lo hace, debe cumplir con ciertas obligaciones. El beneficiario es quien recibirá el pago de la indemnización una vez producido el siniestro. Puede ser el mismo tomador o un tercero, este último caso es el que observamos cuando se aseguran personas, en particular en el mecanismo de los seguros de vida.

EL ASEGURADO

Para el Art. 3 del Decreto Supremo 1147 «[...] asegurado es la [persona] interesada en la traslación de los riesgos [...]». El tomador, cuando se asegura a sí mismo, en cuyo caso asume también la condición de asegurado o el asegurado por cuenta ajena que ratifica los actos su tomador, asume una serie de obligaciones que son **a)** mantener el estado del riesgo (Art. 16 del Decreto Supremo 1147); **b)** informar a la aseguradora de los cambios en el estado del riesgo (Art. 16); **c)** pagar la prima. En el seguro celebrado por cuenta de terceros, el solicitante debe pagar la prima, pero el asegurador podrá exigir su pago al asegurado, o al beneficiario, en caso de incumplimiento de aquel (Art. 17 del Decreto)⁹⁵; **d)** notificar la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, en los términos señalados en la ley o en el contrato (Art. 20); **e)** evitar la extensión o propagación del siniestro y procurar el salvamento de las cosas amenazadas (Art. 21); y, **f)** entregar a la aseguradora, si ésta lo requiere para ejercer la acción subrogatoria, la información y las pruebas que tenga contra el tercero responsable del siniestro (Art. 38).

EL BENEFICIARIO

Es quien tiene derecho a reclamar de la aseguradora la prestación asegurada una

⁹⁵ La norma no lo dice expresamente pero, en mi opinión, el reclamo del pago de la prima al beneficiario sólo alcanza a quien lo es a título oneroso, porque sólo en este caso el seguro y los derechos que de él dimanar pasa a formar parte del patrimonio del beneficiario. En el caso del beneficiario a título gratuito, el Art. 71 del Decreto Supremo 1147 señala que éste de un derecho propio en el seguro de vida contratado a su favor. Al no tener derechos no tiene, por fuerza, obligaciones, ya que unos y otros con correlativos y la existencia de los primeros explica a los segundos.

vez que se ha producido el siniestro. Puede ser el mismo tomador o asegurado o una persona diferente. El Art. 3 del Decreto Supremo 1147 denomina beneficiario a la persona que «[...] ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro [...]». El mismo Decreto agrega que el beneficiario puede serlo a título gratuito u oneroso (Art. 68). Es beneficiario a título gratuito aquel cuya designación tiene por causa la simple liberalidad del solicitante o asegurado. El beneficiario lo es a título oneroso cuando su designación tenga por causa una obligación contractual o extracontractual del asegurado en su favor. A falta de estipulación en contrario, se presume que el beneficiario ha sido designado a título gratuito. En el caso que se contrate un seguro de vida y el asegurado no haya determinado a los beneficiarios, éstos son sus herederos. En el caso de los seguros de vida lo más común es que el beneficiario lo sea a título gratuito, puesto que su designación como tal por parte del asegurado suele recaer en personas de su círculo familiar, como resultado de un ejercicio de afecto o de un deber moral. En los seguros de daños el beneficiario es el tercero lesionado por el siniestro -así lo recoge, por ejemplo, el Art. 147 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro de México, que dice que «[e]l seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, *quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro*» (énfasis añadido).-; beneficiario que en este caso siempre lo es a título oneroso, la «[...] razón fundamental radica en la preservación del equilibrio moral y ético que debe presidir el contrato y que se vería ciertamente afectado por el hecho de que pudiera beneficiarse con el mismo una persona que no sufriera pérdida económica alguna, dentro del contexto estrictamente indemnizatorio del seguro de daños [...]»⁹⁶.

Digo que es lo más común aunque no lo unánime, porque hay excepciones, como la que contempla el Decreto Supremo 1147, que en su Art. 53 establece que «[e]l seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros [...]», lo que significa, en otras palabras, que en nuestro país, respecto de este tipo de contrato, el tercero no es el beneficiario, razón por la que, a continuación, añade que el damnificado, en caso de siniestro, carece de acción directa contra el asegurador; cuestión que es, precisamente, la que esta tesis se propone analizar, con el fin de evaluar si un cambio de paradigma sería legal, útil y conveniente.

Ahora, me corresponde, una vez que he establecido el marco general de aplicación de las instituciones objeto de estudio, y como parte del proceso de inducción que adelanto, me corresponde introducirme en el específico contrato seguro que me interesa: el de responsabilidad civil por daños a terceros, el cual por sus características propias es el destinatario de la acción directa del tercero y del llamamiento en garantía en los su-

⁹⁶ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Obra citada, 61.

puestos previstos por la doctrina, jurisprudencia y normativa vigentes en algunas naciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DAÑOS CONTRA TERCEROS Y LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1 LA RESPONSABILIDAD

La palabra “responsabilidad” es la representación gráfico-fonética de un concepto amplísimo, tanto, que algunos la consideran una polisemia, en el sentido gramatical general y en el jurídico especializado⁹⁷. El **DRAE**, en efecto, trae varias definiciones de ese vocablo, entre las que destaca la segunda, de visibles tintes legales, según la cual la responsabilidad es una «[d]euda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal». Por supuesto, a pesar que es una definición que busca ser *ius-conceptualista*, no podemos exigir del diccionario idiomático precisión en materia jurídica, aunque es evidente que los académicos se esforzaron por redactar una acepción que concilie y resuma los diversos elementos que el derecho atribuye a la responsabilidad. Así, esa definición prodiga un guiño a la reparación de los daños provocados por la acción propia o de un tercero dependiente en que medie dolo o culpa (responsabilidad subjetiva) y también hay una mención a la responsabilidad objetiva -cuando dice «[...] o de otra causa legal»-. Sin embargo, es una concepción limitada, confinada a paradigmas civilistas, que contempla a la responsabilidad simplemente como un antecedente del daño y que omite, por ejemplo, incluir a la responsabilidad penal derivada de la comisión de un acto ilícito. Es comprensible que esa definición adolezca de tal defecto, al fin que la mayoría de los redactores del diccionario son respetables académicos más cercanos por su especialidad a la gramática, a la lingüística, a la semiología y a la filología que al derecho; sin embargo, el concepto tiene sus virtudes y me concede cabeza de puente para proseguir mi examen.

“Responsabilidad” etimológicamente, dice **CORRAL TALCIANI**, viene del latín *spondere*, que prometer significa “prometer”. Al añadirse el prefijo “re” (*re-spondere*)

⁹⁷ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”. (Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004), 11.

la palabra adquiere el significado de repetición o de reciprocidad, y significaría entonces prometer algo a alguien que espera una respuesta^{98 y 99}. Posiblemente, la teorización más simple es aquella que señala que «[r]esponder significa dar cada uno cuenta de sus actos [...]»¹⁰⁰ o -si se prefiere conceptos más elaborados, como el que anotan **GILBERTO MARTÍNEZ RAVE** y **CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO**- también «[...] la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta [...]»¹⁰¹. **CARLOS DUCCI**, según cita de **ENRIQUE BARROS BOURIE**, sostenía que «[r]esponsabilidad en su sentido más amplio es la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio, es el estar sujeto a responder de alguna cosa o por alguna persona [...]»¹⁰². Salta a la vista, tanto de la etimología de la palabra como de las definiciones citadas, que la responsabilidad no es un concepto primario sino que se trata de uno derivado, porque depende de la relación de, al menos, dos sujetos, lo que comporta que debemos verlo como un concepto dependiente y no autónomo¹⁰³.

La razón de ello está en que una persona, en sentido estricto, no puede nunca ser responsable ante sí misma, sólo cabe serlo frente a otra o ante a algo que, ciertamente, está más allá de cada uno. La responsabilidad, como concepto derivado, está ligada a la sujeción de una persona en relación a otra, sujeción que otorga a la segunda la capacidad y el derecho de pedir a la primera cuentas por una acción, omisión o negligencia. Es, en suma, un concepto derivado porque no es posible definirla como una causalidad sino que siempre será un efecto, el producto de una actividad resultante de la relación habida entre dos personas. Es decir, que la responsabilidad «debe enfrentar a dos personas; supone necesariamente un conflicto que se alza entre ellas. Digamos por consiguiente, que una persona es responsable siempre que debe reparar un daño»¹⁰⁴.

⁹⁸ Ver **CORRAL TALCIANI**. Obra citada, 11.

⁹⁹ Añadiré que este verbo *re-spondere* enfatiza una reiteración, una vuelta al punto de partida, la idea de vuelta atrás, que se levanta sobre el verbo latino *spondere* (prometer, obligarse y comprometerse a algo), por eso la responsabilidad es la cualidad de aquel que es capaz de volver atrás, a lo ya hecho, para asumir las consecuencias de lo actuado. De la raíz del verbo *spondere* vienen también palabras como espontáneo, corresponder, esposo y esposa (del latín *sponsus* y *sponsa*, en origen prometido y prometida), sponsales, desposar, etc.

¹⁰⁰ **BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. (Abeledo-Perrot. Novena Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, Argentina. 1997), 71.

¹⁰¹ **MARTÍNEZ RAVE**, Gilberto y **CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO**. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. (Editorial TEMIS. Undécima Edición. Bogotá, Colombia. 2003), 3.

¹⁰² **DUCCI**, Carlos. “Responsabilidad Civil (ex-contractual) (memoria de prueba)”. (Santiago: El Imparcial, 1936). Pág. 3. Citado por **ENRIQUE BARROS BOURIER** en la nota al pie número 1 del “Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual” (Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2001), 10.

¹⁰³ Ver **QUINTERO DE PRIETO**, Beatriz. “Teoría Básica de la Indemnización. Manual de Responsabilidad Civil”. (Grupo Editorial Leyer. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. 2000), 7 y 8.

¹⁰⁴ **MAZEAUD**, Henri, **LEÓN MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”. (Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1983), 1.

Como nos recuerdan los hermanos **MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC** «[...] la responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la vida jurídica, sino que se liga a todos los dominios de la vida social»¹⁰⁵, de donde se colige que su naturaleza dependiente, resultado de la acción del hombre, hace que esté presente de diversas formas y en distintos aspectos de la vida humana. Así, decimos que existen la responsabilidad política¹⁰⁶ y «[...] las responsabilidades moral, ética general, ética profesional¹⁰⁷, disciplinaria, social, fiscal, y las responsabilidades jurídicas contravencional, penal y civil, que, a su vez, se dividen en contractual y extracontractual y, en ésta última instancia, la patrimonial del Estado [...]»¹⁰⁸. En el desarrollo de esta tesis sólo me resulta relevante la responsabilidad jurídica, por lo que pasaré en silencio las demás y me centraré en mi objetivo.

2.1.1. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Una posición doctrinal señala que la responsabilidad jurídica «[...] surge de la violación de deberes jurídicos y que produce consecuencias jurídicas [...]»¹⁰⁹, es, sin duda, un esfuerzo a considerar, pero que contiene una concepción restringida porque hace depender a la responsabilidad de la violación de deberes jurídicos, lo que es erróneo pues la inobservancia de esos deberes no es la única fuente de responsabilidad jurídica. El incurrir en un acto culposo por falta de cuidado lo es también, así como el tener que asumir las consecuencias de los actos de terceros que, por causa de dependencia normativa, no pueden o no deben hacerlo por sí mismos. En ninguno de estos dos casos se puede argumentar válidamente que el responsable lo sea por violar sus deberes jurídicos.

Por este motivo considero que **KELSEN** fue, quizá, quien mejor teorizó al respecto cuando decía que, para fines del derecho, una persona es jurídicamente responsable cuando es susceptible de ser sancionada, independientemente que haya cometido o no un acto antijurídico, pues para él la responsabilidad es «la relación del individuo, contra

¹⁰⁵ **MAZEAUD**, Henri, **LEÓN MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**. Obra citada, 2.

¹⁰⁶ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. Obra citada, 4.

¹⁰⁷ La responsabilidad en el ejercicio profesional es un principio constitucional expreso, con especial énfasis en aquellas ramas -como la medicina, la ingeniería civil o la arquitectura- que por su ámbito de aplicación pueden colocar a las personas en situación de riesgo. El inciso segundo del Art. 54 de la Constitución de Montecristi así lo contempla cuando dice que «[l]as personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas». Más abajo, en el Art. 83.12, declara que uno de los deberes comunes a todas las personas es el de «[e]jercer la profesión u oficio con sujeción a la ética».

¹⁰⁸ Ver **MARTÍNEZ RAVE**, Gilberto y **CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO**. Obra citada, 3 a 6.

¹⁰⁹ **CORRAL TALCIANI**, Hernán. Obra citada, 15.

el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera»¹¹⁰. Entonces, para **KELSEN** es el acto antijurídico, propio o de un tercero dependiente, el antecedente de la responsabilidad jurídica. Cuando hablo de terceros dependientes estoy pensando en personas normativamente vinculadas con el responsable, cuyos actos no les pertenecen en sentido jurídico sino que son de su representante, como en el caso de los menores de edad sometidos a patria potestad, de cuyos actos antijurídicos son responsables sus padres o tutores, o los actos del trabajador en ejercicio de su empleo que son responsabilidad de su empleador¹¹¹. Asimismo, el enunciado kelseniano engloba a la responsabilidad derivada por los hechos de un animal -la mascota que muerde al hijo del vecino-¹¹², y los producidos por objetos inanimados -el árbol que plantado en una propiedad que estira sus raíces de tal modo que causa estragos en un predio aledaño-¹¹³. Por último, la amplia visión de **KELSEN** abarca también la responsabilidad desde la óptica penal (Art. 2214 del Código Civil).

Es evidente que **KELSEN** hizo suya la definición de la responsabilidad como un concepto derivado, no primario, porque para él ésta no es sino la consecuencia jurídica, establecida por el derecho, para sancionar aquellas conductas que la normativa ha previsto como lesivas a los derechos subjetivos de los individuos, perpetradas por el responsable directo de ellas o por sus terceros dependientes. La belleza, si se quiere, de esa aproximación es que está desprovista de juicios de valor negativo o de cargas peyorativas hacia el responsable, las que suelen ser abundantes en la doctrina; se trata, mas bien,

¹¹⁰ **KELSEN**, Hans. “Teoría pura del derecho”. (Editorial Porrúa S. A., México, D. F. 1991), 77.

¹¹¹ Código Civil ecuatoriano. Art. 2220: «Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. [...].»

¹¹² Código Civil. Art. 2226: «El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal [...].»

¹¹³ El Código Civil se ocupa de la responsabilidad por causa de la ruina de edificios -Art. 2223- así como de la proveniente por causa de objetos que caen desde uno de ellos -Art. 2228-; en base a esas normas la doctrina y la jurisprudencia han elaborado soluciones para el caso de los perjuicios ocasionados por todo tipo de “hechos de objetos inanimados”. Así, en la actualidad, nuestra legislación establece disposiciones que autorizan la aplicación de regímenes de responsabilidad basados en criterios objetivos para todo tipo de eventos; como muestra de ello, tenemos los Arts. 2236 y 2237 -que conceden acción popular en todos los casos de daño contingente por imprudencia o negligencia- o el Art. 38 del Código Orgánico General de Procesos -acción popular de representación de la naturaleza-, destinados a reclamar por los daños ocasionados a derechos o intereses colectivos (como los daños ocasionados al medio ambiente, a los recursos naturales, etc.). Asimismo, el Art. 2229 permite reclamos por daños derivados de “malicia o negligencia” de una persona, que, según la doctrina y la jurisprudencia, presume la responsabilidad cuando se trata de cosas utilizadas en actividades peligrosas.

de una proposición neutral, que no emite juicios de valor o de desvalor que descalifican el comportamiento del agente¹¹⁴. La responsabilidad jurídica, así entendida, puede ser clasificada, a su vez, en responsabilidad civil, penal y administrativa. Así lo ha declarado la doctrina¹¹⁵ y nuestra Constitución lo refleja plenamente¹¹⁶.

El responsable es, entonces, quien debe asumir las consecuencias jurídicas provenientes de la fuente de obligaciones “daño”; por consiguiente, la responsabilidad es el reconocimiento de la vigencia de un derecho -cuyo titular es la persona lesionada-, que se traduce en que el responsable debe una reparación del perjuicio la que, de ser preciso, puede obtenerse por medio del ejercicio de una acción procesal¹¹⁷.

2.1.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil tiene un marcado carácter reparador, con independencia absoluta de las implicaciones penales. De ahí que hallo acertada la definición del **DRAE** del “responsable civilmente” de quien dice es el individuo que «[...] sin estar sometido a responsabilidad penal, es parte en una causa a los efectos de restituir, reparar o indemnizar de un modo directo o subsidiario por las consecuencias de un delito». **ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ** opina -con base en la característica de la responsabili-

¹¹⁴ Ejemplo de una definición de responsabilidad desvalorativa nos es ofrecida por **JAVIER TAMAYO JARAMILLO**, quien dice que «[...] la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros [...]». (**TAMAYO JARAMILLO**, Javier. “De la Responsabilidad Civil”. (Editorial Temis. Bogotá, 1999). Tomo I., 12. (Énfasis añadido).

¹¹⁵ Ver **MARTÍNEZ RAVE**, Gilberto y **CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO**. Obra citada, 6 y 7. También **CORRAL TALCIANI**, Hernán. Obra citada, 17 a 20.

¹¹⁶ En efecto, la Constitución de la República del Ecuador en diversos apartados reconoce esos tres tipos de responsabilidad. Así, al regular el efecto de las lesiones a los derechos de las personas derivados de actos estatales -responsabilidad aquiliana- establece, en el inciso tercero del Art. 11.9, que «[e]l Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas [...]».

El Art. 76.3 declara que «[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza [...]». La indeterminación de la expresión “o de otra naturaleza” abre la puerta para todo tipo de especulaciones respecto a qué otra clase de responsabilidades pueden ser identificadas a la sombra de esta Constitución, aunque sin duda una de ellas es la civil.

Luego, en el apartado referente a las garantías jurisdiccionales, la Carta dictamina que toda sentencia producida en un proceso constitucional debe ser cumplida en forma inmediata, sin perjuicio que haya sido apelada y, en el Art. 86.4 agrega que «[s]i la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley». La destitución es para la Constitución una sanción por causa de responsabilidad administrativa, al tiempo que deja a salvo las acciones producto de los otros tipos de responsabilidad jurídica.

¹¹⁷ Ver **CUADROS**, Oscar Álvaro. “Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial”. (Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina), 172.

dad de ser un concepto derivado que no es posible definir como causa sino como efecto-que

en Derecho Civil la expresión *responsabilidad* no se define por su *fundamento*, que puede variar, sino por su *resultado*, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido se dice que un individuo es *responsable* cuando esta obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la *obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*¹¹⁸. (Las cursivas están en el original).

En palabras de **HENRI** y **LÉON MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**, «[...] para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio; en consecuencia, una persona que sufre, una víctima»¹¹⁹. De estas opiniones tenemos que la responsabilidad civil está siempre vinculada a un daño sufrido por una o más personas individualizables, lo que da lugar al correlativo deber del responsable de reparar o compensar con medios equivalentes¹²⁰. Esto significa que la reparación del daño puede hacerse en especie -restituyendo el objeto del daño por otro equivalente- o en dinero -pagando una suma que cubra el valor de lo dañado-¹²¹ y ¹²².

Responsabilidad civil es un concepto de suyo tan amplio que abarca multitud de áreas del derecho, tal como lo señala **GUIDO ALPA** cuando dice que

En la fórmula “responsabilidad civil” se concentran, en efecto, la teoría del acto ilícito, la teoría del daño, los aspectos relativos a los seguros, así como los vínculos con el derecho de familia, de la propiedad, del contrato, del crédito, sin mencionar los temas centrales de la teoría general del derecho: desde el empleo de las cláusulas normativas generales hasta las técnicas de interpretación y la creatividad de la jurisprudencia¹²³.

Es posible, empero, restringir la causa -o fuente- de responsabilidad civil de todas éstas áreas a dos: la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, dependiendo de su origen: la obligación de indemnizar proviene de la ley o es derivada de las

¹¹⁸ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”. (Universidad de Chile. Imprenta Universitaria. Santiago, Chile. 1943)), 11.

¹¹⁹ **MAZEAUD**, Henri, **LEÓN MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual” (Ediciones Jurídicas América-Europa. Buenos Aires. 1983), 2.

¹²⁰ Ver. **CORRAL TALCIANI**. Obra citada, 20.

¹²¹ El Decreto Supremo 1147, en el inciso primero del Art. 33, establece que «La indemnización es pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador [...]».

¹²² Los anglosajones explican la lógica existencial del Derecho desde una perspectiva económica y consideran que las reglas jurídicas deben estar en consonancia con las económicas, pues su eficiencia está condicionada a que sean útiles para éstas últimas, de modo que cuando esto no sucede deben ser reformuladas o derogadas. Para esta escuela la razón de ser de la responsabilidad civil no es el daño en sí mismo, sino sus consecuencias negativas en el patrimonio del afectado. Si éstas son de orden económico, entonces existe justificación nexo-causal para reclamar una indemnización.

¹²³ **ALPA**, Guido. “Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil”. (El Jurista Editores. Lima, Perú. 2006), 1.

condiciones de un pacto privado.

2.1.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Según la tesis clásica, la responsabilidad civil extracontractual es de carácter autónomo, pues es el resultado de un acto u omisión objetivos, que no está antecedida de una obligación previa. En tanto que la responsabilidad contractual es dependiente, porque está relacionada con la existencia anterior de un contrato, del que se desprenden obligaciones primarias, que sólo en el evento de verse incumplidas dan derecho a la parte afectada a reclamar el pago de daños¹²⁴.

Sin embargo, ya en el siglo XX, en Francia esta doctrina clásica fue duramente atacada bajo la acusación de falta de justificación. Así, por ejemplo, **MARCEL PLANIOL** sostenía que ambos tipos de responsabilidad se identifican porque: **1.** no es real que no exista en la responsabilidad extracontractual una obligación anterior, pues ésta consiste en el deber de no lesionar o no perjudicar a otros¹²⁵; y, **2.** en la responsabilidad contractual se crea una nueva obligación, que sustituye a la primera que en su momento contempló el contrato¹²⁶.

Nuestro Código Civil sigue la tesis dualista clásica pues, como se observa en el artículo 1453, declara que son fuente de obligaciones tanto el «[...] concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones [...]» -responsabilidad contractual-, como el hecho de haberse «[...] inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos [...]» -responsabilidad extracontractual-. Luego, en el Art. 2184 el Código agrega que las obligaciones que se contraen sin convención –es decir, las que no son contractuales-, nacen, o de la ley, o del hecho vo-

¹²⁴ **BARROS BOURIER**, Enrique. “Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual” (Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2001), 13.

¹²⁵ **PLANIOL** evoca el axioma latino *alterum non laedere*, que sintetiza uno de los tres grandes principios sobre los que Roma cimentó su Derecho civil. Éstos eran: 1) *honeste vivere* (vivir honestamente), 2) *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), y, 3) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. El tercer principio se complementa con la responsabilidad: quien daña a otro lo debe resarcir. Es en ese axioma donde debemos buscar el origen de la regla del Art. 2214 del Código Civil ecuatoriano: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito».

¹²⁶ **PLANIOL**, Marcel. “Traité Élémentaire de Droit Civil”. (Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 7^o edic. Paris. 1917. Tomo II. N° 876., 284.). Citado por **HERNÁN CORRAL TALCIANI**. Obra citada, 26.

Según esta cita **PLANIOL** comenta que «[...] la diferencia que se pretende establecer entre las dos especies de culpa carece enteramente de base; no es más que una suerte de ilusión resultante de un examen superficial: una y otra culpa crean igualmente una obligación, la de reparar mediante una indemnización el daño causado; un y otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior; una y otra consisten igualmente en un hecho que es una violación de esa obligación [...]».

luntario de una de las partes; y, agrega, que si el hecho de que nacen es lícito estamos ante un cuasicontrato; si, por el contrario, el hecho es ilícito y *con intención de dañar*, constituye un delito; y, si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. En éste último caso la intención es irrelevante, porque lo sustancial es que se perpetró un daño^{127 y 128}.

2.1.4. EL DAÑO

En términos amplios constituye daño el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que una persona sufre en sus bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.¹²⁹, a consecuencia de actos u omisiones propias o de terceros -el daño auto infringido es intrascendente para efectos legales, salvo en el derecho de seguros, en que el daño causado por el asegurado o beneficiario al bien asegurado anula la póliza y puede ser objeto de acciones penales por causa de fraude. Art. 11 del Decreto Supremo 1147-.

El daño es condición sine-qua non de la responsabilidad civil. De esta premisa se observa que, en comparación al derecho civil, «[...] existe una marcada diferencia con el derecho penal, que en ciertos casos impone responsabilidad sin exigir la ocurrencia de un daño (en los denominados delitos de peligro) y que castiga incluso la mera tentativa y el delito frustrado. En materia civil, por el contrario, sin daño no hay responsabilidad [...]»¹³⁰. En otras palabras, no hay responsabilidad civil si no se ha causado un daño, lo que implica que, con independencia de la intención del agente, no se puede imponer una sanción civil resarcitoria cuando no hay daño que reparar¹³¹. De ahí que el Código Civil y Comercial argentino en el Art. 1739, establece que «[p]ara la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente [...]».

Esta diferencia ha sido señalada por la Corte Constitucional del Ecuador, que ha sentenciado que el daño es un elemento esencial del ilícito civil, en tanto que no es pre-

¹²⁷ Esta observación permite resaltar que el nuestro es un Código que enfatiza al daño como constructor de la responsabilidad.

¹²⁸ ALESSANDRI lo explicaba mejor: «La responsabilidad *objetiva* prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta este para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad [...]». (Las cursivas están en el original). (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, 92.

¹²⁹ *Ibid.*, 210.

¹³⁰ BARROS BOURIER, Enrique. Obra citada, 118.

¹³¹ Ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Obra citada, 160.

ciso identificarlo en los encausamientos penales:

El daño puede ser originado por acción o por omisión. Desde el punto de vista de su autor puede presentarse como doloso, culposo o por causa fortuita. *Es requisito de configuración del ilícito civil* pudiendo, según el grado de imputabilidad del agente productor del daño, generar la obligación de reparación del perjuicio. *Para la configuración del ilícito desde el punto de vista penal, el daño puede no existir*, siendo condenables los delitos aun en grado de tentativa. El daño como delito penal requiere, en la mayoría de las legislaciones, que su autor cause un mal voluntariamente sobre bienes de propiedad ajena, siempre y cuando el acto no configure otro delito de mayor gravedad¹³².

Así pues, para que haya derecho a reclamar por un daño el agente lesionador debe incurrir en una acción u omisión que sea la causa del menoscabo que ha sufrido la víctima¹³³. Sin daño no hay responsabilidad civil, vale decir, que sin interés no hay acción, ya que la obligación de reparar el daño nace del hecho de habérselo causado¹³⁴.

2.1.5. LA INDEMNIZACIÓN

El **DRAE** dice que indemnizar es resarcir un daño, o sea, es compensar un daño, perjuicio o agravio. En estricto sentido la indemnización no tiene como fin enriquecer a la víctima del daño, sino tan sólo retornarla al estado en que estaba antes que de éste se produjera. Por ello el pago de la indemnización puede hacerse, cuando de daños materiales se trata, con la entrega de especie similar a la que el afectado perdió o de una suma de dinero equivalente. Así lo declara el inciso segundo del Código Civil español (promulgado mediante Real Decreto de 24 julio 1889) en su Art. 1077 que establece que la «[...] indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio [...]». En el mismo sentido, aunque con mayor claridad, se pronuncia el Art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación que dice la reparación «[c]onsiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero». El inciso primero del Art. 1915 del Código Civil Federal mexicano sigue la misma orientación y dice «[l]a reparación del daño

¹³² Resolución de la Corte Constitucional 0309-07-RA. Registro Oficial Suplemento 101 de 13 de Febrero del 2009. Énfasis añadido.

¹³³ No es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora, pues el Art. 2215 del Código Civil establece que puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

¹³⁴ Ver **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, Arturo. “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, 209.

debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios [...]»¹³⁵.

ADRIANO DE CUPIS nos dice que la indemnización de daños pretende equilibrar los intereses afectados en la misma medida que fueron perjudicados. Se trata, luego, de un mecanismo de mera reparación, de restablecimiento de las cosas al estado anterior, esto es, al que se encontraban antes del hecho dañino que ocasionó la lesión¹³⁶. La regulación que la indemnización cubra tan sólo la pérdida de la víctima fue adoptada en materia de seguros bajo la forma del “principio de indemnizatorio”, según el cual el valor erogado por la aseguradora en caso de siniestro debe cubrir tan sólo las pérdidas efectivas, pues se trata de devolver el equilibrio al patrimonio del beneficiario y no de enriquecerlo. Por eso el Art. 34 del Decreto Supremo 1147 establece que «[l]a indemnización no puede exceder del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario, ni puede sobrepasar el límite de la suma asegurada» y el Art. 36 agrega que en caso de existencia de coaseguro la suma de las indemnizaciones pagadas por todos los aseguradores no debe exceder el valor real del daño¹³⁷.

¹³⁵ No debemos confundir daños con perjuicios. Los primeros son el menoscabo patrimonial que una persona sufre a consecuencia del acto ilícito civil de otra, en tanto que los perjuicios son la pérdida de aquellas ganancias que el perjudicado debió percibir como producto de la obligación que el agente lesionador debió cumplir. Es claro que nuestro Código Civil las ve como dos caras de una misma moneda, pues en el Art. 1572 establece que «[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento [...]», siendo que asimila el daño emergente a los meros daños y el lucro cesante a los perjuicios. El Código Civil Federal mexicano, sin embargo, nos puede ser útil para apreciar que en este punto **BELLO** pudo caer en confusión. Así, el Art. 2108 del Código mexicano establece que «[s]e entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación» y, a continuación, el Art. 2109 agrega que «[s]e reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación». El artículo 1345 del Código Civil uruguayo adopta la misma orientación del mexicano y dice «[l]os daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por la ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro de que se le ha privado, con las modificaciones de los artículos siguientes».

El Código Civil chileno, al igual que el ecuatoriano, asimila el daño a los perjuicios, en el artículo 1556 cuya redacción es exactamente igual a la de nuestro artículo 1572. Por ese motivo algunos teóricos chilenos estimaron que los daños y perjuicios eran una misma cosa, cuyos elementos constitutivos eran el daño emergente y el lucro cesante. De ahí que, y a contrario de lo anotado arriba respecto de la necesidad que exista un daño real para que pueda reclamarse indemnización (Ver Art. 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino), los partidarios de esta postura estimaron que no hacía falta que se lesione en forma actual un derecho para que se perfeccione el daño, para ellos era suficiente la mera afectación que podía sentir una persona en la expectativa de obtener un provecho. **ALESSANDRI RODRÍGUEZ** y **SOMARRIVA UNDURRAGA** defienden esa línea de pensamiento y dicen «[p]ara que exista daño no es necesario que se lesione un *derecho*; basta que se prive a la víctima de una *ventaja* o *beneficio* lícito [...]». (Las cursivas están en el original). **ALESSANDRI RODRÍGUEZ** y **SOMARRIVA UNDURRAGA**. Obra citada, 873.

¹³⁶ Ver **CUPIS**, Adriano. “El daño. Teoría general de la Responsabilidad Civil”. (Editorial Bosch. Barcelona, España, 1975), 751.

¹³⁷ Decreto Supremo 1147. Art. 36: «Cuando existan varios seguros sobre el mismo riesgo, con diversos

El Código de Comercio de Colombia es más claro que nuestra ley, pues en su Art. 1088 dice que «[r]especto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso». El Art. 1089 agrega que «[...] la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario». **EFRÉN OSSA**, comenta estas normas y dice que:

Los seguros de daños¹³⁸ se conciben con un solo objetivo: la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo en el sentido amplio de este vocablo, mas no en su acepción estrictamente jurídica¹³⁹.

En una línea similar **ANDRÉS ORDOÑEZ ORDOÑEZ** escribe:

Tanto en los seguros reales como en los seguros patrimoniales rige tradicionalmente el principio indemnizatorio, es decir, el principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino la reparación del daño que efectivamente ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase. El seguro está dirigido a reparar el daño sufrido por el asegurado de tal manera que éste vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones¹⁴⁰.

A decir del mismo **ORDOÑEZ**, la raíz de este principio debemos buscarlo en los orígenes del seguro, en la prohibición que las cosas se aseguraran por todo su valor, lo que tenía por meta fundamental evitar que el asegurado adquiriera interés en la realiza-

aseguradores, el asegurado debe comunicar el siniestro a todos los aseguradores, indicando a cada uno de ellos el nombre de los otros. El asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización proporcional al respectivo contrato; las sumas cobradas en conjunto no pueden superar el monto del daño».

¹³⁸ **OSSA** es cuidadoso en esta cuestión y meticulosamente apunta que esta regla aplica exclusivamente al seguro de daños, pues intratándose de seguros de vida, no hay lugar para el principio indemnizatorio, lo que se puede colegir del texto de los Arts. 66 y 67 del Decreto Supremo 1147, según los cuales, en los seguros de personas, el valor del interés asegurable no tiene otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes, con excepción de los amparos accesorios de gastos que tengan carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos, los que sí son susceptibles de indemnización y se regulan por las normas relativas a los seguros de daños. Como usualmente ocurre en cuestiones jurídicas este tema no ha estado exento de debates de ahí que, en oposición a lo mencionado, existe la llamada “teoría unitaria o unitarista del derecho de seguros”, que pretende básicamente que los seguros de personas participan igualmente del principio indemnizatorio, si bien dentro de ciertas específicas y particulares circunstancias.

¹³⁹ **OSSA G., J. Efrén**. “Teoría General del Seguro. El Contrato”. (Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 1991), 127.

¹⁴⁰ **ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés**. “El carácter indemnizatorio del seguro de daños”. (Artículo publicado en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Número 17. Pontificia Universidad Javeriana. AIDACILA. Bogotá, Colombia. Marzo de 2002), 210.

ción del siniestro¹⁴¹.

Así mismo, en materia de seguros aplica la fórmula según la cual el deudor -la aseguradora-, puede elegir si el resarcimiento lo hará mediante la entrega de una especie similar a la pérdida, mediante la reparación del daño causado o por medio de abono de dinero. Así lo dictamina el Art. 33 del Decreto Supremo: «La indemnización es pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador»¹⁴².

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Decreto Supremo 1147 establece, en su Art. 50 que «[e]n los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato». Para el Art. 1127 del Código de Comercio de Colombia son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, excepto, en el caso de ésta última, cuando sea producto de un acto potestativo del asegurado.

ISAAC HALPERIN explica que la cobertura en este tipo de seguros «[...] consiste en la liberación del asegurado de las pretensiones o reclamaciones de los terceros, por la prestación de asistencia jurídica y la liberación del patrimonio del asegurado de las obligaciones impuestas por la satisfacción, reconocimiento o fijación de las pretensiones de los terceros [...]»¹⁴³. El Diccionario MAPFRE de Seguros define al seguro de responsabilidad civil por daños a terceros así:

Aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado del da-

¹⁴¹ Ver **ORDOÑEZ ORDOÑEZ**, Andrés. “Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato” (Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2002), 76.

¹⁴² Mención aparte merece la Ley del Contrato de Seguro de Venezuela (Decreto con Fuerza de Ley N° 1.505 30 de Octubre de 2001, publicado en Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2001), firmada por el presidente **HUGO CHÁVEZ**. A efectos de esta tesis no la he empleado hasta ahora porque la encuentro en muchos aspectos poco técnica y hasta confusa. Contiene normas que van en contra de los principios generalmente aceptados en los cuerpos legales de otras naciones y que han sido analizados aquí. Por ejemplo, en relación a la indemnización el Art. 38 de la norma venezolana establece que «[a] los efectos de este Decreto Ley se entiende por indemnización la suma que debe pagar la empresa de seguros en caso de que ocurra el siniestro y la prestación a la que está obligada en los casos de seguros de vida» Si la disposición considera que la indemnización es una suma de dinero, excluye la posibilidad que la aseguradora pueda reparar o reemplazar el bien perdido. Apreciación que es ratificada por el artículo 42 de la Ley en examen, que dice «[c]uando así esté establecido en el contrato de seguros y la naturaleza del seguro lo permita y siempre que el asegurado o el beneficiario lo consienta al momento de pagar la indemnización, la empresa de seguros podrá cumplir su obligación reparando o entregando un bien similar al siniestrado».

¹⁴³ **HALPERIN**, Isaac. “Lecciones...”, 85.

ño que pueda experimentar su patrimonio a consecuencia de la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquellas personas de quienes él deba responder civilmente. En resumen, mediante este seguro se garantiza:

1. El pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable.
2. La constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado.
3. Los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado¹⁴⁴.

De las definiciones citadas y de los comentarios de **HALPERIN** es posible inferir que la naturaleza jurídica de este tipo de seguros -en otras naciones (no en Ecuador, pues en nuestro medio prima el Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que es claro al decir que el seguro de responsabilidad civil entre nosotros no protege al tercero. Ese es, precisamente, el punto neurálgico que aborda esta tesis)- es indemnizatoria a favor del tercero víctima del daño al tiempo que cuida del patrimonio del asegurado. Este razonamiento es el que inspira la redacción del Art. 1127, inciso primero, del Código del Comercio de Colombia que dice:

El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

El Art. 105 de la Ley del Contrato de Seguros peruana, sin perder de vista el interés del tercero, recalca que la función del seguro de responsabilidad civil es guarecer al asegurado: «[e]l asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto este debe pagar a un tercero, en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho dañoso acaecido en el plazo convenido». Lo que explica que

[...] durante mucho tiempo se ha insistido en la idea de que su función es preservar el patrimonio del asegurado, cubriendo el riesgo de su minoración, frente a posibles deudas indemnizatorias [...] Junto a lo anterior, también se invoca, en los últimos tiempos, su función indemnizatoria, puesto que garantiza al tercero perjudicado el resarcimiento de los daños sufridos [...]¹⁴⁵.

Entonces el seguro de responsabilidad civil, en la generalidad de las legislaciones, protege al asegurado al tiempo que a la víctima del daño. Evidentemente se trata de un daño indirecto del patrimonio del asegurado, pues quien lo recibe directamente es el tercero víctima de la lesión y se traslada luego, por efecto de la indemnización, hacia el universo patrimonial del primero. Lo que hace el asegurado al contratar este tipo de

¹⁴⁴ **FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO.** “Diccionario MAPFRE de Seguros”. (Editorial MAPFRE S.A. Tercera Edición. Madrid, España. 1992), 360 y 361.

¹⁴⁵ **ATIENZA NAVARRO, María Luisa y RAQUEL EVANGELIO LORCA.** “Seguro de Responsabilidad Civil”. Artículo en el libro Colectivo “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros”. (Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2002), 819.

pólizas es que ese traslado lo pase a él sin menoscabo y sea asumido por el asegurador¹⁴⁶. En otros términos, este seguro no ampara el daño como tal, sino la *responsabilidad* del asegurado, de donde se entiende que no es un seguro de daños *per se*, porque en realidad no hay una cobertura a un bien o a un patrimonio determinados; lo que protege es el *riesgo legal* del asegurado de tener que pagar una indemnización¹⁴⁷.

2.3. EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Decreto Supremo 1147, en el Art. 5, declara que el siniestro es la ocurrencia del riesgo asegurado. Vale decir, que «[s]i el riesgo es definido como la eventualidad prevista en el contrato, a manera de avance es factible afirmar, que el siniestro es la realización del riesgo tal como ha sido determinado contractualmente [...]»¹⁴⁸. HALPERIN, en su monumental “*Seguros*”, opina que el siniestro, en forma amplia y general, es el «[...] acontecimiento con cuyo acaecimiento halla fundamento la obligación del asegurador de indemnizar»¹⁴⁹, afirmación que equivale a decir que una vez que se produce el siniestro el asegurado o el beneficiario está en posición jurídica de reclamar a la aseguradora el pago de la cobertura, cosa que sucede por el ministerio de la ley, puesto que la ocurrencia del siniestro «[...] hace nacer, *ipso iure*, el derecho del asegurado o beneficiario y, con él, la obligación correlativa del asegurador a la prestación económica pactada en el contrato [...]»¹⁵⁰. Digo que es por el mero ministerio de la ley porque el Art. 4 del Decreto Supremo 1147 establece que el acaecimiento del riesgo «[...] hace exigible la obligación del asegurador [...]»¹⁵¹.

Ahora bien, en el seguro de responsabilidad civil el siniestro y el momento de su ocurrencia han sido objeto de ardoroso debate en la doctrina. De ordinario el siniestro

¹⁴⁶ Ver SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús. “La Institución del Seguro en México”. (Editorial Porrúa. México D.F. 2000), 585.

¹⁴⁷ El riesgo legal, a efectos del contrato de seguro de responsabilidad civil, es la posibilidad que toda persona tiene de ser sancionada, multada u obligada a indemnizar a otra de como resultado de acciones, omisiones o negligencias propias o de terceros que de ella dependen normativamente.

¹⁴⁸ STIGLITZ, Rubén S. “Derecho de Seguros”. Tomo II., 203.

¹⁴⁹ HALPERIN, Isaac. “Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400”. (Editorial Depalma. Tercera Edición. Buenos Aires. Argentina. 2001), 950.

¹⁵⁰ OSSA G., J. Efrén. “Teoría General del Seguro. El Contrato”. (Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 1991), 99.

¹⁵¹ La Ley del Contrato de Seguro de Venezuela legisla en este punto, otra vez, a contrario de los principios generalmente aceptados, en sus artículos 30 y 37. El primero establece que el «[r]iesgo es el suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya materialización da origen a la obligación de la empresa de seguros [...]», definición usual y aceptable que va a tono con lo examinado hasta aquí. El problema surge cuando la exégesis alcanza el artículo 37, el cual declara que «[e]l siniestro es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la obligación de indemnizar por parte de la empresa de seguros [...]». Evidentemente no existe aquí ninguna diferencia entre riesgo y siniestro. Para la legislación venezolana vienen a ser lo mismo, lo que constituye un yerro mayúsculo. Este tipo de errores abundan en el cuerpo legal en comento.

en este tipo de contratos es visto como el «[...] evento que produce daño (hecho acaecido) a terceros, ya sea motivado por el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual o el hecho lesivo en el marco de la responsabilidad civil extracontractual [...]»¹⁵²; sin embargo, respecto a la determinación del momento en que se produce el siniestro, la doctrina está ostensiblemente dividida. Hay una postura, como la expresada en la precedente definición de STIGLITZ, que por causa de siniestro entiende al hecho dañoso generador de responsabilidad. El Código de Comercio de Colombia acoge esta solución en el Art. 1131 que dice que «[e]n el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima [...]».

Una segunda postura argumenta que el siniestro no es el hecho lesivo al tercero damnificado sino la reclamación de éste, pues sólo entonces se ve perjudicado el patrimonio del asegurado. Hay autores que van más allá, exponiendo que el siniestro se produce en el momento en que la deuda indemnizatoria es líquida, bien sea por el reconocimiento de su importe, por transacción o por sentencia¹⁵³. La legislación chilena adoptó esta salida, en el inciso segundo del Art. 570 del Código de Comercio de Chile que establece que «[e]n el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento [...]». México también sigue esta línea en el Art. 150 de su Ley Sobre el Contrato de Seguro, que dice: «[e]l aviso sobre la realización del hecho que importe responsabilidad deberá darse tan pronto como se exija la indemnización al asegurado [...]». Igualmente la Ley del Contrato de Seguros peruana regula que «[e]xiste siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado. / Para indemnizar los siniestros no se requerirá de sentencia firme al realizar la aseguradora una transacción sobre el monto de la indemnización antes o durante el proceso judicial». Es decir, en Perú el siniestro existe desde que hay determinación del valor de la deuda, que puede declararse en sentencia o acordarse en transacción.

En el caso ecuatoriano estimo que, al igual que en Colombia, el siniestro está dado por la producción del daño al tercero y no por la reclamación de éste. Sustento mi opinión en las reglas del Decreto Supremo 1147 contenidas en los Arts. 20, 21 y 52. Los dos primeros pertenecen a las normas generales, aplicables a cualesquier clase de seguro, alusivas a los derechos y obligaciones de las partes. El tercero lo es específicamente al seguro de responsabilidad civil. El Art. 20 establece que «[e]l asegurado o el benefi-

¹⁵² STIGLITZ, Rubén S. “Derecho de Seguros”. Tomo II., 207.

¹⁵³ Ver GARRIGUES, Joaquín. “El Contrato de Seguro Terrestre”, 70

ciario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o a su representante legal autorizado, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo [...]». Es claro que esta norma invoca un hecho físico, que cuando sucede puede o no ser conocido en forma inmediata por el asegurado, situación que no aplica a una sentencia o transacción, pues las partes en un litigio conocen las decisiones del juez desde el momento en que éste les notifica. Abunda a esta apreciación el Art. 21 que establece que «[i]gualmente está obligado el asegurado a evitar la extensión o propagación del siniestro y a procurar el salvamento de las cosas amenazadas [...]», norma que sólo tiene sentido si el siniestro es el hecho productor del daño, no una sentencia, pues ¿cómo podría evitar el asegurado la extensión o propagación del daño causado por una sentencia? O ¿cómo podría éste procurar el salvamento de las cosas -dinero en efectivo- que la sentencia, por ejemplo, ordene se empleen para el pago de lo debido al damnificado? Finalmente, el Art. 52 del Decreto Supremo, específico al siniestro en el caso del seguro de responsabilidad civil, es aun más claro y no deja lugar a dudas:

Es prohibido al asegurado, bajo pena de pérdida del derecho a la indemnización, realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad, sin previa y expresa aprobación del asegurador. Sin embargo, esta prohibición no rige en caso de que el asegurado sea compelido a declarar bajo juramento acerca de los hechos constitutivos del siniestro.

Si en juicio el asegurado debe declarar “sobre los hechos constitutivos del siniestro”, es claro que se refiere a aquellos que causaron daño al patrimonio o persona del damnificado. La norma no tendría sentido si el siniestro fuese la sentencia o la transacción, ya que no hay fundamento para que el asegurado, bajo juramento, sea compelido a declarar sobre los antecedentes de alguno de esos instrumentos jurídicos. Lo único posible es que se le pida rinda declaración judicial en relación al evento físico exterior que causó el daño. De manera que en nuestro país el siniestro en los seguros de responsabilidad civil es, como en Colombia, el hecho físico imputable al asegurado que irroga daños a un tercero.

2.4. DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En la vigente legislación ecuatoriana los derechos del tercero damnificado no pasan de la posibilidad de reclamar o accionar contra el asegurado, pues no tiene esa misma capacidad de hacer contra la aseguradora en forma directa. En primer lugar, porque no es forzoso que el tercero conozca que su contraparte cuenta con un seguro de responsabilidad civil; y, porque, aun sabiéndolo, carece de acción directa en contra de la

aseguradora, por efecto del conocido Art. 53 del Decreto Supremo 1147. Muy al contrario, la antigua Corte Suprema de Justicia rechazó tal sugerencia arguyendo que la compañía de seguros no puede ser procesada por el tercero pues no es la causante del daño:

De otra parte, la afirmación de que la acción debió deducirse contra la compañía aseguradora no tiene cabida, ya que ésta no es la persona a la que se imputa las acciones y omisiones dañosas; deducida la acción contra la persona que ha causado un daño, ésta puede pedir a la aseguradora que asuma su defensa, pero quien alega ser víctima de un siniestro no tiene porque conocer siquiera por el responsable del mismo se halla o no asegurado y no está en el deber de averiguar esta particular situación para proponer su demanda indemnizatoria.¹⁵⁴

No es exacto decir que si el asegurado es demandado éste puede “pedir a la aseguradora que asuma su defensa”, pues si bien a la aseguradora, por cautelar sus propios intereses, conviene que su asegurado salga del juicio con sentencia favorable, no está obligada a presentarse en éste a defenderlo, pero sí puede correr con los gastos judiciales, conforme el Art. 51 del Decreto Supremo 1147, aún cuando la reclamación sea infundada. La razón de esto está en que el juicio y sus costos se consideran parte de la afectación al patrimonio del asegurado. **EDUARDO PEÑA TRIVIÑO** lo explica así:

[...] el seguro establece un vínculo entre el asegurador y el asegurado, del cual es extraño el damnificado. Es la razón por la cual éste no tiene acción directa contra el asegurador, sino contra el asegurador que es quien ha inferido el daño a un tercero (tomando en cuenta la relación del contrato de seguro: asegurador-asegurado, [el] tercero es el damnificado. Es contra quien ha inferido injuria o daño que la ley establece el cargo de indemnizar. La relación de causalidad se ha establecido entre el asegurado y una tercera persona ajena a la relación derivada del seguro. Por eso, el damnificado no tiene ningún vínculo ni puede exigir directamente el cumplimiento de obligaciones al asegurador. Quien puede hacerlo es el asegurado o su representante, y por su intermedio, puede hacerlo el tercero [...] Aquí no opera la sustitución del asegurador en la figura o en la persona del asegurado por igual razón que la mencionada en el comentario al artículo anterior: evitar pactos colusorios entre el asegurado y un tercero para que éste demande directamente al asegurador [...] ¹⁵⁵.

El comentario copiado es valioso porque me permite desbaratar la lógica que guía al artículo 53 del Decreto Supremo 1147, ya que no estoy de acuerdo con ninguna de las afirmaciones del doctor **PEÑA TRIVIÑO**, pues:

a) El que el tercero no pueda accionar directamente contra la aseguradora priva de su razón de ser a la existencia del seguro de responsabilidad civil, porque si se mantiene la idea que el sujeto del pedido de resarcimiento es el mismo asegurado, entonces éste no vería trasladarse el resultado dañino desde su patrimonio al de la aseguradora,

¹⁵⁴ Fallo de Casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011. También aparece en Registro Oficial 43 de 19 de Marzo de 2003.

¹⁵⁵ **PEÑA TRIVIÑO**, Eduardo. Obra citada, 171 y 172.

que es, finalmente, la causa que lo instó a contratar el seguro. Con eso en mente, supongamos qué sucedería en el caso de un asegurado que, habiendo pasado por un siniestro, informe de ello a su aseguradora y que, tras la reclamación, ésta niegue el pago. Imaginemos luego que ese asegurado en uso del procedimiento administrativo del Art. 42 de la Ley General de Seguros, presenta un reclamo el cual, tras el trámite de rigor, es rechazado por la Superintendencia de Compañías. Ahora bien, siguiendo con mi hipotético caso, el tercero damnificado, en vista que no puede atacar a la aseguradora en forma directa, acciona contra el asegurado y, luego de años de litigio, obtiene sentencia favorable que pone a éste último en la ineludible obligación de pagar por los daños. Sentencia que el asegurado debe cumplir en soledad, pues dado que su juicio con el tercero se prolongó por años, como es habitual en nuestro país, cuando retornó a la aseguradora con la sentencia a pedir, otra vez el pago, ésta se excusó alegando que eso ya fue negado por la Superintendencia y que, además, por el tiempo corrido desde la ocurrencia del siniestro su acción prescribió, conforme el Art. 26 del Decreto Supremo 1147.

Pregunto ¿qué sentido tuvo el seguro en este caso, si tanto la aseguradora como el ente administrativo negaron el pago directo al asegurado pero el tercero, en juicio aparte, logró sentencia condenatoria contra aquel? ¿Es correcto permitir que el tercero se líe judicialmente con el asegurado durante años, tiempo suficiente para que la prescripción de la acción para reclamar judicialmente a la aseguradora se complete lo que, finalmente, redundaría en que ésta salga inerte de todo ese agotador maratón jurídico, en tanto que su asegurado debe asumir por sí solo las consecuencias del siniestro? ¿Sirvió *en realidad* de algo contar con la póliza?; y,

b) Discrepo también de la opinión del doctor **PEÑA TRIVIÑO** respecto a que la prohibición legal tiene por objeto [...] evitar pactos colusorios entre el asegurado y un tercero para que éste demande directamente al asegurador [...]]», pues:

b.1.) Si el asegurado buscara coludirse con alguien para dañar a la aseguradora, el que ese alguien no tenga acción directa contra la casa de seguros no sería ningún obstáculo ya que puede pasar, a contrario de mi ejemplo anterior, que el asegurado obtenga una decisión que ordene a la aseguradora pagar aun cuando en efecto haya un pacto colusorio de por medio, cosa que debería ser probada por la aseguradora; y,

b.2) Porque, aun más importante, la aseveración del Doctor **PEÑA** destruye de raíz los cimientos del derecho civil basado en la autonomía de la voluntad que nos rige. Pienso que si el legislador debiese dictar leyes partiendo del supuesto que las personas actúan de mala fe, el sistema civil voluntarista no tendría sentido alguno; aún más: sería imprudente y pernicioso someternos a él, por lo que debería ser derogado y reemplazado por otro. Ello en virtud que el civilismo volitivo se asienta en el principio que «[l]a

buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria [...]», conforme reza el Art. 722 de nuestro Código Civil, cuestión que el Art. 1475 reitera cuando dice que «[e]l dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse». La buena fe es un principio general de derecho que sólo en casos expresamente determinados por las leyes da paso a la mala fe. La buena fe es la regla, la mala fe es la excepción, que cuando no está prevista como tal en la norma debe ser probada¹⁵⁶.

De modo que aceptar a ciegas el parecer del doctor **PEÑA TRIVIÑO** equivaldría a declarar que el seguro de responsabilidad civil es una institución que encuentra su justificación en la mala fe de quien lo contrata, por lo que legislador puso una traba, por medio del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, para que los dolosos fines perseguidos a través de esa mala fe no lleguen a buen puerto. Si así fuera, mejor nos resultaría eliminarlo del catálogo de seguros, ya que semejante proposición implica que mediante el seguro de responsabilidad civil se amparan actos dolosos, suposición que va en contra de la naturaleza lícita que la ley demanda de cualquier tipo de contrato. (Ver literal c) del apartado **1.4.2** de esta tesis).

Una vez que está claramente delimitado el tipo de contrato de seguro del que se derivan los derechos sustantivos del tercero, que son objeto de protección, en el siguiente capítulo entraré a analizar la herramienta procesal que se han creado a favor del damnificado para tutelarlos en forma efectiva y que es uno de los centros neurálgicos de esta tesis: la acción directa del tercero, que lo habilita a reclamar directamente a la aseguradora la satisfacción de la indemnización por los daños que le haya irrogado el asegurado.

¹⁵⁶ Observación que se acentúa si recordamos que el derecho de seguros no se regula con la mera buena fe, sino con la ubérrima buena fe.

CAPÍTULO TERCERO

LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO DAMNIFICADO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1. LOS TERCEROS DAMNIFICADOS EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Entender quienes son los terceros damnificados en relación al contrato de seguro de responsabilidad civil demanda conocer, ante todo, la teoría general de los terceros elaborada en el marco del derecho civil y que está recogida en la normativa positiva vigente; para ello, entraré en un breve examen de la misma, lo que me permitirá echar las bases que facilitarán la construcción de este capítulo.

3.1.1. LOS TERCEROS. DEFINICIÓN. CLASIFICACIÓN. TERCEROS ABSOLUTOS Y TERCEROS RELATIVOS

La regla general -Art. 1561 del Código Civil- dicta que sólo las partes de un contrato tienen potestad para realizar reclamos relativos a sus efectos, alcance y demás detalles y contingencias que de él se deriven. Por oposición natural, los terceros son los sujetos ajenos al acuerdo, aquellos a quienes, por lo mismo y en líneas esenciales, éste les resulta indiferente ya que en nada les perjudica ni tampoco les beneficia. Esto se conoce como principio de relatividad de los contratos o de los efectos relativos del contrato¹⁵⁷. La palabra “tercero” designa a toda persona externa a un negocio jurídico, sea una obligación, un contrato, un relación jurídica -como un juicio-, etc. Se denomina

¹⁵⁷ El autor **IAN HENRÍQUEZ HERRERA**, por otra parte, escribe que diversos autores chilenos -**RAMÓN DOMÍNGUEZ A., JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, CARLOS PIZARRO** y **ÁLVARO VIDAL**- han defendido la tesis que no es correcto sostener que los contratos solo producen efecto entre las partes. Comenta que **VIDAL** indica que la oponibilidad del contrato a terceros es la regla general; añade que el argumento que respalda esta postura es simple y es de tipo *a contrario sensu*: si el Código Civil contempla normas expresas sobre situaciones a las que sanciona con inoponibilidad, es en el entendido que la regla general es la contraria. **HENRÍQUEZ HERRERA** concluye que en vista de este razonamiento, al que estima muy sólido, «[...] los contratos producen efectos no solo respecto de las partes, sino también respecto de terceros. Esto es lo que, en términos generales, denominamos efecto absoluto. Por ende, sería admisible la sinonimia -en este contexto y para estos fines- entre efecto absoluto y oponibilidad [...]». (**HENRÍQUEZ HERRERA**, Ian. “Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema [de Chile] de 25 de enero de 2001. Casación en el fondo rol N° 3738-2009”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 39. N° 2. 2012. Págs. 513 – 522).

“tercero” a todo sujeto extraño al negocio jurídico porque, en principio, éste importa a dos personas: una primera que, por ejemplo, vende y una segunda que compra, todos los demás son terceros¹⁵⁸. Así pues, los terceros son las personas ajenas al acto, aquellas que no han concurrido a su formación, ni en forma personal ni por medio de agentes o representantes, ni son sucesores universales o singulares de las partes -aunque, como más abajo se verá, en sentido estricto los sucesores no son terceros ya que son asimilados a los contratantes-. El que un contrato no deba afectar a quienes no participan de él, ni autorizan a otro para se beneficie de él, es un elemento esencial del civilismo basado en la autonomía de la voluntad pues, como explica **JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, eso garantiza

[...] la intangibilidad de la esfera jurídica individual, que no puede ser modificada a través de un negocio ajeno, ya sea de manera ventajosa, ya perjudicial. Cuando se dice que el contrato no produce efectos frente a terceros excepto en los casos que establezca la ley, responde simplemente a la autonomía privada, es la idea de la libertad del hombre frente a la idea de autoridad, cada cual dispone de su propia esfera personal y su patrimonio [...]¹⁵⁹.

Este principio fue recogido y elevado al rango de norma jurídica de alcance general en los códigos civiles occidentales; así, por ejemplo, en el Código Civil paraguayo aparece en el Art. 717¹⁶⁰, en el francés en el Art. 1165¹⁶¹, en el chileno en el 1545, en el ecuatoriano en el 1561¹⁶², etc. A mi parecer, de entre todos esos cuerpos legales, el que a la hora de expresar la regla de relatividad de los contratos cuenta con una mejor y más

¹⁵⁸ “Tercero” deriva del latín “*tertius*”. En Roma dentro de una relación jurídica se distinguía al “*primus*” -el sujeto activo- y al “*secundus*” -el sujeto pasivo-; por contraste, el que no intervenía era un “*tertius*”, ‘tercero’.

¹⁵⁹ **RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, José Ignacio. “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”. (Editorial Colex. Madrid, España. 2000), 43.

¹⁶⁰ Código Civil paraguayo. Art. 717: «[...] Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley».

¹⁶¹ Código Civil francés. Art. 1165: «Los contratos sólo tendrán efecto entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y sólo les aprovecharán en el caso previsto en el artículo 1121».

En el original, en lengua francesa, dice: «*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*». El Art. 1121 del *Code* regula la estipulación a favor de tercero, en forma similar a como aparece en el Art. 1465 del Código Civil ecuatoriano.

¹⁶² En el Código Civil chileno y en el ecuatoriano la regla es la misma: todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Este precepto no sólo recoge en forma explícita la fuerza obligatoria del contrato sino que, al mismo tiempo, admite de manera implícita la relatividad de las convenciones. Relatividad que consiste en restringir el efecto obligatorio sólo a aquellos sujetos de derecho que concurren con su voluntad a celebrar el acuerdo. En este sentido se pronunció **LUIS CLARO SOLAR**, quien citando a **POPESCO**, entendió que el artículo 1545 del Código Civil chileno recoge en forma implícita el efecto relativo de los contratos. Para el Maestro chileno el contrato no beneficia ni perjudica a terceros que no participaron en su formación. (Ver **POPESCU**, Corneliu Mihail. “*La règle «res inter alios acta» et ses limites en droit moderne*”, 1934, 9. Citado por **CLARO SOLAR**, Luis. “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado” (Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979). Tomo X. Apartado 1168.

pulida redacción es el Código Civil boliviano (publicado mediante Ley No 12760 de 06 de agosto de 1975), cuyo Art. 523 dice que «[l]os contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a un tercero, sino en los casos previstos por la ley». De acuerdo con esta norma -y con las de la generalidad de cuerpos normativos que regulan los contratos en este hemisferio- los terceros no son tocados por la convención de las partes, salvo en ciertas y muy contadas ocasiones, cuando la ley quiere que un tercero, por causas muy precisas, sea afectado, en bien o en mal, por sus implicaciones. De ésta última observación se desprende la tradicional clasificación de los terceros: los terceros absolutos (quienes, por norma regular, nunca se ven afectados por el contrato) y los terceros relativos (aquellos que por pedido de la ley, en algún momento, gozan o sufren algún efecto del contrato).

LOS TERCEROS ABSOLUTOS

Sobre los terceros absolutos dicen **GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ** y **EDUARDO OSPINA ACOSTA** que:

En principio esta categoría está formada por todas aquellas personas ajenas al acto jurídico y que no tienen vinculación alguna con las partes (*penitus extranei*): quien pasa frente a la notaría donde se está firmando una escritura de compraventa, el policía de la esquina, etc. A estas personas sí se les aplica el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, pero únicamente con el alcance que ya puntualizamos al enunciado: los actos ajenos (*res inter alios acta*) ni las obligan ni les confieren derechos¹⁶³.

De lo que se desprende que los terceros absolutos -a quienes los romanos denominaban *penitus extranei* (literalmente, “completos extraños”¹⁶⁴), son por entero ajenos al contrato, no son afectados por éste ni entran en relaciones posteriores con las partes. Lógicamente, para los terceros absolutos, al no verse afectados por los contratos, no son vinculantes los derechos y obligaciones que emanen de ellos. Esta regla se cristaliza en el axioma latino «*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*» («lo realizado o juzgado entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros»)¹⁶⁵. A pesar del empleo

¹⁶³ **OSPINA FERNÁNDEZ** and **OSPINA ACOSTA**, obra citada. Apartado 443.

¹⁶⁴ *Penitus* es un adverbio latino que significa completamente o enteramente; y, *extranei* es un adjetivo que se traduce como extranjero.

¹⁶⁵ *Res inter alios acta* es un aforismo latino de derecho civil, originado en Roma, que alude al negocio jurídico realizado entre las partes contratantes que no importa beneficio ni perjuicio para quienes son ajenos a él. Por este principio los terceros no son ni acreedores ni deudores de los contratantes. Este axioma, creado por Paulo e inserto en el *Digesto*, en su expresión completa incluye similar regla para el derecho procesal, abarcando el efecto relativo de la cosa juzgada: «Lo juzgado no concierne sino a las partes comprometidas en el litigio»: *Res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet* («Lo realizado o juzgado entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros»). En atención a esto el Código Civil ecuatoriano, en el inciso segundo del Art. 3, dice que «[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren» y el Art. 286 del Código de Procedimiento Civil

de la palabra “absolutos” para calificar a esta clase de terceros, no estamos, en sentido estricto, ante una regla del todo “absoluta”¹⁶⁶, pues la ley ecuatoriana, en cuanto a la no afectación de los terceros absolutos por un contrato, observa dos salvedades:

a. La primera dice que, en principio, los contratos celebrados respecto del derecho de familia siempre y en todos los casos generan terceros absolutos. A diferencia de los contratos patrimoniales los de carácter familiar no producen terceros relativos sino únicamente absolutos. Así por ejemplo, en el contrato de matrimonio las partes son el marido y la mujer, todos los demás son terceros absolutos, por lo que no deberían ser alcanzados por los efectos del contrato. Sin embargo, en ciertos casos los terceros, aún cuando son absolutos, sí son afectados por éste. Esto es válido, por ejemplo, para los familiares por afinidad -Art. 23 del Código Civil-, quienes a pesar de ser ajenos de manera irrestricta al contrato, pueden ver restringidas algunas potestades legales a causa de éste; *verbi gratia*, la prohibición de contraer matrimonio del ordinal 8vo. del Art. 95 o la incapacidad para suceder vía testamentaria del Art. 1007 del Código Civil, o las limitaciones de nepotismo del Art. 230.2 de la Constitución de la República de 2008¹⁶⁷; y

b. En el derecho laboral se estima que quienes no son parte de una empresa no se ven afectados por la suscripción del contrato colectivo; tan sólo los obreros y el patrono son partes del mismo. Los demás son terceros absolutos. Mas si con posterioridad a la celebración del contrato colectivo ingresa a la empresa y al sindicato un nuevo obrero, queda ligado por el contrato colectivo.

LOS TERCEROS RELATIVOS

Son quienes con posterioridad a la celebración del acto o contrato entran en relaciones jurídicas con las partes. **OSPINA FERNÁNDEZ** y **OSPINA ACOSTA** dicen que «[...]

añade «[l]as sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley». La doctrina y la jurisprudencia contienen discrepancias, tanto a nivel teórico como casuístico, a este principio -como la validez del contrato respecto de los terceros -efecto absoluto del contrato- o la teoría de los terceros relativos-, por lo que debe ser considerado con reservas. (Ver **OSTERLING PARODI**, Felipe y otros. “Tratado de las Obligaciones”. (Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005). Vol. XVI. Tercera Parte. Tomo IX., 236.

¹⁶⁶ De hecho, pienso que en el derecho, en general, no existen normas absolutas: toda regla tiene su excepción.

¹⁶⁷ El Art. 23 del Código Civil ecuatoriano establece que «[a]finidad es el parentesco que existe entre una persona que está casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor [...]». Esta norma fue parcialmente modificada por la Corte Constitucional mediante sentencia número 0001-11-SIN-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 452 de 19 de Mayo de 2011. En ella la Corte declaró inconstitucional la expresión “*o ha estado casada*”, que aún figura en el Código Civil chileno, en el Art. 31, que dice «[p]arentesco por afinidad es el que existe entre una persona *que está o ha estado casada* y los consanguíneos de su marido o mujer [...]».(Énfasis añadido).

la doctrina ha incluido en esta categoría y para ciertos efectos especiales a otras personas que sí tienen vinculaciones jurídicas con las partes, a saber: a) los asignatarios sucesorales (sic) forzosos, y b) los acreedores»¹⁶⁸.

Los sucesores en realidad son terceros sólo mientras su antecesor se halla con vida, razón por la que, una vez que asumen su condición de herederos con la muerte de su causante, se convierten en parte del contrato. Por eso hay doctrinarios que piensan que los herederos no son terceros en sentido riguroso, sino que su posición jurídica se asimila a la de sus antecesores¹⁶⁹. Esta opinión ha sido aceptada en algunas legislaciones y como muestra de ello tenemos al Art. 1257 del Código Civil español¹⁷⁰, al Art. 1363 del peruano¹⁷¹, al Art. 717 del Código Civil paraguayo¹⁷² y al Art. 524 del boliviano¹⁷³.

Respecto de los acreedores, éstos son terceros relativos de los contratos que su deudor suscriba en tanto y en cuanto afecten su derecho general de prenda -Art. 2367 del Código Civil¹⁷⁴; es decir, este tipo de terceros comprende a los acreedores comunes

¹⁶⁸ OSPINA FERNÁNDEZ and OSPINA ACOSTA, obra citada. Apartado 444.

¹⁶⁹ El autor chileno FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS, al respecto, comenta que «[...] lo que caracteriza al heredero o asignatario universal es que éste sucede al causante en todos sus bienes o una cuota de ellos. Como dice MESSINEO “la cualidad de heredero deriva, no del nombre utilizado para designarlo (y que puede, eventualmente, estar equivocado), sino de la concreta situación que se establece para el llamado en la sucesión”. *Los herederos representan a la persona del causante y son los continuadores de su personalidad*; no sólo reciben el activo del patrimonio del *de cuius*, sino que también las obligaciones que por él fueron válidamente contraídas. Esto ocurre precisamente porque no reciben bienes en particular, sino que todo el patrimonio del causante o una cuota de él [...]» (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. “Derecho Sucesorio”. (Abeledo Perrot. Segunda Edición actualizada. Santiago, Chile. 2010). Págs. 25 y 26). Énfasis añadido.

¹⁷⁰ Código Civil español. Art. 1257: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley [...]». (Énfasis añadido).

¹⁷¹ Código Civil peruano. Art. 1363: «Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles». (Énfasis añadido).

¹⁷² Código Civil paraguayo. Art. 717: «Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley». (Énfasis añadido).

¹⁷³ Código Civil boliviano. Art. 524: «Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato». (Énfasis añadido).

¹⁷⁴ Código Civil ecuatoriano. Art. 2367: «Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1634 y los demás casos previstos en la ley». (Énfasis añadido).

o quirografarios¹⁷⁵. Por esa razón, la ley concede a tales acreedores el derecho a ejercer la acción rescisoria pauliana¹⁷⁶, la acción de simulación¹⁷⁷ o la acción indirecta u oblicua -a la que me referiré más adelante- en los casos en que los hechos o contratos del deudor pongan en peligro o amenacen su derecho a recuperar su crédito. La razón de ello radica en que

[e]l derecho del deudor de libre administración y disposición de su patrimonio está limitado por la implícita obligación de no provocar su insolvencia en perjuicio de sus acreedores. La ley deja al deudor en libertad de disponer de sus bienes, pero también le impone el deber de comportarse con corrección en el uso que haga de este poder, para no defraudar las expectativas de satisfacción que corresponde a sus acreedores. [...] ¹⁷⁸.

Esa libre administración de la que goza el deudor de su patrimonio imposibilita a sus acreedores de interferir en sus actos y negocios. Sólo están autorizados hacerlo

¹⁷⁵ La palabra “quirografario” etimológicamente viene del griego *cheir*, mano, y *graphos*, escribir, con cuya conjunción se logra el vocablo *cheirographes*, manuscibir. En latín se transformó con el uso en *chirographus*, manuscrito. En el lenguaje forense se emplea esta voz como sinónimo a común o simple, para identificar al acreedor que no es privilegiado. (Ver **BIBLIOGRÁFICA OMEBA**. “Enciclopedia Jurídica Omeba”. Tomo T1., 308 y 309).

¹⁷⁶ Código Civil ecuatoriano. Art. 2370: «En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;
2. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; y,
3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato».

La acción pauliana es una acción de inoponibilidad, mediante la que los acreedores pueden hacer inoponibles a sí mismos los actos celebrados por su deudor que perjudiquen su derecho de prenda general. El Código Civil y Comercial de la Nación argentino es más claro que el ecuatoriano pues, en su Art. 338, establece que «[t]odo acreedor puede solicitar *la declaración de inoponibilidad* de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna». A continuación aparece el Art. 339 cuyo contenido es muy similar a nuestro 2370.

¹⁷⁷ A diferencia de lo que ocurre en los códigos civiles argentino, venezolano, paraguayo, federal mexicano, boliviano y peruano, los códigos basados en el Proyecto de **BELLO** -chileno, ecuatoriano, colombiano, salvadoreño- no regulan en forma expresa la simulación, aunque es evidente que en su contexto general la censuran en cuanto es empleada para dañar a terceros o defraudar a la ley. Así lo evidencian las reglas de los Arts. 156 y 1724 del Código Civil ecuatoriano, el último de los cuales dice que «[l]as escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero».

¹⁷⁸ **TORRES VÁSQUEZ**, Aníbal. “Efectos relativos del contrato”. Artículo obtenido de Internet, construido en base a la legislación peruana, en particular, del Código Civil de Perú de 1984. Consultado el 05 de noviembre de 2015. Disponible en <http://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf>.

cuando esos actos imposibiliten o dificulten el pago del crédito.

EL DAMNIFICADO FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En Ecuador el damnificado es, frente al seguro de responsabilidad civil, un tercero absoluto pues por causa de la restricción del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que le niega calidad de beneficiario del seguro y cierra toda posibilidad para que accione directamente contra la aseguradora, no hay una forma jurídica de entablar un nexo directo entre el tercero y la aseguradora. Distinto es el caso de Colombia, Argentina, Chile, Perú, España, Paraguay o México, donde el tercero, una vez producido el siniestro, es considerado beneficiario del seguro. Eso supone que en esas naciones, en principio, el tercero es absolutamente ajeno al contrato. Es incluso posible que el tercero y el asegurado ni siquiera se conozcan. Nunca se vieron, nada sabía el uno de la existencia del otro hasta llegado el momento de, por ejemplo, un accidente de tránsito: el vehículo del asegurado y del tercero colisionan y, luego de las investigaciones de rigor, se determina que fue responsabilidad del primero. En este caso, el tercero pasa de ser *penitus extranei* a ocupar la posición de tercero relativo: tiene ahora un derecho que reclamar y las leyes de esos estados le confieren el poder jurídico de hacerlo. Así, el Art. 570 del Código de Comercio de Chile establece que «[e]n el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado [...]», es decir, el tercero es quien pone en movimiento los mecanismos indemnizatorios del seguro.

3.2. LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO

Por principio toda acción es directa puesto que cada sujeto de derechos, por regla general, está habilitado a ejercitar y judicializar -cuando así lo estima pertinente- por sí mismo sus derechos, sin necesidad de obtener autorización ni de requerir la interposición de otra persona, como cuando un cónyuge demanda al otro judicialmente en busca obtener el divorcio¹⁷⁹. Por eso el empleo mismo de la locución “acción directa del terce-

¹⁷⁹ El Maestro **HUGO ALSINA** dice que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica (Ver **ALSINA**, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, (Ediar Editores. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. 1956). Tomo I., 333). Para **HERNANDO DEVIS ECHANDÍA**, acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso. (Ver **DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. “Teoría General del Proceso”. (Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1977), 505). **OSWALDO GOZAÍNI** sostiene que la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica y para que esta se cumpla, la acción no solo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino toda la instancia, lo cual significa llegar a la

ro” puede llamar a equívocos. De ahí que GARRIGUES advierta que «[...] la expresión acción directa ha de tomarse, no en su estricto sentido procesal de acción (como se habla de acción subrogatoria), sino en sentido material, como ejercicio de un derecho de crédito propio del perjudicado contra el asegurador [...]»^{180 y 181}.

Para definir a la acción directa la doctrina siempre acudió a su confrontación con la acción oblicua o subrogatoria, prevista en el Art. 1166 del Código Civil francés¹⁸² y que en el Código Civil ecuatoriano figura en el Art. 2368¹⁸³. La acción oblicua permite

sentencia sobre el fondo del problema planteado. (Ver GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo, “Derecho procesal constitucional. Amparo”. (Santa Fé, Rubinzal Kulzoni, 2002), 107). La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el derecho de acción se entiende como la facultad de las personas de acudir al ente estatal, por medio de sus órganos jurisdiccionales y obtener de ellos la tutela de sus derechos e intereses. (Ver sentencia N°. 11-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009).

¹⁸⁰ GARRIGUES, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”, 428.

¹⁸¹ Gran parte de la responsabilidad de la confusión sobre el significado correcto de la expresión “acción directa” la tiene el mismo legislador, porque la usa en forma indiscriminada, para aludir a situaciones en donde no hay un tercero reclamando un derecho, sino las dos clásicas partes de una relación contractual. Así por ejemplo, en el inciso segundo del Art. 436 del Código de Comercio se lee que «[a] falta de pago, el portador, aún cuando el mismo sea el girador, tiene contra el aceptante una acción directa que resulta de la letra de cambio para todo lo que puede ser exigido en virtud de los Arts. 456 y 457». (Énfasis añadido). Es innecesario hablar de “acción directa” en esta norma, pues si el deudor de un título valor no paga su importe el portador tiene acción cambiaria contra el aceptante y su aval para reclamar el pago.

Lo mismo puede decirse del inciso final del Art. 207 del Código Tributario, que dice que si una de las personas que tienen prohibido intervenir en un remate, siempre que no hubiere otro postor admitido, es declarada rematista de un bien, la nulidad de esa diligencia «[...] podrá proponerse como acción directa ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, dentro de seis meses de efectuado el remate, y de las costas, daños y perjuicios por la nulidad que se declare, responderán solidariamente el rematista prohibido de serlo y el funcionario ejecutor, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar». (Énfasis añadido).

En el COGEP esos errores son abundantes. Así tenemos que el inciso segundo del Art. 31 dice que «[...] Las y los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley [...]». (Énfasis añadido). El Art. 303.2 dice que «Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo: [...] 2. Las instituciones y corporaciones de derecho público y las empresas públicas que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la acción tenga como objeto la impugnación directa de las disposiciones tributarias o administrativas, por afectar a sus intereses». (Énfasis añadido). El Art. 306.5: «Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: [...] 5. En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción [...]». (Énfasis añadido). Art. 319: «Se tramitarán en el procedimiento contencioso tributario las acciones de impugnación, acciones directas y acciones especiales». Art. 321: «Se pueden presentar acciones directas por pago indebido, pago en exceso o de lo debidamente pagado cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue el reclamo de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria [...]». (Énfasis añadido).

¹⁸² Código Civil francés. Art. 1166: «[...] los acreedores podrán ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, a excepción de aquellos que fueran exclusivamente personales».

El texto original en lengua francesa dice: «[...] les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne».

¹⁸³ Código Civil ecuatoriano. Art. 2368: «Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario

al acreedor quirografario -aquel que no cuenta con créditos privilegiados- dirigirse contra los deudores de su propio deudor, “subrogándose” a este último en su condición jurídica de acreedor de aquellos, para ejercer el derecho del que éste parece desentenderse. **JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ** dice que «[d]e hecho algunos autores denominan a la acción subrogatoria “acción indirecta”, precisamente para contraponerla a las acciones directas»¹⁸⁴, opinión con la que coincide **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO** cuando anota que «[l]a acción subrogatoria, llamada también indirecta u oblicua, dio origen a la expresión acción directa, terminología acuñada primero por la propia jurisprudencia y recogida luego por la ley»¹⁸⁵.

El problema de esta solución, sin embargo, es que el dinero que obtiene el demandante oblicuo no entra a su propio patrimonio sino al de su deudor y, dado que él no goza de crédito privilegiado, la suma pagada por los deudores de su deudor pueden ir a parar en manos de otros acreedores, frustrando así total o parcialmente el interés de quien ejerció la acción oblicua¹⁸⁶. Por oposición a esta figura la doctrina ideó la acción directa: al acreedor quirografario se le excusa de tener que acudir a acciones indirectas y se le habilita para que, en su propio nombre, ataque al subdeudor y se beneficie en exclusiva de los resultados de su acción, puesto que el producto de la misma entra en su propio patrimonio, no en el de su deudor, por lo que no se ve forzado a compartirlo con los otros acreedores de su deudor¹⁸⁷.

o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán, asimismo, subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1906 y 1909 [...].»

¹⁸⁴ **ATAZ LÓPEZ**, Joaquín. “Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil”. (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988), 63.

¹⁸⁵ **SÁNCHEZ CALERO**, Fernando. “Ley de Contrato de Seguro...”, 1211.

¹⁸⁶ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho. Versión online. 2015, vol.42, n.2. Consultado el 06 de Noviembre de 2015, 397-422. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200002&lng=es&nrm=iso, 399.

¹⁸⁷ Otra posible identificación del origen de la acción directa la podemos hallar en la doctrina del llamado “efecto expansivo de los contratos” o “efecto protector al tercero relacionado”. El efecto expansivo, que corresponde al contrato con efecto protector al tercero relacionado es propio de la doctrina alemana, la que propone que un tercero puede ejercer acción contractual directa en contra de quien no ha sido su contraparte, pero cuyo incumplimiento le ha afectado en razón de una relación jurídica preexistente y de naturaleza diversa a la contractual. Esta doctrina conlleva que el tercero puede demandar a la parte incumplida pero no sólo que debe demostrar que sufrió daño a causa del incumplimiento, sino que se requiere, además, establezca un factor de imputación. El efecto expansivo del contrato tiene justificación dogmática en la subsistencia de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual respecto de la presunción de culpa. Entonces, el tercero afectado por el incumplimiento contractual, al no ser parte del contrato, tiene a su alcance todas las formas acción aquiliana contra el deudor incumplido. (Ver **HEN-**

A quien hasta aquí me ha seguido le resultará fácil deducir, por ende, que la acción directa, en una estructuración lo más breve posible, es la que tiene un acreedor para reclamar a los deudores de su deudor el pago de sus créditos o resarcimiento de los perjuicios que haya sufrido por causa de éste último, vale decir, es la «acción ejercida por un acreedor, en su nombre personal y directamente contra el tercero contratante de su propio deudor»¹⁸⁸. Es un concepto amplio porque alude a acciones directas varias, pues que la del perjudicado frente al contrato de seguro por responsabilidad no es la única. Por ejemplo, el Art. 1781 del Código Civil trae una disposición que dice «[a]quél a quien se demanda una cosa comprada podrá intentar, contra el tercero de quien su vendedor la hubiere adquirido, la acción de saneamiento que contra dicho tercero correspondería al vendedor, si éste hubiese permanecido en posesión de la cosa». Este es un caso de acción directa: el actor no está relacionado contractualmente con el demandado, a pesar de lo cual la ley le confiere el derecho de perseguirlo cuando le fueren imputables causas de saneamiento, vale decir, el tercero afectado por un negocio del primer propietario puede atacarlo directamente dejando de lado a su propio vendedor¹⁸⁹.

En otras palabras, la acción directa permite a un acreedor quirografario, a la inversa de la acción oblicua, demandar por sí mismo y en representación de sus propios derechos a los terceros deudores de su deudor. Por eso **MIGUEL PASQUAU LIAÑO** dice que la acción directa de los terceros es una

Acción contractual que pone en contacto a dos grupos de personas que, no siendo contratantes entre sí, forman parte de un mismo grupo de contratos o, si se quiere, de dos relaciones jurídicas conexas, integrantes de una misma relación económica, ajustando así la legitimación jurídico-formal a los verdaderos interesados económicamente y,

RÍQUEZ HERRERA, Ian. “Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos...”).

¹⁸⁸ **VICENT**, Jean. “Diccionario Jurídico”. (Editorial Temis. Bogotá. 1996), 6.

¹⁸⁹ Además del Art. 1781 del Código Civil, hay otros casos de acciones directas aceptadas en el derecho positivo ecuatoriano: **1)** La que tiene el dueño de una propiedad para atacar al subarrendatario de ésta cuando precise reclamar por daños al inmueble, lo que le permite eludir dirigirse contra el arrendatario. El Art. 58 de la Ley de Inquilinato, al respecto dice que «[c]ompete al arrendador acción directa contra el subarrendatario para exigirle la reparación de los deterioros que éste hubiere causado en el local arrendado, sin perjuicio de la que le asiste contra el arrendatario, pudiendo ejercitarlas simultáneamente. El inquilino que resultare condenado podrá repetir contra el causante de los daños». (Énfasis añadido); y, **2)** La del mandante para requerir cuentas al delegado de su mandatario, sin tener que pedir las antes a éste último. Art. 2042 del Código Civil dice «[e]l mandante podrá en todo caso ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo». (Énfasis añadido).

Me parece encontrar un tercer caso en la regla del Art. 1937.3 del Código Civil, relativo a los contratos de obras de construcción, que establece que si el edificio cuya construcción se contrató con un empresario del ramo, perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo *que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer* en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, *será responsable el empresario*. Opino que, si dentro de esos diez años, quien contrató la construcción vende el edificio el comprador tendría, en principio, acción redhibitoria contra su vendedor por causa de vicios ocultos. Pero también, con la norma citada, podría intentar accionar directamente contra el empresario constructor.

en suma, evitando una cadena de acciones entre todos los eslabones de la cadena de contratos¹⁹⁰.

El titular de la acción directa goza de preferencia sobre los otros acreedores de su deudor, lo que le permite perseguir el pago de su crédito en el patrimonio del deudor de su deudor -del subdeudor-, aún cuando no está unido por ningún vínculo jurídico con éste último. Los autores están de acuerdo en que conceder este tipo de acciones choca con el principio de relatividad de los contratos; sin embargo, los más de ellos justifican esa invasión al espacio privado de la autonomía de la voluntad en razón de la necesidad de simplificar la vía de recuperación de créditos de los acreedores quirografarios. Así por ejemplo, **HALPERIN** examina el principio de relatividad contractual y lo confronta con la acción directa, tras lo cual concluye que la regla *res inter alios acta* debe ceder en su rigidez por la presión de las necesidades de la economía contemporánea, así como de las necesidades sociales surgidas de esas mismas actividades económicas¹⁹¹.

A efectos de los contratos de seguro de responsabilidad civil diremos, entonces, que la acción directa es la que tiene el tercero perjudicado -o sus herederos- para perseguir a la aseguradora de quien le causó un daño, con el fin que ésta le entregue la indemnización prevista en el contrato de seguro pactado entre el agente dañino y aquella, pues a partir del momento en que el siniestro se produce el tercero y sus sucesores pasan a ser titulares del interés asegurado.

3.2.1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DIRECTA

Para que una acción directa -en seguros o en otras materias- sea tal, debe cumplir con las siguientes características:

a) Ser un derecho subjetivo propio concedido por la ley a determinados acreedores para ser ejercido judicialmente o extrajudicialmente -en la transacción, por ejemplo-. La generalidad de la doctrina acepta que el acreedor directo ejerce un derecho propio, sin actuar como sustituto del deudor intermedio¹⁹²;

b) Es una acción de orden contractual a pesar que procede entre personas entre las cuales no existe ningún vínculo contractual. Ello porque el demandante debe tener la calidad de tercero relativo respecto del contrato del que dimanen los derechos que hace valer en esta acción. El accionante directo puede o no tener un

¹⁹⁰ PASQUAU LIAÑO, Miguel. “Comentario a la STS 9 junio 1989; Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista”. Artículo en la Revista de la Universidad de Granada, No. 15. 1998, 106.

¹⁹¹ Ver **HALPERIN**, Isaac. “La Acción Directa de la Víctima contra el Asegurador del Responsable Civil del Daño”. (Editorial La Ley, Buenos Aires, 1944).

¹⁹² Ver **GARRIGUES**, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”, 428.

contrato con su deudor¹⁹³. Es una única situación jurídica que involucra a tres sujetos relacionados entre sí por dos negocios jurídicos diversos conectados en forma causal, de modo que hay un nexo *ab initio* entre ambos. Es una conexión causal y no ocasional, porque la segunda relación es, económicamente hablando, consecuencia de la primera. **FEDERICO RODRÍGUEZ MORATA** explica que los sujetos intervinientes en la acción directa son tres: **1.** el acreedor directo o titular de la acción directa; **2.** su deudor, con quien ha contratado directamente o que le debe la satisfacción de una obligación extracontractual, que recibe el nombre de deudor principal, inmediato o intermediario; y, **3.** el deudor de este último, por causa de un contrato, a quien se denomina subdeudor¹⁹⁴.

En el caso del contrato de seguro por responsabilidad el titular de la acción es el tercero perjudicado quien se vincula con su deudor -el asegurado- por causas extracontractuales -el siniestro-; el asegurado, a su vez, es acreedor de la aseguradora -que es la subdeudora- por el valor que ésta le debe pagar, en razón del contrato de seguro, por la cobertura del siniestro;

c) La acción directa concede a un acreedor quirografario la potestad de reclamar del deudor de su deudor la satisfacción de una obligación que éste último mantiene para con él sin que sea preciso el ejercicio previo de una acción contra el deudor primario o inmediato. De esto resulta que el titular de la acción directa obra en defensa de sus propios derechos y no en sustitución de su deudor, como acontece en la acción oblicua¹⁹⁵.

d) El derecho ejercido por el acreedor en la acción directa colisiona con las reglas generales atinentes al principio de la relatividad de los contratos (norma *res inter alios acta*), porque permite a un tercero que no es parte de la relación convencional usar el contrato como fundamento de su pretensión contra alguna de las partes, debido a sus propias relaciones con la otra.

e) Asimismo, el derecho del acreedor directo constituye una excepción al principio general *par conditio creditoris* (igualdad de condiciones de los acreedo-

¹⁹³ En la acción directa en seguros de responsabilidad civil el demandante no tiene un contrato con su deudor, por lo que reclama una responsabilidad aquiliana. En cambio, el arrendador que demanda directamente al subarrendatario tiene un contrato con su arrendatario. Ambos tienen acción directa contra el tercero.

¹⁹⁴ Ver **RODRÍGUEZ MORATA**, Federico. “La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra”. (Editorial Tecnos. Madrid, 1992), 81.

¹⁹⁵ Ver **ATAZ LÓPEZ**, Joaquín. Obra citada, 63 y 64. Este autor apunta que la acción directa es formalmente similar a la subrogatoria pero que se diferencia de ésta en su fondo, es decir, en su resultado y en la no exigencia previa de la persecución de los bienes del deudor. Además, sostiene que el acreedor ejerce un derecho propio y no actúa como subrogante del deudor intermediario.

res quirografarios) que en nuestra legislación está recogido en los Arts. 2388 y 2389 del Código Civil¹⁹⁶. El acreedor que tiene a su favor una acción directa goza de una situación de ventaja en relación al resto de acreedores del mismo deudor, pues puede dirigirse contra un subdeudor (deudor de su deudor), sin necesidad de tener que probar la insolvencia de su deudor, tal como lo exige el Art. 2368 del Código Civil, para el ejercicio de la acción oblicua. Privilegio que aparece expresamente reconocido en el primer párrafo del Art. 118 de la Ley de Seguros de Argentina, según el cual «[e]l crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil [...]». El Código Civil italiano de 1942 ya contemplaba esta norma veinte años antes que se redacte el Art. 118 argentino pues, en su Art. 2767, dice que «[e]n el caso del seguro de responsabilidad, el crédito del damnificado por el resarcimiento tiene privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador»^{197 y 198}; y,

f) El derecho del tercero es, en algunas legislaciones, autónomo por lo que no caben contra él -le son inoponibles- las excepciones que el subdeudor tenga contra el deudor. Eso significa, en el caso del seguro de responsabilidad, que la aseguradora no puede atacar al tercero con las excepciones que podría oponer al asegurado. El Art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro española, al respecto, establece que «[l]a acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado [...]» pero, agrega, la aseguradora puede alegar la culpa exclusiva del tercero en el siniestro y las excepciones personales que tenga contra éste. **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO** manifiesta que esa declaración del Art. 76

[...] no puede interpretarse de forma simplista, mas pone de manifiesto que la posición jurídica del perjudicado no nace del derecho del asegurado. La acción directa

¹⁹⁶ Código Civil ecuatoriano. Art. 2388: «No se reconocen otras causas de preferencia que las indicadas en la ley [...]».

Art. 2389: «La quinta clase comprende los créditos que no gozan de preferencia.

Los créditos de esta clase se pagarán a prorrata con el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha».

¹⁹⁷ En su original en lengua italiana el texto es el siguiente: «*Nel caso di assicurazione della responsabilità civile, il credito del danneggiato per il risarcimento ha privilegio sull'indennità dovuta dall'assicuratore*».

¹⁹⁸ **LUIS LORENZO**, comentando el Art. 118 de la Ley de Seguros argentina, escribe que «[e]l privilegio - en particular el que tratamos- tiene ámbito de aplicación con relación al principio de la *par conditio creditoris*, el cual significa que frente al deudor todos los acreedores se hallan en paridad de condiciones para hacer efectivo su crédito, hecho que tiene especial relevancia en el caso de insolvencia que provoque la ejecución colectiva de los bienes. Así, como se ha dicho, el privilegio enerva la *par conditio*, y de allí su excepcionalidad [...]». (**LORENZO**, Luis. “El privilegio del tercero damnificado”. (Artículo del libro colectivo “Daños”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1991), 180 a 181.

no es una simple evolución procesal con relación a la llamada acción indirecta u oblicua, basada en la subrogación del tercero en los derechos del asegurado. La acción directa encubre un derecho propio del perjudicado, *que es independiente o autónomo* (“*immune*” dice la ley), *del derecho del asegurado frente al asegurador*. Ciertamente esta autonomía del derecho del tercero perjudicado contra el asegurador tiene como presupuesto la existencia de un contrato de seguro, que ofrece una determinada cobertura del riesgo del nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurado. La ley reconoce tal derecho del perjudicado frente al asegurador y, en esa relación jurídica, el deudor causante del daño ha de tener la condición de asegurado, lo que no nos ha de llevar a que el derecho del perjudicado nazca del contrato, aun cuando lo presuponga, sino del hecho previsto en él que ha dado lugar al nacimiento de la deuda de responsabilidad. *Esta circunstancia es la que nos lleva a una separación o autonomía entre el derecho del perjudicado frente al asegurador, con relación al derecho del asegurado frente a éste*. Autonomía profunda, pero que presupone la existencia de una conexión entre ambos derechos¹⁹⁹.

La cuestión, sin embargo, no es unánime. En Colombia, por ejemplo, no existe una norma específica al estilo español y la doctrina se ha decantado por considerar que se debe emplear la norma general del Art. 1044 del Código de Comercio, aplicable sin ninguna distinción a todos los seguros, que preceptúa que «[s]alvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiera podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquel y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador». La Ley del Contrato de Seguros peruana es aún más puntual. En el Art. 111 establece que el asegurador puede oponer contra el tercero las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima, los límites y exclusiones previstas en la póliza y las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, producidos antes o durante el siniestro. La norma peruana agrega que el asegurador no puede oponer frente al tercero las causales de ineficacia o caducidad de derechos del asegurado si se producen con posterioridad al siniestro. En este caso debe pagar al tercero y tiene derecho a repetir contra el asegurado, más intereses, gastos y perjuicios.

3.2.2. EVOLUCIÓN

Esta acción es -no sorprende- un artilugio de origen francés. A principios del siglo XX en Francia los tribunales iniciaron un recorrido de interpretación jurisprudencial que los llevó a crear este mecanismo de defensa de los intereses del tercero. En aquellos días primaba en el mundo la regla, que aún existe en Ecuador, que al no ser el tercero

¹⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”. Artículo publicado en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Número 10. (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997), 77. (Énfasis añadido).

parte del contrato de seguro no tenía derecho ni legitimación para formular reclamos directamente al asegurador en caso de siniestro, tan sólo podía intentar la acción indirecta u oblicua, con los problemas que ella plantea, por lo que no satisfacía los requerimientos de los terceros²⁰⁰. Como explica **HERNÁN CORRAL TALCIANI**,

Los intentos doctrinarios para darle [al tercero] una "acción directa" (nombre que se acuna justamente por oposición a la acción indirecta que es la oblicua), se basan primeramente en la necesidad de impedir el enriquecimiento sin causa de los acreedores del asegurado o en entender que la víctima es el beneficiario de una estipulación en favor de tercero. Tales teorías no resultan convincentes²⁰¹.

El debate estaba lanzado y como consecuencia de él Francia se convirtió en la primer nación en conceder al tercero la calidad de beneficiario del seguro de responsabilidad civil, mediante el Art. 53 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro de 13 de julio de 1930, que decía:

El asegurador no puede pagarle a nadie distinto del tercero lesionado la totalidad o parte de la suma debida por él, mientras ese tercero no haya sido resarcido, hasta concurrencia de dicha suma, de las consecuencias del hecho dañoso que haya llevado consigo la responsabilidad del asegurado²⁰².

Esta norma pasó luego, con idéntica redacción, al Art. L. 124-3 del Código de Seguros (*Code des Assurances*, Ley N° 81-5 de 07 de enero de 1981. Boletín Oficial de 08 de enero de 1981) actualmente vigente en Francia. El precepto no contemplaba expresamente, como vemos, a la acción directa del tercero, pero dio pie a que ésta sea aceptada por la jurisprudencia, pues los tribunales franceses razonaron que si la aseguradora no puede pagar a nadie que no sea el tercero damnificado, éste es, por fuerza, acreedor de aquella y, por tanto, debe tener capacidad de reclamar su derecho judicialmente^{203 y 204}. Francia mantuvo a la acción directa del tercero como un simple derivado

²⁰⁰ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. "La interposición de la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno", 399.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² El texto de esta norma en su original lengua francesa es: «*L'assureur ne peut payer a un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'a concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré*».

²⁰³ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. "La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno", 399 y 400.

²⁰⁴ Los hermanos **MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**, a propósito de la norma en comentario, decían: «Declarar con el legislador: 'El asegurador no puede pagarle a nadie distinto del tercero lesionado' y ordenarle pagar, es decir, evidentemente: el asegurador debe pagarle al tercero lesionado. Por lo tanto, el asegurador está obligado desde luego a pagarle a la víctima si esta no ha sido indemnizada. La víctima, bajo esa condición, es acreedora del asegurador: acreedora de la indemnización prometida en el contrato de seguro. Es, bajo esa condición, titular del crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, porque la ley le atribuye a aquella este crédito. -De lo anterior se derivan dos consecuencias: La víctima no indemnizada,

jurisprudencial durante setenta y siete años. Finalmente, en el año 2007, presionados por las directivas de la Unión Europea -de las que me ocuparé más adelante-, los franceses reformaron el Art. L. 124-3 del *Code des Assurances* (por Ley No. 2007-1774) y establecieron en forma taxativa la acción directa del tercero, mediante un párrafo agregando como primer inciso a dicha norma que dice «[e]l tercero perjudicado dispone de un derecho de acción directa contra el asegurador que garantiza la responsabilidad civil de la persona responsable [...]»²⁰⁵.

El primer país que aceptó en su legislación positiva la acción directa del tercero en materia de contratos de seguro de responsabilidad fue México en la Ley 1935 -citada en esta tesis-, derivada del proyecto elaborado en Italia por **LORENZO MOSSA**, que nunca se convirtió en ley en su propio país²⁰⁶. En otras legislaciones, como la española -donde el precepto del beneficio del tercero no fue aceptado sino hasta 1980²⁰⁷-, se sostenía que el derecho del tercero se funda en que el contrato de seguro de responsabilidad civil contiene, en esencia, una estipulación a favor de tercero. Mas este argumento recibió duras críticas porque:

no es intención de los contratantes originar un derecho únicamente a favor del perjudicado, sino en primer lugar conceder un derecho al asegurado a ver indemne su patrimonio ante una deuda de responsabilidad. Además, el derecho de la víctima no surge del mismo contrato, sino del hecho ilícito que genera responsabilidad, por lo que no sería posible la aceptación previa por parte del tercero²⁰⁸.

CORRAL TALCIANI nos informa que en Chile se dio un cruce de opiniones en este sentido, donde el mayor cuestionamiento rotaba alrededor de la aplicabilidad del Art. 1449 del Código Civil chileno (exacto en su redacción al artículo 1465 del Código Civil ecuatoriano²⁰⁹) al caso del tercero en el seguro de responsabilidad civil y a la possibili-

titular, en el lugar del asegurado, del crédito contra el asegurador, excluye, en cuanto a ese crédito, a todos los acreedores del asegurado-. La víctima no indemnizada, acreedora del asegurador, puede proceder directamente contra él para obtener el pago de su crédito». (**MAZEAUD, Henri, LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC**. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, 295.

²⁰⁵ Ese párrafo en su original redacción francesa dice: «*Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable [...]*».

²⁰⁶ Ver **CONTRERAS STRAUCH**, Osvaldo. “La responsabilidad civil y su seguro. Un análisis bajo la perspectiva jurídica de los sistemas ‘Common Law’ y del ‘Civil Law’”. Artículo publicado en la página web de la Internacional de Derecho de Seguros Asociación / Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA). Consultado el 10 de noviembre de 2015. Disponible en <http://www.aida.org.uk/pdf/Civil%20Article%20-%20Spanish.pdf>. Infra 93, 90.

²⁰⁷ Aunque ya fue introducido en ese país en la década de 1960's para aplicación en los seguros forzosos, como el seguro de automóviles o el de caza.

²⁰⁸ Ver **CORRAL TALCIANI**, Hernán. “Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil”. Artículo que forma parte del libro colectivo “Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia, 2013”. (Universidad Austral de Chile. Editorial Legal Publishing de Chile. 2014), 567.

²⁰⁹ Código Civil chileno. Art. 1449: «Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mien-

dad que esa norma permita al damnificado reclamar a la aseguradora. La idea encontró fuerte resistencia. **ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, por ejemplo, escribió al respecto que:

Por regla general, la víctima no tiene acción directa contra el asegurador del autor del daño. Los contratos sólo aprovechan y perjudican a quienes los pactan y la víctima no ha sido parte en el seguro; éste es para ella *res inter alios acta*. No puede decirse tampoco que haya una estipulación a favor de otro. Para que ésta exista, es menester que el beneficiario del derecho derivado del contrato sea un tercero. Nada de esto ocurre aquí: el seguro cede en beneficio del propio asegurado, porque su objeto no es reparar el daño sufrido por la víctima sino que no sufra él mismo por el hecho de tener que indemnizar a aquélla²¹⁰.

Opino que ciertamente tienen razón quienes cuestionan el empleo de la estipulación a favor de tercero para justificar dogmáticamente la acción directa del damnificado, pues la finalidad de cada uno de esos mecanismos es distinta. La estipulación a favor de tercero tiene un origen estrictamente contractual, en el pacto entre estipulante y del promitente para conferir un derecho al tercero, mientras que el nacimiento de la acción directa deriva de la ley y es ajena a la voluntad de las partes²¹¹.

3.2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PRESENTAR LA ACCIÓN DIRECTA Y LEGITIMACIÓN PASIVA. EL LITISCONSORCIO NECESARIO

De acuerdo con el Art. 1090 del Código de Comercio de Bolivia (Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977) la acción directa puede ser ejercida por el tercero damnificado y, en caso que el acontecimiento dañino hubiera provocado su muerte, por sus herederos. En igual sentido, los artículos 1127 y 1133 del Código de Comercio colombiano otorgan la calidad de sujeto activo de la acción al tercero víctima del siniestro; esas normas no diferencian entre víctimas directas e indirectas; entonces, es legitimaria activa de la acción directa cualquier persona natural o jurídica, o sus causahabientes que hayan sido objeto de un daño o perjuicio, incluido hasta el propio asegurador en ejercicio del derecho de subrogación, cuando se coloca en la posición de la víctima indemnizada por él.

Así, son titulares de la acción la víctima directa; las víctimas indirectas o por rebote, quienes sufren un daño propio; los herederos de unos u otros; y, los causahabien-

tras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato».

²¹⁰ **ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, Arturo. “La responsabilidad civil extracontractual...”, 596. (Enfatizado en el original).

²¹¹ Ver **RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, José Ignacio. Obra citada, 252.

tes a título singular de los derechos de la víctima (incluida la aseguradora que ha pagado una indemnización por un seguro de daños, la cual se subroga contra el responsable del siniestro y, obviamente, contra la aseguradora de la responsabilidad)²¹². La Corte Suprema de Colombia, examinando en sentencia el Código de Comercio de ese país, ha dicho:

Por consiguiente, la legitimación en la causa para su promoción será la que corresponda en materia de responsabilidad civil *a todo aquel que ha recibido directa o indirectamente un daño*, esto es, a la víctima o sus herederos, siempre que sean titulares de intereses que se hayan visto afectados por la conducta nociva del agente del referido daño²¹³.

No es forzoso que la víctima demande a la aseguradora, sino plenamente facultativo, porque puede dirigirse únicamente contra el asegurado causante del daño, en cuyo caso éste deberá asumir las consecuencias de la sentencia -o ejercer el llamamiento en garantía, cosa de la que me ocuparé en el siguiente capítulo de esta tesis-. Ahora, si el damnificado elige atacar a la aseguradora, en la misma demanda o en juicio previo deberá accionar también al asegurado y obtener sentencia condenatoria en contra de éste, pues es mi parecer que el sentido común dicta que si la víctima es titular de acción en contra del asegurado y de la aseguradora, debe ejercer su derecho contra ambos *conjuntamente*, de suerte que un solo juez sea quien decida los asuntos relevantes en presencia de todos los interesados²¹⁴, ya que la responsabilidad de pagar una determinada suma

²¹² Ver FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO. “Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo”. (CILA (COMITÉ IBEROLATINOAMERICANO DE AIDA) X CONGRESO. Edición a cargo del Prof. OSVALDO CONTRERAS STRAUCH, Coordinador Académico del Congreso Presidente del CILA. 2008), 320.

²¹³ Sentencia de casación de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Colombia de 10 de febrero de 2005. Expediente 7173. Magistrado Ponente, DR. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. (Énfasis añadido).

²¹⁴ La legislación colombiana es ambigua en este aspecto pues el Art. 1133 del Código de Comercio de Colombia, que dice que «[p]ara acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 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». El empleo por parte del legislador del verbo “podrá” en lugar de “deberá” hace pensar, en principio, que el demandar a ambos en un solo juicio es facultativo para el titular de la acción directa, porque podría haber obtenido sentencia previa contra el asegurado en otro proceso. CARLOS IGNACIO JARAMILLO escribe que «[...] semejante interpretación de carácter estrictamente exegético -o literal- no resulta aceptable o de recibo, en razón de que la presencia judicial del asegurado, por la naturaleza misma del seguro de responsabilidad civil -en especial de su definido objetivo-, supone invariablemente su presencia -en un sentido amplio- (la del asegurado) [...] No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado. Y es sabido que en un estado de derecho no es posible realizar un reproche de responsabilidad, es decir responsabilizar a indeterminada persona, sin que se le haya oído y vencido en juicio [...]». (JARAMILLO, Carlos Ignacio. “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina -radiografía de una lenta conquista-”. Artículo publicado en la Revista Ibero-latinoamericana de Seguros. Número 8. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA-CILA. Bogotá, Junio de 1996), 149. En términos generales estoy de acuerdo con este parecer. Pero no hallo en ella argumentos que impidan que el tercero accione en un proceso contra el asegurado y a continuación, en otro, contra la aseguradora. No es lo ideal,

como reparación por parte de la aseguradora está sometida a que su asegurado sea, en efecto, el responsable del daño. La razón de ello es que la procedencia de la acción del tercero está supeditada a que: **1)** exista un contrato cuya cobertura abarque la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado; y, **2)** se acredite la “responsabilidad del asegurado” frente a la víctima, así como la cuantía²¹⁵. El tema de si el asegurado debe o no ser citado junto a la aseguradora era ya objeto de análisis jurisprudencial en Francia, país donde se dictaron en tres sentencias de 13 de diciembre de 1938, por parte de la Sala de Casación Civil, reiteradas continuamente, en las que se determinó que:

El ejercicio de la acción directa exige necesariamente, en ausencia de un texto en contrario, la presencia del asegurado, cuando (...) ninguna condena ha sido previamente impuesta contra él, con el objeto de fijar contradictoriamente entre las partes, primero la existencia de la obligación de reparación y su monto y, en segundo lugar, la indemnización debida por el asegurador²¹⁶.

El Art. 118, inciso tercero, de la Ley de Seguros Argentina dice que «[l]a sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro [...]», disposición que ha sido entendida por un sector de la doctrina y la jurisprudencia en el sentido que obliga a la presencia en el juicio del asegurado, pues no es procedente hacer efectiva la responsabilidad del asegurador sin que previamente se compruebe y declare la responsabilidad de aquél. Esta no es, empero, una tesis unánime pues, mientras unos defienden la posición mencionada porque consideran que el litisconsorcio debe ser necesario (citación obligatoria del asegurado y de la aseguradora), hay otros que opinan que es un litisconsorcio facultativo^{217 y 218}. **FERNANDO SÁNCHEZ CALERO** estima que en la ley española

mas no encuentro razón para impedirlo. De hecho, según **GENEVIÈVE VINEY** (“*Traité de Droit Civil, les obligations, la responsabilité: effets*” (LGDJ, Paris, 1988), 543. Citado por la **FUNDACIÓN MAPFRE** en “Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo”, 322), no se requiere citar obligatoriamente al asegurado cuando su responsabilidad ha sido previamente establecida por una sentencia o ha sido reconocida por el asegurador o cuando no sea posible jurídicamente por no ser competente la respectiva jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad del asegurado.

²¹⁵ La responsabilidad del asegurado puede ser establecida mediante una decisión judicial en firme o por medio de transacción en la que *el asegurador* haya reconocido la obligación directamente con la víctima. Por efecto del principio de control de responsabilidad ese reconocimiento no puede ser realizado por el asegurado sin autorización de su aseguradora. En cualesquiera de estos casos estamos en presencia de una prueba de la responsabilidad del asegurado y su cuantía, que son suficientes para esgrimirse en ejercicio de la acción directa (pruebas que, tratándose de una sentencia resultado de un proceso en el que no participó el asegurador, de todas formas es controvertible por este, dada la relatividad de la cosa juzgada).

²¹⁶ Sentencias de 13 de diciembre de 1938 por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte de Casación de Francia. Citadas por la **FUNDACIÓN MAPFRE** en “Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo”, 322.

²¹⁷ Ver **JARAMILLO**, Carlos Ignacio. “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil...”, 148.

no existe un litisconsorcio pasivo necesario²¹⁹. Ahora bien, aclaro que ésta última postura se fundamenta en que en España -al igual que en Perú- la norma positiva establece que entre el asegurado y el asegurador existe solidaridad frente al tercero lesionado -cosa de la que me ocuparé en el siguiente apartado- por lo que añade:

El sujeto pasivo de la relación obligatoria es, en este caso, por definición, el asegurador. Ciertamente el acreedor tiene también un derecho contra el causante del daño, pero ahora nos interesa la llamada “acción directa”, que se dirige precisamente contra el asegurador al ser considerado éste *como deudor solidario de la obligación del asegurado*, el tercero puede ejercitar su acción contra cualquiera de los deudores solidarios (asegurado y asegurador) o contra los dos conjuntamente (artículo 1.142 del Código Civil²²⁰, en relación con el art 156 de la LEC²²¹). De forma que, como viene afirmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *podrá demandar el perjudicado o sus herederos únicamente al asegurador*²²².

Considero que cuando la acción directa se adopte en todas las modalidades de seguro de responsabilidad civil en Ecuador debe seguirse una regla al estilo colombiano, ya que es insostenible que el asegurador deba ser condenado sin haberse establecido antes la responsabilidad del asegurado. En mi opinión, en el ejercicio de la acción directa, se debe contar, siempre y en todos los casos, con el concurso del asegurador y del asegurado -litisconsorcio necesario-, lo que permitirá a la aseguradora oponer contra

²¹⁸ Para **MANUEL DE LA PLAZA** «[...] se produce litisconsorcio necesario siempre que por la naturaleza de la relación material que en el proceso se actúa, los litigantes están unidos de tal modo que a todos afecte la resolución, que en él pueda dictarse [...]». (**DE LA PLAZA**, Manuel. “Derecho Procesal Civil” (Madrid. 1951). Vol. I., 297). **ALEJANDRO ROMERO SEGEL** apunta que «[...] el litisconsorcio denota la presencia de varias personas actuando en un proceso en una misma posición de parte, las que por obligaciones, derechos o intereses comunes están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente única [...]». (**ROMERO SEGEL**, Alejandro. El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho. Vol. 25. Nº. 2. 1998, 387). Definiciones de este tipo permiten a la española **MARÍA ENCARNACIÓN DÁVILA MILLÁN** afirmar que «[...] el litisconsorcio necesario, más que una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial y, por eso precisamente los códigos procesales aunque se hacen cargo de él, no formulan a priori, cuáles son los casos en que el litisconsorcio necesario se produce [...]». (**DÁVILA MILLÁN**, María Encarnación. “Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal”. (Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, España. Segunda Edición. 1992), 51).

²¹⁹ **SÁNCHEZ CALERO**, Fernando. “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”, 81.

²²⁰ Código Civil español. Art. 1142: «El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago».

²²¹ **SÁNCHEZ CALERO** escribió este artículo en 1997 cuando aún se hallaba vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 03 de Febrero de 1881 que en su Art. 156 decía «[p]odrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir». Esa Ley fue derogada en el año 2000 por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 publicada en el BOE - Boletín Oficial del Estado- el 08 de Enero de 2000), que en su Art. 12.1 dice que «[p]odrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir [...]».

²²² **SÁNCHEZ CALERO**, Fernando. “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”, 86. (Énfasis añadido).

el tercero las excepciones que la ley le conceda, que deben ser sólo las surgidas hasta antes del siniestro, ya que el derecho de la víctima nace el momento del daño, motivo por el cual las excepciones producidas con posterioridad no pueden serle opuestas²²³, pues:

La demanda directa en contra del asegurador con vinculación del asegurado, es una alternativa más práctica, y hace honor al principio de la economía procesal. Facilita que en un sólo proceso se resuelvan distintas pretensiones acumuladas pero conexas entre sí: la de la víctima en contra del responsable (asegurado o no), la de la víctima en contra del asegurador, y la del asegurado responsable en contra de su asegurador. Esta decisión amplía las posibilidades de la víctima de ser indemnizada integralmente y garantiza la plena efectividad del seguro de responsabilidad, pues se está amparando al asegurado en la protección de su patrimonio, y se estará indemnizando a la víctima, funciones del seguro de responsabilidad, que se verán satisfechas en un solo proceso²²⁴.

3.2.4. ¿ES LA ASEGURADORA DEUDORA SOLIDARIA CON EL ASEGURADO FRENTE AL TERCERO DAMNIFICADO?

La respuesta a esa pregunta depende de a quién y dónde la hagamos. La generalidad de juristas nos dirán que no existe tal solidaridad pues ésta requiere de la existencia de un contrato que la estipule, de un testamento que la establezca o de una ley que la declare, principio general que rige en todas las legislaciones analizadas en esta tesis y que en Ecuador está prescrito en el Art. 1527 del Código Civil²²⁵. La mayoría de esas legislaciones no han previsto la solidaridad entre la aseguradora y el asegurado frente al tercero. La excepción viene dada por España y Perú. En España la posibilidad de establecer solidaridad por la deuda frente al tercero del asegurado y del asegurador fue defendida a tal extremo por la doctrina y la jurisprudencia que, al promulgarse la Ley de Contrato de Seguro de 1980, se la contempló en forma expresa. En efecto, dicha ley señala que la obligación que tienen la aseguradora y el asegurado frente al tercero damnificado tiene por objeto la misma prestación y que cumple la misma función de resarcimiento, por lo que entre ellos son solidariamente responsables del pago.

Por otro lado, en el año 1984, con ocasión de la elaboración de nuevo y altamen-

²²³ Ver CORRALES AGUDELO, Lina María. “La acción directa en el seguro de responsabilidad”. Artículo tomado de internet el 09 de noviembre de 2015. Disponible en <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/downloadSuppFile/1286/71>.

²²⁴ MESA CALLE, María Cecilia. “Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil”. (Artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Núm. 22. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.).

²²⁵ Código Civil ecuatoriano: «En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o *in sólido*.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley».

te estructurado Código Civil peruano -en cuya redacción se aplicaron rigurosamente las más depuradas doctrinas y legislaciones americanas y europeas del momento-, sus redactores (en particular el ilustre jurista peruano doctor **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA**, encargado de preparar la parte pertinente a la “responsabilidad extracontractual”, hoy contenida en la Sección Sexta del Libro VII de ese Código) conscientes de la importancia de otorgar al tercero perjudicado herramientas que le garantizaran la reparación del daño experimentado por parte del asegurador del responsable, consagraron en el artículo 1987 la institución de la acción directa y la solidaridad entre aseguradora y asegurado²²⁶. Esa norma dice que «[l]a acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste».

Mi opinión es que el asegurado no puede ni debe ser solidariamente responsable con la aseguradora, pues la solidaridad implica que cada deudor está obligado a cubrir la totalidad de la deuda con derecho a subrogarse en las facultades del acreedor y por ende a repetir contra los demás. Mas la aseguradora no es responsable de la totalidad de la obligación adquirida por el asegurado, sino tan sólo del monto límite de la cobertura marcada en la póliza; además, la solidaridad exige que el acreedor demuestre la existencia de la obligación para obligar a uno de los deudores a pagar, siendo que la ley autoriza a la acreedora a demostrar que el siniestro pudo deberse a dolo o culpa grave del asegurado, en cuyo caso queda exonerada del pago, con lo que se rompe el principio solidario. Razones por las que estimo es un error dar el carácter de solidaria a la acreencia del tercero.

3.2.5. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD

Las legislaciones que se han ocupado de regular la acción directa del tercero otorgan, todas ellas, regímenes de prescripción -entendida como medio de extinguir acciones judiciales- que siguen regulaciones similares pero con matices. Así, en Argentina el Art. 58 de la Ley de Seguros establece que «[l]as acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible». Ahora, la aplicación de esta norma al régimen de la acción del tercero en el seguro de responsabilidad civil ha sido cuestionada por la doctrina con el

²²⁶ Ver **JARAMILLO**, Carlos Ignacio. “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil...”, 133.

argumento que el perjudicado no funda su derecho en el contrato de seguro de responsabilidad sino en el daño que recibió²²⁷. El Código de Comercio de Colombia contiene una norma específica que regula la prescripción de la acción directa, en el artículo 1131, que dice «[e]n el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima formula la petición judicial o extrajudicial», disposición que nos redirige al Art. 1081 del mismo Código que dice:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO argumenta que la prescripción ordinaria no resulta aplicable a la acción directa de la víctima contra el asegurador en consideración a que dicha prescripción es de naturaleza subjetiva y parte del conocimiento real y presunto del interesado, situación ésta que en ningún momento es advertida en el artículo 1131, por lo que a su juicio la prescripción aplicable a la acción del tercero es la extraordinaria²²⁸. El mismo jurista, en su calidad de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, elaboró la ponencia de una sentencia de casación de esa Corporación que dice:

Es dentro de este contexto, que adquiere singular importancia la referencia expresa que el comentado artículo 1131 hace en punto al momento en que “acaezca el hecho externo imputable al asegurado”, para establecer la ocurrencia del siniestro y, por esta vía, para determinar que es a partir de ese instante, a manera de venero, que “correrá la prescripción respecto de la víctima” habida cuenta que cotejada dicha mención con el régimen general del artículo 1081, *resulta más propio entender que ella alude a la prescripción extraordinaria en él consagrada*, a la vez que desarrollada, ya habiendo fijado como punto de partida para la configuración de la prescripción de la acción directa de la víctima, la ocurrencia misma del hecho generador de la responsabilidad del asegurado- el siniestro-, *es claro que optó por un criterio netamente objetivo, predicable sólo, dentro del sistema dual de la norma en comentario, como ya se señaló, a la indicada prescripción extraordinaria, ya que la ordinaria, como también en precedencia se indicó, es de estirpe subjetiva*, en la medida en que se hace depender del “conocimiento” real o presunto del suceso generador de la acción, elemento este al que no aludió la primera de las normas aquí mencionada, ora directa, ora indirectamente, aspectos que, por

²²⁷ Ver *Ibíd.*, 156.

²²⁸ Ver *Ibíd.*, 157.

su relevancia, debe ser tomado muy en cuenta. En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, *previó que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria*, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. Por consiguiente resulta meridiano que aún cuando los cánones 1081 y 1131 del código de comercio, deban interpretarse conjunta y articuladamente según se evidenció, tampoco es menos cierto que el segundo de ellos, al fijar como único perceptor de la prescripción de la acción directa de la víctima en un seguro de responsabilidad, la ocurrencia misma del siniestro, pudiendo haber tomado otra senda o camino, *optó por la prescripción extraordinaria que, por contar con un término más amplio- cinco años-, parece estar más en consonancia con el principio bienhechor fundante de dicha acción* que, como se señaló en breve, no es otro que la efectiva y real protección tutelar del damnificado, a raíz del que da base al advenimiento del hecho perjudicial perpetrado por el asegurado, frente al asegurador, propósito legislativo que, de entenderse que la prescripción aplicable fuera la ordinaria de dos años, por la brevedad del término, en compañía de otras vicisitudes, podría verse más comprometido, en contravía de su plausible y genuina teología²²⁹.

Mi opinión: al ser ésta una acción especial no debe estar sujeta al régimen ordinario del Art. 2415 del Código Civil²³⁰, porque es demasiado extenso y podría suceder que en su curso el contrato entre la aseguradora y el asegurado termine y pueda perderse buena parte de la información que lo sustenta. Tampoco me agrada la idea de un plazo de prescripción demasiado corto, como de un año, al estilo argentino. Pienso que un plazo de prescripción prudente podría ser de entre tres y cinco años, aplicando por analogía reglas propias de la prescripción de las acciones ejecutivas contra el aceptante de las letras de cambio²³¹ o de las acciones ejecutivas generales del mismo Art. 2415; analogía que considero es posible realizar porque un sector de la doctrina ha visto en la acción directa del tercero una vía ejecutiva²³².

3.3. BASE LEGAL Y PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA EL ASEGURADOR

²²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Civil. Sentencia del 29 de Junio de 2007. Con ponencia del Magistrado **CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**. Énfasis añadido.

²³⁰ Código Civil ecuatoriano. Art. 2415: «Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias».

²³¹ Código de Comercio ecuatoriano. Art. 479: «Todas las acciones que de la letra de cambio resultan contra el aceptante, prescriben en tres años contados desde la fecha del vencimiento [...]».

²³² Quienes tal tesis defienden aseveran que la acción directa es una medida de carácter ejecutivo porque constituye una medida de refuerzo del crédito utilizable en el momento de su ejecución; además, porque, en oposición a la acción oblicua, reporta una serie de beneficios como el ahorro de actividad procesal con la consiguiente reducción de los plazos para el cobro del crédito, etc. (Ver **RODRÍGUEZ MORATA**, Federico. Obra citada, 83).

La acción directa a la víctima es una de las principales manifestaciones de la evolución del seguro de responsabilidad, de ahí que muchas legislaciones, con distintos matices, la han aceptado en forma amplia y general. Otras legislaciones la han establecido para los seguros obligatorios o solo para alguno de ellos, tal como acontece en Venezuela y Brasil. Un solo país ha concedido la acción directa para los eventos de fuga, impedimento o muerte del asegurado (Bolivia). Finalmente, un grupo reducido de naciones no la reconocen.

3.3.1. ARGENTINA Y PARAGUAY

El inciso segundo del Art. 118 de la Ley de Seguro argentina dice:

El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil.

Citación del asegurador

El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Cosa juzgada

La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos.

Esta norma emplea similar denominación tanto para referirse a la acción del tercero como a la potestad del asegurado de pedir la comparecencia a juicio de su aseguradora -el llamamiento en garantía-. Es claro que el inciso segundo (citación al asegurador) consagra una acción directa y no un llamamiento en garantía pues «[s]i bien no hay una opinión unánime sobre el particular, la mejor doctrina opina que este instituto procesal constituye una acción directa [...] Es decir, que el tercero reclamante no puede demandar en forma directa y exclusiva al asegurador de la responsabilidad civil del responsable del daño [...]»²³³, pues debe formular su demanda, además, contra el asegurado. El principal defensor de la tesis que esta norma admite la acción directa bajo la errada denominación de “citación en garantía del asegurador” es **HALPERIN**, quien sostuviera que el damnificado tiene una acción directa contra el asegurador del responsable civil. En efecto, el mencionado autor expresaba que «[...] en nuestra materia, el privilegio que reconoce el artículo 118, párr. 1o, cit., que más que privilegio es exclusión del asegurado de la indemnización debida por el asegurador, lleva necesariamente al reme-

²³³ **MEILLJ**, Gustavo Raúl. “Manual de Seguros”. (Ediciones Depalma. Tercera Edición. Buenos Aires. Argentina. 1998), 113.

dio procesal idóneo para hacerlo valer, y este medio idóneo es la acción directa contra el asegurador, que la ley denomina en forma atécnica, de citación en garantía»²³⁴.

El Código Civil paraguayo en el Art. 1652 trae una disposición similar al Art. 118 de la Ley de Seguros argentina.

3.3.2. BOLIVIA

El Código de Comercio del año 1978 incorpora una norma dedicada a esta institución, que en mi opinión es altamente limitante, ya que concede la acción directa sólo en caso de fuga, impedimento o muerte del asegurado. Es el Art. 1090 que dice:

En el seguro de responsabilidad, el tercero damnificado puede, en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte del asegurado, ejercer acción contra el asegurador como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina de responsabilidad del asegurado para percibir la suma correspondiente. En caso de muerte, sus herederos percibirán la indemnización que corresponda.

3.3.3. BRASIL

El Código Civil brasileño de 2003 -el más joven de América Latina- dedica, en el capítulo que disciplina el contrato de seguro, dos normas específicas al seguro de responsabilidad civil, en los artículos 787 y 788, por los cuales crea dos modelos de seguro de responsabilidad civil, el facultativo (Art. 787) y el obligatorio (Art. 788), pero sólo en este último concede la acción directa del tercero contra la aseguradora²³⁵. El Art. 788 del Código brasileño dice:

En los seguros de responsabilidad legalmente obligatorios, la indemnización del siniestro será pagada por el asegurador directamente al tercero perjudicado.

Demandado en acción directa por la víctima del daño, el asegurador no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido por el asegurado, sin promover la citación de éste para intervenir en la contienda^{236 y 237}.

²³⁴ HALPERIN, Isaac. “La Acción Directa de la Víctima contra el Asegurador del Responsable Civil del Daño”, 73.

²³⁵ Ver BECHARA SANTOS, Ricardo. “Seguro de responsabilidad civil – Acción directa del tercero contra la aseguradora – Admisibilidad en el seguro obligatorio e inadmisibilidad en el facultativo – Nuevo Código Civil brasileño – Breves referencias a la nueva Ley portuguesa de seguros”. (Artículo publicado en la Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, N°. 136, 2008 (Ejemplar dedicado a: III Congreso Hispano Luso de Derecho de Seguros). Págs. 761-777).

²³⁶ La redacción original de esta norma en lengua portuguesa es «*Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.*

Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

²³⁷ RICARDO BECHARA SANTOS nos informa, además, que «[g]uardadas las debidas particularidades y

3.3.4. CHILE

El Código de Comercio de Chile no contemplaba la posibilidad que el tercero reclamara nada a la aseguradora en forma directa hasta el año 2013, cuando fue reformado, mediante Ley No 20.667. Esa reforma no estableció en forma expresa la facultad de la víctima de un daño para deducir una acción contra el asegurador del asegurado responsable. Sin embargo, destacados juristas chilenos opinan que hay una concesión implícita de esa acción a partir de 2013, pues:

[...] las instituciones jurídicas no siempre se contienen de manera explícita en los textos normativos, y debe ser el intérprete, doctrinal o judicial, el que las descubra implícita pero claramente exigidas por la misma lógica y armonía de las reglas legales. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido con la ley No 20.667 que, aunque no consagró una norma específica para la acción directa, contiene elementos normativos que permiten deducir clara y categóricamente que la institución ha sido recepcionada (sic) [...] ²³⁸.

Esta interpretación se fundamenta en el texto del Art. 570 reformado del Código de Comercio chileno que dice:

Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza.

En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento.

De acuerdo con la doctrina chilena de esta norma se infiere que la obligación que nace del contrato no es la de pagar al asegurado aquello en lo que se condenó a indemnizar al tercero, sino directamente resarcir a ese tercero del daño causado por el asegurado. «La situación es bastante similar a la que se dio en Francia después de la ley de 13 de julio de 1930, y en el que la doctrina y la jurisprudencia reconocieron la acción directa de manera implícita de un solo artículo que obligaba al asegurador de responsabilidad a pagar la indemnización al tercero perjudicado y no al asegurado»²³⁹.

detalles, la recién editada ley portuguesa de seguros (Decreto-Ley No. 72/2008), con vigencia prevista para enero de 2009, está en línea con el Código Civil Brasileño, en la medida en que, igualmente, sólo admite la acción directa del tercero en los seguros de responsabilidad civil legalmente obligatorios, en el supuesto de que, en dichos seguros, hechos obligatorios en virtud del tenor de socialidad, la ley así lo hizo específicamente con la finalidad de proteger al lesionado [...]». (BECHARA SANTOS, Ricardo. “Seguro de responsabilidad civil – Acción directa del tercero contra la aseguradora...), 774.

²³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”, 407.

²³⁹ *Ibid.*, 408.

3.3.5. COLOMBIA

Hasta 1990 el Código de Comercio no contemplaba a la acción directa. Eso cambió con la Ley 45/90, cuyo artículo 87 reformó al 1133 del Código, que en tal virtud ahora dice «[e]n el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 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». De acuerdo con el mentado Art. 1077 corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso, lo que traído al caso de la acción directa implica que a éste incumbe probar el siniestro y la cuantificación del daño sufrido.

3.3.6. ESPAÑA

La Ley de Contrato de Seguro, de 08 de octubre de 1980 establece, en el Art. 76:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado, o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Resalta en esta disposición que el tercero perjudicado, pasa a ser titular de una acción directa y autónoma contra el asegurador, con la expresa limitación para este último, de no poder oponerle las excepciones derivadas del contrato de seguro que podría haber opuesto al asegurado. Además, obliga al asegurado a proveer al tercero y a sus herederos toda la información relativa a la existencia del contrato.

3.3.7. ITALIA

El Código Civil italiano (*Codice Civile*) de 1942, en su Art. 1917 dice:

En el seguro de responsabilidad civil el asegurador está obligado a tener indemne al asegurado de cuanto éste, como consecuencia del hecho acaecido durante el tiempo del seguro, deba pagar a un tercero, dependiendo de la responsabilidad deducida en el contrato. Quedan excluidos los daños derivados de hechos dolosos.

El asegurador tiene facultad, previa comunicación al asegurado, de pagar directamente al tercero perjudicado la indemnización debida, y ésta obligado al pago directo si el asegurado lo reclama.

Los gastos soportados para oponerse a la acción del perjudicado contra el asegu-

rado son a cargo del asegurador dentro de los límites de la cuarta parte de la suma asegurada. Sin embargo, en el caso en que deba al perjudicado una suma superior al capital asegurado, las costas judiciales se reparten entre asegurador y asegurado en proporción del respectivo interés.

El asegurado, demandado por el perjudicado puede llamar en causa al asegurador²⁴⁰.

Esta norma obliga a la aseguradora a pagar al tercero la indemnización si el asegurado así lo pide. Además, faculta al asegurado a ejercer el llamamiento en garantía, cosa que se abordará en el siguiente capítulo.

3.3.8. MÉXICO Y CENTROAMÉRICA

El Derecho de Seguros mexicano fue el primer sistema positivo que consagró la institución de la acción directa. Lo hizo en el Capítulo V del Título Segundo (“Contratos de seguro contra los daños”) destinado a reglar el “seguro contra la responsabilidad”. El Art. 147 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro dice:

El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.

En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio.

Es clara la adopción de la acción directa en el derecho mexicano, toda vez que *ipso iure* otorga al tercero damnificado un derecho propio, autónomo y principal sobre la indemnización a cargo de la entidad aseguradora, el que incluso, llegado el momento, es transmisible por vía hereditaria. Se califica al tercero *de beneficiario del seguro*, calidad que reitera la naturaleza del precitado derecho radicado en el perjudicado, el cual surge, según el mismo texto legal, una vez se materialice el siniestro. El Art. 147 de la legislación mexicana del contrato de seguro fue adoptado textualmente por Honduras en el año 1950, en el Art. 1211 del Código de Comercio. Lo propio debe decirse tanto de la legislación de Guatemala, habida cuenta de que el contenido del inciso primero del Art.

²⁴⁰ El texto en lengua italiana dice «*Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.*

L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede.

Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse.

L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore»

147 mexicano, prácticamente al pie de la letra, fue acogido por el segundo inciso del Art. 986 del Código de Comercio guatemalteco de 1970; como también en El Salvador, en razón de que en el Art. 1428 de su Código de Comercio de 1970, salvo cambios menores, se consignó el contenido de la norma mexicana. Por consiguiente, México, Honduras, Guatemala y El Salvador, tienen en la actualidad, básicamente, el mismo precepto referente a la acción directa.

3.3.9. PERÚ

Mencioné antes que el Art. 1987 del Código Civil peruano de 1984 estableció la acción indemnizatoria del tercero contra el asegurador por el daño, asegurador que debe responder solidariamente con el responsable directo. Así pues, partir de esa fecha, quedó ya consagrada en la legislación de Perú la acción directa del tercero. Luego, en la novísima Ley del Contrato de Seguro (promulgada el 06 de noviembre de 2012 y que entró en vigencia en mayo de 2013 debido a que se estableció un periodo de gracia de ciento ochenta días para su aplicación), citada en otros lugares de esta tesis, se ratificó ese principio, en el Art. 110, que dice «[e]l tercero víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda».

3.3.10. UNIÓN EUROPEA

JOAQUÍN GARRIGUES apunta que el derecho comunitario reconoció la acción directa del tercero en el Convenio del Consejo de Europa de Estrasburgo de 20 de abril de 1959, en el que se recomendaba la introducción del seguro obligatorio de responsabilidad civil de forma tal que estableciera que «[...] la persona lesionada posee un derecho propio contra el asegurador» (Art. 6 del primer anexo). Como precedente tuvo importancia el anteproyecto del Instituto Nacional para la Unificación de Derecho Privado - UNIDROIT- titulado *Unification internationale en matiere de responsabilité civile et d'assurance obligatoire des automobilistes*. Este anteproyecto, preparado en los años 1935-1937 decía en su artículo 6.1 que «[e]l seguro de responsabilidad civil contratado para un vehículo automóvil confiere al lesionado una acción directa contra el asegurador en los límites de las sumas aseguradas por el contrato, dejando a salvo la excepción prevista por el artículo 8». Este artículo 8, en su apartado primero, consentía a los Estados que en lugar de la acción directa establecieran «un privilegio legal de primer rango en favor del lesionado sobre la indemnización debida por el asegurador»²⁴¹.

²⁴¹ Ver GARRIGUES, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”, 412.

Años más tarde se emitió el Reglamento de Bruselas I (Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), aplicable a todos los miembros de la UE, cuyos Arts. 8, 9 y 10²⁴² permiten plantear acción directa ante los siguientes tribunales:

a) Los del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso (Art. 10), esto es, los del accidente. En tal caso la competencia judicial internacional delimita la competencia territorial interna.

b) Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se halle domiciliado el asegurador (Art. 9.1, a)). En estos supuestos la acción directa podía plantearse ante los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre situada la sucursal, la agencia o el establecimiento secundario del asegurador, tanto si el establecimiento principal de la entidad aseguradora está localizado en un Estado miembro como si no es así (Art. 8); y,

c) Los tribunales del Estado miembro del domicilio del tomador del seguro, del asegurador o de un beneficiario, siempre que estos sean demandantes (Art. 9.1, letra b)). Este fuero se previó específicamente para las partes del contrato de seguro (es decir se lo pensó para que el tomador, el asegurado o el beneficiario puedan demandar a la aseguradora ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de ésta o, también, podía acudir ante los del Estado miembro de su propio domicilio. Al permitirse esta posibilidad que el actor elija donde demandar se dio reconocimiento legal a la teoría del “foro de ataque”^{243 y 244}.

²⁴² Reglamento de Bruselas I: «Artículo 8: En materia de seguros, se determinará la competencia con arreglo a las disposiciones de la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5”.

“Artículo 9: 1. El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado: a) ante los tribunales del Estado miembro donde tuviere su domicilio; o, b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el demandante; o c) si se tratare de un coasegurador, ante los tribunales del Estado miembro que entendiere de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

2. Cuando el asegurador no estuviere domiciliado en un Estado miembro pero tuviere sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerará, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro”.

“Artículo 10: El asegurador podrá, además, ser demandado ante el tribunal del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso cuando se tratare de seguros de responsabilidad o de seguros relativos a inmuebles. La misma regla será de aplicación cuando se tratare de seguros que se refieren a inmuebles y a bienes muebles cubiertos por una misma póliza y afectados por el mismo siniestro”.

²⁴³ Ver IRIARTE ÁNGEL, José Luis y MARTA CASADO ABARQUERO. “La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario”. (Fundación MAPFRE. Instituto de Ciencias del Seguro. 2013), 27 y 28.

Finalmente, el Reglamento de Roma II (Reglamento (CE) N.º 864/2007 aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 11 de julio de 2007, en vigencia a partir del 11 de enero de 2009, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) se ocupa expresamente de la acción directa en su Art. 18 que dice que «[l]a persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro». Resuelve el viejo debate que se daba en Europa respecto a sí «[...] la acción directa entra dentro del ámbito de la ley extracontractual o pertenece al régimen de los seguros, siguiendo una nota común en los modelos de Derecho comparado [...]»²⁴⁵. La solución pasó por aplicarse ambas, como se puede apreciar de la lectura del Art. 18. La razón de ello es que por un lado, se busca fortalecer a la acción directa como un instrumento más para garantizar la reparación del daño; y, por otro, para que haya coherencia con las normativas internas de los estados miembros de la Unión a los seguros obligatorios, que llevan siempre aparejada esta acción. La aplicación de ambos reglamentos denota que la Unión Europea mira a la acción directa como un derecho sustancial y no como una mera facultad procesal: no importa dónde el tercero demande, en qué fuero o ante qué tribunal, ni tampoco se plantea su reclamación con base en responsabilidad extracontractual o ligada al contrato de seguro mismo, lo relevante es que pueda hacerlo y que reciba la reparación a que tiene derecho. Se reitera así la aceptación europea de la doctrina del foro de ataque para la protección de consumidores y de terceros lesionados. Un ejemplo a seguir.

3.3.11. ECUADOR

La esencia de esta tesis es abogar porque en nuestro país se introduzca la acción directa a favor del tercero damnificado en contra de la aseguradora de responsabilidad civil. Debo reconocer que se dio un primer paso en tal orientación con la reglamenta-

²⁴⁴ La posibilidad que tiene el actor de elegir entre más de un lugar donde presentar su demanda es lo que la doctrina ha venido denominando como “foros de ataque”. Se los emplea en casos de asimetría entre las partes, como en el caso del Derecho del Consumidor o de seguros, en beneficio de la parte más vulnerable de la relación. Dado que busca proteger a la parte débil, los foros de ataque no están a disposición de, por ejemplo, las aseguradoras, quienes para demandar al asegurado siempre deberán hacerlo en el domicilio propio del demandado.

²⁴⁵ JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”. (Artículo publicado en la Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados. N.º. 140, 2009. (Ejemplar dedicado a: El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (reglamentos "Bruselas I, Roma I y Roma II")). Págs. 741-742.

ción que se implementó para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT. En el Art. 368 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (Registro Oficial Suplemento 731 de 25 de junio de 2012) se disponía:

Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado, o sus derechohabientes, o los centros hospitalarios, según el caso, tendrán acción directa contra la aseguradora del vehículo a motor que esté involucrado en el accidente, o contra el FONSAT, hasta el límite asegurado por el SOAT, sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan. Dentro del margen de los límites del SOAT, la empresa de seguros y el FONSAT no podrán oponer al perjudicado otras excepciones que las estipuladas en este reglamento.

Para el cumplimiento de las coberturas previstas por el SOAT, no se podrá exigir a los beneficiarios la resolución previa de ningún trámite judicial o administrativo. (Los resaltados me pertenecen).

Sin embargo, el SOAT fue suprimido por la reforma a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial publicada en Registro Oficial Suplemento 407 de 31 de Diciembre del 2014. Por dicha reforma y con el fin de garantizar la protección de los usuarios del sistema vial nacional se creó en sustitución del SOAT el Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito, SPPAT, administrado por una entidad pública y que se rige en base a las normas y condiciones que se establezcan en el reglamento respectivo²⁴⁶. Es una especie de pseudo-seguro social automotriz obligatorio, pues no persigue que los propietarios de vehículos contraten una póliza privada, sino que, anualmente, paguen una tasa al Estado por el servicio de cobertura de lesiones por accidentes que éste preste a través del Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito²⁴⁷.

Por esta normativa toda persona víctima de accidente de tránsito ocurrido en el territorio nacional tiene plenos derechos a acceder a los servicios del SPPAT y no se le podrán oponer exclusiones de ninguna naturaleza, salvo las que expresamente se indiquen en su Reglamento; así mismo, el Estado, a través del Sistema, asume los gastos de las personas víctimas de accidentes de tránsito, conforme las condiciones y límites que se establezcan en el mismo reglamento. Finalmente, es importante tener en cuenta que el SPPAT, no sustituye en ningún caso las responsabilidades civiles originadas por los causantes de los accidentes. En tal virtud, la acción directa contra la aseguradora que en

²⁴⁶ Reglamento que a la fecha (Noviembre de 2015) no existe.

²⁴⁷ Digo “pseudo-seguro” porque el SPPAT no es en rigor un seguro (aunque lleve por nombre tal), pues no comparte las características y elementos de esa institución; entre otros: no existe prima, ni póliza, tampoco selección del riesgo y menos aún trascendencia automática (posibilidad de reaseguramiento). Es quizá viable sostener entonces que el SPPAT es una institución diferente al seguro formal y que de éste sólo toma el nombre.

el Reglamento se preveía para el SOAT se tornó innecesaria y fue abolida por esta reforma. Ahora los afectados pueden acudir directamente a las coberturas estatales, que no se materializan en pagos sino en la prestación de servicios (médicos, por ejemplo), dejando a salvo el derecho del afectado para atacar judicialmente al agente causante del daño. El primer pávido intento de introducir en el país la acción directa duró apenas dos años.

Ecuador, en general, se ha mantenido al margen del avance doctrinario y normativo relativo a la acción directa del tercero, por lo que resulta tarea muerta buscarle acomodo en alguna cualquiera de las tendencias estudiadas, aunque quizá, por efecto del Reglamento al SOAT arriba comentado, podamos acércalo un tanto a la línea brasileña que otorga acción directa únicamente al tercero perjudicado en el caso de seguros obligatorios.

Este capítulo me permitió explicar de manera amplia la protección que el tercero tiene frente a la aseguradora; empero, ¿qué ocurre con el asegurado? Es decir, supongamos que el tercero, visto que no les forzoso demandar a la aseguradora o simplemente no lo hace porque desconoce de la existencia del seguro, ataca tan sólo al asegurado. En tal caso, ¿tiene éste último algún mecanismo para hacer valer sus propios derechos derivados de la póliza ante el tercero? En otras palabras, ¿la protección especial que la doctrina ha creado para el tercero le es exclusiva o el asegurado goza también de algún escudo legal que lo ampare de los resultados de un juicio que contra él se entable por causa del siniestro? En el siguiente capítulo abordaré estas cuestiones al analizar el llamamiento en garantía, el segundo de los núcleos duros de este trabajo.

CAPÍTULO CUARTO

EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN ECUADOR

4.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Si la acción directa es un atributo del tercero que le permite dirigirse contra la aseguradora, el llamamiento en garantía (también llamado citación en garantía o denuncia del pleito) es una facultad que algunas legislaciones conceden *al asegurado* que, viéndose demandado en soledad, desea que su aseguradora de responsabilidad civil comparezca al pleito para que ésta asuma, dentro de los límites del contrato, el costo del proceso -las costas judiciales son parte de la cobertura de responsabilidad civil, salvo que se haya pactado lo contrario- así como el de la condena que, eventualmente, contemple la sentencia. En algunas legislaciones, como la colombiana, el llamamiento en garantía es una institución anterior a la acción directa pues, hasta el establecimiento de ésta mediante la Ley 45/90,

[...] la única posibilidad de vincular al asegurador al proceso indemnizatorio promovido por la víctima, era el llamamiento en garantía que formulara el asegurado demandado, institución aquella de naturaleza procesal por medio de la cual se provoca la intervención forzada de un tercero con quien el llamante tiene una relación de garantía de orden legal o contractual, por cuya virtud puede exigir del citado el reembolso, total o parcial, de lo que tuviere que pagar al demandante en cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria que en su contra llegue a proferirse [...] ²⁴⁸.

El llamamiento en garantía no es una figura exclusiva del derecho procesal de seguros en particular, sino que está contemplada como un elemento del derecho procesal general, pues puede presentarse en cualesquier tipo de juicio -en especial en los que versan sobre litigios contractuales y patrimoniales-, cuando cualquiera de las partes so-

²⁴⁸ VÉLEZ GAVIRIA, Piedad Cecilia. “El ejercicio de la acción directa en Colombia - sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil”. (Artículo publicado en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. N°. 38. Bogotá. 2013, 209-225), 217.

licita al juez, durante el período de contestación a la demanda, la citación de un tercero no demandando con quien tiene una relación jurídica de naturaleza obligacional que le permite obtener de éste una indemnización del perjuicio que pueda llegar a sufrir con el proceso. El procesalista colombiano **JAIME AZULA CAMACHO** lo define diciendo que:

El llamamiento en garantía se presenta cuando cualquiera de las partes solicita al funcionario judicial la citación de un tercero con quien tiene una relación sustancial o material de carácter real o personal (legal o contractual) que lo habilita para obtener de este la indemnización del perjuicio que pueda sufrir, o el reembolso total o parcial de la cantidad de dinero a que sea condenado a pagar en la sentencia que se profiera en el proceso²⁴⁹.

En opinión de la Corte Constitucional de Colombia:

El llamamiento en garantía surge como consecuencia de una relación de carácter legal o de una relación contractual, verbigracia cuando se trata de aquellas reclamaciones cuya causa es el contrato de seguro. En este orden de ideas el llamamiento en garantía corresponde a “(...) una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante”²⁵⁰. (Las cursivas están en el original).

El llamamiento en garantía es *uno* de los casos de intervención forzada de terceros reconocidos por el Derecho Procesal comparado²⁵¹ que, según señala la Sala Políti-

²⁴⁹ **AZULA CAMACHO**, Jaime. “Manual de Derecho Procesal” (Editorial Temis. Décima Edición. 2010), Tomo II, Parte General, 85.

²⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-170 de 19 de marzo de 2014.

²⁵¹ De esta afirmación se desprenden dos inferencias: **1)** La primera, que existe también una intervención *voluntaria* de terceros en juicio. Intervención que puede ser principal o adhesiva. En nuestro medio la intervención principal corresponde a la del tercero interesado, regulada en el Art. 492 del Código de Procedimiento Civil que dice: “[e]n cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La reclamación del tercero se sustanciará como incidente, sin perjuicio de lo establecido en los párrafos siguientes, respecto de las tercerías». Al ser un incidente dentro del juicio, en principio, se entendería debe aplicarse el Art. 1015 del mismo Código: «[e]l juez que conozca el juicio, tramitará verbal y sumariamente todo incidente o reclamación, inclusive la rendición de cuentas del depositario, en cuyo caso, sin perjuicio de aplicar lo dispuesto por el Art. 141 de la Ley Orgánica de la Función Judicial si hubiere culpabilidad del depositario, ordenará su detención y le pondrá inmediatamente en conocimiento del agente fiscal competente»; no obstante, hallo complejo justificar un incidente verbal sumario en, por ejemplo, un juicio ejecutivo o en uno de orden contencioso-administrativo, considerando que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Sobre la intervención voluntaria principal del terceros el Art. 46 del COGEP legisla en forma similar al Art. 492 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, la intervención adhesiva corresponde a las llamadas tercerías coadyuvante y excluyente. Los casos de intervención forzada de terceros son muy escasos. Más adelante abordaré brevemente un par de ellos que encontramos en nuestra legislación positiva; y, **2)** La segunda, que existen, además del llamamiento en garantía, otros casos de intervención forzosa de terceros en el juicio. Estos son:

a) La “intervención ad excludendum”: Es una figura por medio de la cual se admite en un proceso la intervención principal de un tercero cuya pretensión es la cosa o el derecho controvertido en todo o en

co Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia 588 de 04 de junio de 2013, tiene por objeto traer al pleito y convertir en parte de él a una persona en principio extraña pero que, en razón de sus relaciones jurídicas sustantivas con una o ambas partes, por causa de la comunidad o conexión de títulos debatidos, puede

parte, es decir, que quien interviene como tercero *ad excludendum* pretenden que se le reconozca el derecho sobre lo que las partes previamente estaban ya discutiendo en el proceso. El recién promulgado Código General del Proceso colombiano (Ley 1564 de 2012, en vigencia desde Enero de 2014) en su Art. 63 se refiere a esta institución y dice: «Quien en proceso declarativo pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca.

La intervención se tramitará conjuntamente con el proceso principal y con ella se formará cuaderno separado.

En la sentencia se resolverá en primer término sobre la pretensión del interviniente». Esta norma también figuraba, con redacción distinta, en el ya derogado Código de Procedimiento Civil de Colombia de 1970.

El Art. 49 del Código General del Proceso de Uruguay -que en buena medida es una reproducción del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica- dice: «Quien pretenda en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se la considere».

b) El llamamiento “*ex officio*”: El Art. 58 del Código de Procedimiento Civil de Colombia decía: «En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por 30 días [...]». En similar sentido, el Art. 54 del vigente Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988) declara que «[e]n cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el tribunal de oficio o a petición del Ministerio Público o de parte, ordenará la citación de las personas que puedan ser perjudicadas para que hagan valer sus derechos, pudiéndose, a tal fin, suspender el proceso hasta por cuarenta días»; y,

c) La demanda de coparte: Cuando en un juicio hay varios demandados y alguno de ellos tiene algún reclamo que formular a alguno de los otros en relación al asunto medular del proceso, puede deducir una acción contra sus co-demandados. la “demanda de la coparte” tiene como finalidad que en un mismo litigio pueda resolverse respecto de las controversias que eventualmente pudieren presentarse entre los demandados entre sí, sin necesidad de acudir a un nuevo proceso judicial a debatir lo que bien pudo resolverse en el mismo litigio donde fueron demandados. El Art. 1260 del Código Judicial de Panamá dice: «Si hubiere varios demandados, y alguno de ellos desee ejercer una pretensión en contra de otro de los demandados que se origine de la misma relación jurídica o de los mismos hechos que son objeto del proceso, el demandado reclamante podrá hacer valer sus derechos mediante la presentación del respectivo libelo.

El derecho que se confiere en el inciso anterior deberá ejercitarse presentando el correspondiente libelo antes de la apertura del negocio a pruebas.

Presentado oportunamente el escrito de la nueva demanda, se dará traslado al demandado por el término de cinco (5) días, y a partir de este momento todos los trámites serán comunes.

En la sentencia, cuando fuere pertinente, el Juez se pronunciará sobre las pretensiones aducidas con base en el derecho de demandar a la coparte, consagrado en este artículo».

A propósito de esa norma, en sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 03 de mayo de 1996, se lee: «La Corte observa que la advertencia en estudio surge dentro de un proceso en que se presenta una demanda de coparte. La misma puede ser definida, como el "mecanismo mediante el cual una de las partes, normalmente uno de los demandados -en los supuestos de pluralidad de partes- puede promover una demanda en contra de su co-parte, siempre que se ejerza una pretensión derivada del mismo evento o negocio que es objeto del proceso original o que se refiera a un bien que es objeto del proceso ... se traduce en una nueva relación procesal, en que el demandado sin perder su condición de tal, se convierte en actor en contra del otro demandado. Así el demandado, atacado por el demandante, se defiende de éste y a su vez contraataca, pero no al demandante en este caso sino al otro demandado." (FÁBREGA, Jorge. Estudios Procesales. Tomo I. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 1989, 452)».

verse afectada por los resultados del juicio o le compete la obligación de asumirlos:

Esta forma de intervención forzada se caracteriza por traer o llamar al debate judicial a una persona extraña al proceso para incorporarla de manera más o menos intensa al mismo, en vista de las peculiares relaciones de naturaleza sustantiva que tienen las partes o una de ellas con el tercero, originadas de comunidad o conexión de títulos con las que se debaten en juicio. (*Vid., sentencia de esta Sala N° 216 del 16 de febrero de 2011*)²⁵².

La intervención del tercero ocurre cuando éste tercia en el proceso formulando una pretensión principal, equiparable a la de las partes, lo que le quita su original condición de tercero y lo convierte, también, en parte del litigio²⁵³. La intervención *forzada* del tercero tiene como nota característica que éste es vinculado al juicio en contra de su voluntad, por el solo hecho de recibir la citación que ordena su comparecencia; citación que pudo ser pedida por alguna de las partes originales de la causa o decidida de oficio por el juez (llamamiento *ex-officio*). Al ser la intervención forzada una vinculación que opera incluso en contra de los designios del tercero es irrelevante, a partir del momento en que se produce su citación, si éste interviene activamente en el juicio o si, por el contrario, opta por una actitud pasiva, de mera contemplación, pues en cualesquier caso, la sentencia lo atará y obligará²⁵⁴. Así lo ha entendido la Corte Suprema colombiana:

[...] con el llamamiento en garantía la relación procesal en trámite recibe por lo general una nueva pretensión de parte que, junto con la deducida inicialmente, deben ser materia de la resolución en la sentencia que al respectivo proceso le ponga fin, sentencia que por tanto y en la medida en que sea de fondo respecto de ambas, hará tránsito a cosa juzgada por lo que toca con la relación material que liga al demandante inicial con su demandado, así como también con la existente entre el tercero citado y la parte que provocó el llamamiento. Se produce un evento de acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral, dando lugar a una modalidad acumulativa cuyos alcances precisa el Art. 57 del C. de P.C de modo tal que, "... una vez concluida la tramitación del proceso y aunque el [tercero] garante no se haya apersonado en él, el juez proferirá su decisión estudiando en primer término la relación sustancial existente entre demandante y demandado, y si encuentra que las pretensiones de aquél están llamadas a prosperar, procederá entonces a considerar las de el segundo con el garante ..."(G.J, t.CLII, pag. 147). [...]²⁵⁵.

²⁵² Sentencia 588 de 04 de junio de 2013 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

²⁵³ La intervención *voluntaria*, que es la que se efectúa por la libre y espontánea determinación del tercero. Puede ser principal o adhesiva. Como se indicó en una nota anterior, el Código Orgánico General de Procesos regula la intervención principal voluntaria del tercero en el Art. 46 que dice que «[p]or regla general, en todo proceso, incluida la ejecución, podrá intervenir una o un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La solicitud para intervenir será conocida y resuelta por la o el juzgador que conoce el proceso principal.

Se entiende que una providencia causa perjuicio directo a la o el tercero cuando este acredite que se encuentra comprometido en ella, uno o más de sus derechos y no meras expectativas».

²⁵⁴ Ver AZULA CAMACHO, Jaime, obra citada. Tomo I., 304.

²⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Colombia número dentro 4439 de

La citación en garantía es un tipo de intervención forzosa de un tercero, producto de la ley, mediante la cual una parte principal en un proceso puede solicitar al juez ordene la vinculación del tercero (el tercero llamado o denunciado), para que éste asuma el pago de los perjuicios que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial de las sumas a que fuere condenado como el resultado de la sentencia. A tal efecto, en la misma decisión el juez debe resolver respecto de la procedencia de la llamada, determinando si existe alguna obligación del llamado a favor del llamante²⁵⁶. De esto se comprende que las relaciones jurídico procesales que surgen entre el llamante y tercero llamado y aquella que existe entre el accionante y el demandado son disímiles entre sí; tanto, que la sentencia que imponga una condena al demandado llamante no necesariamente debe ser satisfecha por el tercero llamado, pues el juez no sólo debe resolver la controversia entre el actor y el demandado, sino también la suscitada entre el demandado y el llamado a causa del llamamiento en garantía, resolución que pasa por verificar si la misma es procedente, pues

[...] Con el llamamiento en garantía, tiene dicho la Corte, se suscita un “*evento de acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral, dando lugar a una modalidad acumulativa cuyos alcances precisa el art. 57 del C. de P.C.*” (Sent. 064 –3 del 12 de Julio de 1995), que conjuga dos relaciones materiales distintas. Por un lado, la que une al demandante con el demandado, y por el otro, la que liga al demandado con el llamado: “*la del demandante contra el demandado, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía a fin de que éste lo indemnice o le reembolse el monto de la condena que sufriere*” (Cas. Civ. del 28 de septiembre de 1977) [...] ²⁵⁷. (Las cursivas están en el original).

En consecuencia, la sentencia condenatoria para el tercero llamado será vinculante sólo si el demandado llamante demuestra la obligación de aquel de asumir las obligaciones de ese fallo. Es decir, el llamamiento en garantía no es tan sólo un mecanismo procesal de intervención obligada del tercero, sino que también es un acto de

12 de Julio de 1995, con ponencia del Doctor **CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHOLSS**.

²⁵⁶ El uso más genérico y antiguo del llamamiento en garantía se relaciona con las obligaciones solidarias. De acuerdo con el Art. 1527 de nuestro Código Civil hay obligación solidaria «cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible», lo que significa que puede haber solidaridad entre los acreedores y/o entre los deudores. El Art. 1530, por su parte, establece que «[e]l acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división», disposición entendida como la potestad del acreedor de reclamar la totalidad del pago de la obligación a uno solo de los deudores solidarios, sin que éste pueda oponerse a ello alegando la ilegitimidad en la causa de la parte pasiva; tal deudor en caso de verse forzado a pagar, tiene derecho a subrogarse en la obligación y con ello a repetir contra sus codeudores -Art. 1538-. En las legislaciones en que se admite el llamamiento en garantía se permitió desde hace mucho que el deudor solidario emplazado, por medio de ese mecanismo, fuerce a los otros a concurrir al pleito y asumir su parte en la obligación. También se lo usa para el caso de saneamiento por evicción, como más adelante se verá.

²⁵⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia, de 15 de diciembre de 2006. Exp. 2000-00276-01. Ponencia del Magistrado **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**.

sustitución del llamante por el llamado, mediante el que el primero procura trasladar al segundo las cargas que provengan de la acción principal promovida por el actor, en el caso que ésta sea admitida en la sentencia; traslación que se funda en razones sustanciales originadas en una relación jurídica habida entre ellos con anterioridad al juicio. Por eso, para **GUISEPPE CHIOVENDA** el llamamiento en garantía se justifica

[...] no un interés cualquiera, sino que la *cuestión debatida* sea común a un tercero, lo cual supone que el demandante y el demandado se encuentren en el pleito en virtud de una relación jurídica común al tercero o conexas con una relación en que el tercero se encuentre con ellos, de modo que sea cuestión del mismo objeto y la misma *causa petendi* (o uno o del otro de estos elementos), que pudieran servir de fundamento de pleito frente al tercero o por parte del tercero, o que hubieran podido dar al tercero la posición de litisconsorte junto al actor o junto al demandado [...]

[...] [se] admite esta institución en homenaje al principio de la economía de los juicios y a la conveniencia de decidir de una sola vez y de una misma manera los puntos comunes a la acción principal y a la acción de garantía, y hace de ella un caso de acumulación de causas [...]

[...] La acción de regreso²⁵⁸ se propone *condicionalmente*; de este modo, en la hipótesis de que quien hace la llamada sucumba frente a su contrario, el llamado, no sólo se encontraría (como en la simple *litis denunciatio*) en la imposibilidad de desconocer su responsabilidad, que tiene por presupuesto esta derrota, habiendo estado en condiciones de defenderse, sino que es al mismo tiempo, condenado a responder de las consecuencias de tal derrota [...]²⁵⁹. (Las cursivas están en el original).

Citar al tercero, sin embargo, no es equivalente a demandarlo; se trata, mas bien, de un acto de llamada, a pedido del demandado, a quien hubiera podido ser co-demandado, pero a quien el actor no quiso, no estaba facultado u obligado a demandar y citar, porque no tiene con él una relación jurídica directa²⁶⁰. La citación al llamado lo convierte en parte, con pleno derecho del proceso. En palabras de **JAIRO PARRA QUIJANO**, el tercero «es quien, en el momento de trabarse la relación jurídico procesal, no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, pero que una vez que interviene, sea voluntariamente, por citación del juez, o llamado por una de las partes

²⁵⁸ Para **CHIOVENDA** el llamamiento en garantía supone el ejercicio expeditivo de una acción regresiva porque en caso que no se ejecute la llamada, en juicio separado, el demandado vencido tiene la opción de “regresar” contra el que hubiere sido el llamado y obligarlo a resarcirlo por las pérdidas derivadas de la sentencia producida en el primer juicio. Así pues, al llamar en garantía se hace uso de la acción regresiva en el mismo proceso en que el titular de ella es enjuiciado, en “homenaje a la economía procesal”, como dice el Maestro. Esta observación avala lo anteriormente comentado respecto a que el demandado-llamante no debe limitarse a pedir se ejecute la citación en garantía, sino que debe demostrar los fundamentos objetivos que obligan al tercero a asumir las consecuencias del juicio, que serán los mismos que hubiera empleado para fundar su demanda en caso de ser planteada, en cuerda separada, en acción de regresión.

²⁵⁹ **CHIOVENDA**, Giuseppe. “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. (Serie de Clásicos del Derecho Procesal Civil. Editorial Jurídica Universitaria S.A. y Asociación de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM-. México, DF. 2001), 379 y 382.

²⁶⁰ Ver *Ibíd.*, 380.

principales, se convierte en parte, es decir ingresa al área del proceso»²⁶¹.

Hay dos formas de llamada en garantía, la formal y la simple:

a) La simple, que se presenta en los casos que el llamado tiene una obligación de resarcimiento a favor del llamante (como en el caso de la aseguradora frente al asegurado en el seguro de responsabilidad civil). Asimismo, hay llamada simple cuando un acreedor demanda directamente al fiador hipotecario y éste pide que se cite al deudor principal, conforme el inciso final del Art. 485 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, que establece que «[s]i la ejecución se dirige contra el tercer poseedor de la cosa hipotecada, podrá éste exigir que se cite también al deudor principal, para que deduzca las excepciones que tuviere o verifique el pago»²⁶². Si es condenado y obligado al pago el fiador tendrá derecho a repetir y reclamar daños y perjuicios contra el deudor principal, según reza el Art. 2272 del Código Civil, siempre y cuando esa citación en garantía se haya realizado²⁶³; y,

b) La formal, que responde a los casos en donde quien hace el llamamiento es titular de un derecho previamente transmitido por el llamado. Ejemplo: el comprador de una cosa llama al vendedor cuando se le está perturbando la propiedad. De esto nos hablan los Arts. 1783, 1784 y 1785 del Código Civil ecuatoriano, que dicen:

Art. 1783.- El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, *deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.*

Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no estará obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa.

Art. 1784.- Si el vendedor comparece, se seguirá contra él solo la demanda; pero el comprador podrá siempre intervenir en el juicio, para la conservación de sus derechos.

Art. 1785.- Si el vendedor no opone medio alguno de defensa, y se allana al saneamiento, el comprador podrá sostener por sí mismo la defensa; y si es vencido, no tendrá derecho para exigir del vendedor el reembolso de las costas que hubiere hecho defendiéndose, ni el de los frutos percibidos durante dicha defensa y satisfechos al due-

²⁶¹ PARRA QUIJANO, Jairo. “Los terceros en el proceso civil” (Ediciones Librería del Profesional. Sexta Edición. Bogotá. 2001), 21.

²⁶² No encuentro una disposición similar a ésta en el COGEP, lo que en mi criterio es otra muestra del retroceso legislativo que este cuerpo normativo supone en el tema relacionado a la intervención de los terceros.

²⁶³ Código Civil ecuatoriano. Art. 2272: «El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los hechos antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador».

ño²⁶⁴. (Énfasis añadido).

El saneamiento por evicción no sólo aplica a favor del comprador privado del bien adquirido; también es invocable por el adjudicatario despojado de lo que le tocó en la partición de una sucesión, conforme el Art. 1361 del Código Civil ecuatoriano:

El partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes, para que concurran a hacer cesar la molestia; y tendrá derecho para que le saneen la evicción.

Esta acción prescribe en cuatro años, contados desde el día de la evicción. (Lo resaltado me pertenece).

En este caso el perjudicado debe pedir el saneamiento a todos quienes se beneficiaron de la partición a prorrata de sus cuotas -Art. 1363-. A pesar del uso impropio de la palabra “denunciará” que el Art. 1361 emplea, no estamos en modo alguno frente a un caso de llamamiento en garantía pues se trata de una acción de evicción en toda regla.

Ahora bien, el llamamiento en garantía no es exclusivo del derecho procesal civil, pues se lo aplica también en el procedimiento contencioso-administrativo, en el que se lo usa con fines de repetición en el caso de responsabilidad civil extracontractual del Estado. Las constituciones modernas reconocen que existe responsabilidad del Estado por causa de los actos de sus agentes (es decir, de sus instituciones y/o de sus funcionarios); en el caso ecuatoriano, ese principio aparece declarado en el Art. 11.9 de la Constitución de 2008, que dice:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

[...] **9.** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judi-

²⁶⁴ La evicción, dice el Art. 1778 del Código Civil, es la pérdida o turbación que sufre el comprador cuando es privado del bien que adquirió, en todo o en parte, por sentencia judicial, a consecuencia de relaciones jurídicas de su vendedor anteriores al contrato de compraventa.

El *saneamiento* consiste, en primer lugar, en amparar -asegurar- la posesión del comprador y, si eso no es posible, sucede a aquella obligación la de indemnizar el vendedor al comprador por todo perjuicio que haya experimentado. Art. 1780 del Código Civil.

cial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

El constituyente de Montecristi dispuso que el Estado responda directamente ante los perjudicados por los daños que sus actos puedan causar y que, luego, debe ejercer, de forma inmediata, acción de repetición en contra de las personas responsables del daño producido. La legislatura, con la intención de vincular a los presuntos responsables de los actos lesivos y, a la vez, de acelerar el proceso de repetición a favor el Estado, estableció reglas que permiten a éste pedir que se cite a aquellos directamente al juicio contencioso-administrativo declarativo de responsabilidad aquiliana. Ejemplo de esto son los Arts. 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, para el caso de la responsabilidad estatal por error judicial. El Art. 32 recoge la norma constitucional copiada *ut-supra* y reitera que el Estado es responsable por el error judicial, por el retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En tal virtud, concede al perjudicado directo -por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal-, a sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, la potestad de proponer acción reparatoria contra el Estado ante el tribunal de lo contencioso administrativo de su domicilio.

Si esto llega a suceder el Art. 33 determina que el Consejo de la Judicatura, en representación del Estado, ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado, más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales. Para el ejercicio de esa repetición los representantes del Estado están habilitados para pedir la citación en garantía de los funcionarios judiciales responsables del daño. Así lo determina el inciso segundo del Art. 33, que dice:

Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de

justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica. (Énfasis añadido).

El artículo 33 agrega que en la sentencia que se dicte dentro de ese proceso, si se establece que los servidores judiciales no justificaron legalmente sus actos, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral y que, de inmediato, el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra tales servidores, a fin de obtener el reembolso de lo que el Estado haya pagado al perjudicado. Es decir, la sentencia vincula a los servidores que en principio eran terceros y se convierte en título ejecutivo suficiente para que puedan ser éstos sometidos a coactiva²⁶⁵.

El recientemente promulgado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de enero de 2011) trae similares disposiciones, con la diferencia que mientras el Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano es aplicable para los casos de lesiones a los derechos producto de la actividad de la Función Judicial, exclusivamente, la norma colombiana alcanza a todos los servidores públicos, en general, pues su Art. 142 dice:

Quando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también *podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas*, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Quando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño. (Énfasis añadido).

En igual sentido, Colombia por medio de la Ley 678 de agosto de 2001 reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición. El Art. 1 de esa norma establece que «[l]a presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de

²⁶⁵ Sin perjuicio de lo explicado, las personas lesionadas por actos de servidores judiciales pueden atacarlos directamente por medio de acción verbal sumaria (De acuerdo con la Disposición Reformatoria Primera del COGEP, en todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes donde diga “juicio verbal sumario” se deberá entender “proceso sumario”) y reclamar indemnización de daños y perjuicios y por daño moral con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables. (Ver Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial).

repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición». El Art. 19 agrega:

Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

Este tipo de normativa tienen por finalidad proteger el interés público y patrimonio estatal y son mecanismos útiles para el control de la corrupción. Se trata, claro está, de un control por vía negativa, pues se ejerce a través del castigo pecuniario a los funcionarios o ex funcionarios que en el desempeño de sus cargos irrogaron daños a particulares. La idea es, además de cautelar los fondos públicos, sentar precedentes ejemplificadores que estén a la vista de los demás integrantes del servicio público quienes, ante la amenaza de verse sometidos a este tipo de procedimientos, evitarán incurrir en conductas representativas de daño a los administrados. Hay inmersos aquí principios rectores de moralidad y eficiencia y también fines preventivos de daños y retributivos de acciones dolosas o negligentes.

En los procesos contencioso-administrativos las entidades públicas y los funcionarios procesados también pueden llamar en garantía a las aseguradoras, en caso que tengan pólizas por causa de responsabilidad civil relacionadas con el asunto objeto de pleito. Así lo establece el Art. 225 del mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:

Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.

2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

En el Anexo A.2.2. de esta tesis el lector hallará un ejemplo de auto dictado por un tribunal administrativo colombiano con base en esta norma²⁶⁶.

4.2. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL DERECHO COMPARADO

CHIOVENDA y otros autores coinciden en decir que el llamamiento en garantía es de origen germánico²⁶⁷ y que fue recogido luego por las legislaciones de otras naciones. Así, por ejemplo, el Art. 32 del Código de Procedimiento Civil italiano (*Codice di Procedura Civile*) establece que el reclamo en garantía puede ser sometido al tribunal competente de la causa principal, de modo que ambas -la demanda principal y la pretensión que motiva la llamada- se decidan en el mismo proceso²⁶⁸. El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México –expedido por medio de Decreto número 77²⁶⁹-, en su Art. 2.274 dice:

Las partes podrán pedir que un tercero sea llamado a juicio para que le pare (sic) perjuicio la sentencia en los siguientes casos:

I. Cuando se trate de codeudores de obligación indivisible, siempre y cuando el cumplimiento de la obligación sea de tal naturaleza que no pueda satisfacerse sólo por el demandado;

II. Cuando se trate de tercero obligado a la evicción. En este caso, el tercero, una vez emplazado, se convertirá en demandado principal;

III. El fiador respecto del deudor principal y los cofiadores, siempre que en este último caso no se haya renunciado al beneficio de orden y de división;

IV. En los demás casos señalados por la ley.

El Artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina (Ley 17454 de 27 de agosto de 1981), reza que:

El actor en el escrito de demanda, y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del juicio, podrán solicitar la citación de aquél a cuyo respecto consideraren que la controversia es común. La citación se hará en la forma dispuesta por los artículos 339 y siguientes.

²⁶⁶ Auto de admisión que es impugnabile según el Art. 226 del mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice «El auto que acepta la solicitud de intervención en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo y el que la niega en el suspensivo. El auto que la resuelva en única instancia será susceptible del recurso de súplica o del de reposición, según el juez sea individual o colegiado, y en los mismos efectos previstos para la apelación».

²⁶⁷ Ver CHIOVENDA, Giuseppe. Obra citada, 382.

²⁶⁸ El texto en lengua original italiana del Art. 32 del *Codice di Procedura Civile* es: «La domanda di garanzia può essere proposta al giudice competente per la causa principale affinché sia decisa nello stesso processo. Qualora essa ecceda la competenza per valore del giudice adito, questi rimette entrambe le cause al giudice superiore assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione».

²⁶⁹ El Estado de México es uno de los que integran la federación mexicana, por lo que su Código de Procedimientos Civiles tiene un alcance local y no debe ser confundido con el Código *Federal* de Procedimientos Civiles de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

Esta norma prescribe que el actor también puede hacer llamamientos en garantía. En este caso, si el accionante demanda a unos y llama en garantía a otros, éstos últimos no serán, en rigor, demandados, regla que se repite en la legislación española, como más adelante veremos.

En el capítulo anterior vimos que la Ley de Seguros argentina, en su Art. 118, concede un “llamamiento en garantía” tanto al tercero perjudicado como al propio asegurado, planteamiento con el que **HALPERIN** y otros expertos disienten pues estiman que cuando el tercero perjudicado asume el rol de accionante no está citando en garantía a la aseguradora sino demandándola²⁷⁰.

Volviendo al texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tenemos que el Art. 95 dice que la citación del tercero suspenderá el procedimiento hasta su comparecencia o hasta el vencimiento del plazo que se le hubiere señalado para comparecer. Por último, el Art. 96 determina que será inapelable la resolución que admita la intervención de terceros. La que la deniegue será apelable en efecto devolutivo. En todos los supuestos, después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales. También será ejecutable la resolución contra el tercero, salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio.

²⁷⁰ Me adhiero por completo a la opinión de **HALPERIN**; sin embargo, admito que quienes defienden la tesis de la “citación en garantía del asegurador” aportan provocativos argumentos. Al respecto, **EDUARDO CIMA** en su artículo “La citación en garantía del asegurador. Aspectos sustanciales y procesales”, cita los comentarios de diversos doctrinarios a la Ley de Seguros argentina, en específico al Art. 118, y nos dice que «hay autores, como **STIGLITZ**, que expresan que ni de la letra de la ley ni de la intención del legislador de 1967 cabe inferir el otorgamiento a la víctima de una acción directa contra el asegurador del responsable civil del daño.

A su vez, **FONTANARROSA** acota que puede afirmarse que la acción concedida a la víctima contra el asegurador del responsable por el artículo 118 de la Ley de Seguros, no es una acción directa sino una acción encuadrada dentro de los supuestos procesales de la intervención coactiva y, más específicamente, dentro de la técnicamente denominada citación o llamada en garantía”.

En igual sentido, **STEINFELD** señala que la norma según la cual el damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba, establece, por lo pronto, que ha quedado absolutamente descartada por la ley lo que podríamos llamar la acción directa auténtica del tercero damnificado contra el asegurador, pues no puede prescindirse del asegurado, ya que evidentemente tiene que haber un juicio contra éste y en ese juicio concurrir el asegurador. Se trata, pues, de una acción especial que no puede dejar de involucrar al asegurado.

SOLER ABREU, señalando las diferencias entre ambas figuras, expresa que el derecho o acción directa hace al asegurador deudor directo del damnificado; en la citación de garantía, el asegurador es un garante y obligado a pagar al damnificado en la medida del seguro.

PALMIERI concluye que si bien la citación en garantía legislada por el artículo 118, ley 17418, no puede ser calificada como acción directa, su aplicación práctica puede enfocarse dentro del concepto de acción directa no autónoma [...]».

El Art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 07 de enero de 2000, dice:

Intervención provocada

1. En caso de que la ley permita *que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado*, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.

2. Cuando la ley permita *al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso*, se procederá conforme a las siguientes reglas:

1.^a El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda.

2.^a El secretario judicial ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda con efectos desde el día en que se presentó la solicitud, y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el tribunal mediante auto lo que proceda.

3.^a El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda.

4.^a Si comparecido el tercero, *el demandado considerase que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél*, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18²⁷¹.

5.^a Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394²⁷². (Énfasis añadido).

²⁷¹ Ley de Enjuiciamiento Civil española. Art. 18: «En el caso a que se refiere la regla 4.^a del apartado 2 del artículo 14, de la solicitud presentada por el demandado se dará traslado por el Secretario judicial a las demás partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, por plazo de cinco días, decidiendo a continuación el Tribunal por medio de auto, lo que resulte procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión».

²⁷² *Ibíd.* Art. 394: «Condena en las costas de la primera instancia

1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

3. Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

Cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, éste únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

La normativa ibérica no sólo concede facultad de llamamiento en garantía al demandado, también se la da al actor para que convoque a cualquier persona que no por eso será considerada demandada, aunque sí parte del expediente con todos los derechos y responsabilidades que eso conlleve. Ejemplo de citación en garantía hecha por el accionante a un tercero en la legislación española lo hallamos en el Art. 1834 del Código Civil de ese país, que dice «[e]l acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». En cuanto al demandado, el llamamiento en garantía español es tan amplio que no sólo le permite hacer que el tercero litigue junto a él, sino inclusive en lugar de él, en su reemplazo, lo que implica que el demandado original, al hacer el llamamiento, puede considerarse sustraído del juicio.

Hay sin embargo un vacío importante: la norma española es estrictamente procesal porque describe el mecanismo a seguirse para que prospere el llamamiento al tercero pero omite indicar en qué supuestos sustanciales éste es procedente, ya que se limita, en forma genérica, a decir que el llamado podrá hacerse “cuando la ley lo permita”, de manera tal que para su aplicación es necesario emplear una norma de cobertura, pues

[...] la regulación del art. 14 LEC es bastante desafortunada e incompleta, y ello, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, porque la LEC renuncia a diseñar un régimen procesal completo para la intervención provocada, *limitándose a regular el cauce procedimental* para llamar al proceso a un tercero por el demandante o por el demandado originario. La ley omite aspectos tan esenciales como son *la determinación de los presupuestos que han de concurrir para que el tercero pueda ser llamado*, la regulación del estatuto procesal que asume el interviniente o los efectos que se derivan de dicha llamada o litisdenunciación; cuestiones todas ellas *que se deberán deducir de las normas sustantivas [de cobertura] a las que se remite*, con las dificultades y riesgos que ello conlleva. [...]

[...] A la intervención provocada a instancia de parte se refiere el art. 14 LEC, el cual contempla la posibilidad de que la solicitud de llamamiento al tercero provenga tanto del demandante (art. 14.1 LEC) como del demandado (art. 14.2 LEC). Sin embargo, el citado precepto guarda el más absoluto silencio respecto de los supuestos particulares en los que se admite esta modalidad de intervención, condicionándola a que “la ley lo permita”. Esto significa que la intervención provocada sólo cabe en supuestos tasados y ello *nos obliga a rastrear las diversas normas civiles sustantivas, esencialmente el Código Civil, para saber cuándo está permitida la litisdenunciación [...]*²⁷³.

Para evitar estos inconvenientes es preciso que la técnica legislativa del redactor de la norma procedimental incorpore, en estos casos, los aspectos sustanciales justifican

4. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte».

²⁷³ GONZÁLEZ PILLADO, Esther y PABLO GRANDE SEARA. “Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13, 14 y 15”. (Artículo publicado en InDret, Revista para el análisis del Derecho. Nº. 1/2005. (271). Barcelona. Febrero 2005), 13 y 14. (Énfasis añadido).

la estructura procesal creada.

El Art. 102 del Código Procesal Civil peruano de 1993 designa al llamamiento en garantía por el otro nombre con que lo conoce la doctrina, denuncia del pleito, y dice que «[e]l demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso». El Art. 103 reglamenta que si el juez considera procedente la denuncia, emplazará al tercero denunciado con las formalidades establecidas para la citación de la demanda, concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso, el cual quedará suspendido desde que se admite la denuncia hasta que se emplaza al denunciado. Una vez citado, el denunciado será considerado como litisconsorte del demandando denunciante y tendrá las mismas facultades que éste. La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado. Entonces, la ley peruana:

[...] consagra la figura de la *litis denuntiatio* y consiste que ante la petición de cualquiera de las partes originarias o de oficio, *se dispone la citación de un tercero para que participe en el proceso pendiente*, porque la sentencia a dictarse en él, pueda serle eventualmente opuesta.

Esta intervención reúne dos modalidades: la citación y la integración. En el primer caso, la citación responde a las circunstancias de existir entre alguna de las partes originarias, y el citado, una relación jurídica que guarda relación de conexidad, sea por la causa o por el objeto; en el segundo caso, la integración, obedece a la necesidad de incorporar al proceso a uno de los sujetos legitimados de una pretensión única.

Lo expuesto nos lleva a decir que en el caso de la citación, la sentencia puede ser eficaz, aun sin citación, pues la intervención se fundamenta en razones de oportunidad, lo que no sucede en el caso de la integración, pues hay razones de necesidad que justifican su incorporación a fin de evitar sentencias inútiles. El litisconsorcio necesario es una expresión de intervención forzada [...] ²⁷⁴.

El Art. 87 del Código Procesal Civil de Paraguay (Ley 1337) permite la citación al tercero, pero únicamente con fines de evicción, cuando dice que «[t]anto el actor como el demandado, podrá pedir la citación de evicción. El primero, al deducir la demanda, el segundo, dentro del plazo fijado para la contestación de la demanda, según el proceso de que se trate. La resolución que se ordenare se dictará sin substanciación previa, y solo la denegatoria será recurrible sin efecto suspensivo» ²⁷⁵.

²⁷⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil”. (Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima, Perú. 2008). Tomo I., 391. (Énfasis añadido).

²⁷⁵ El Art. 1759 del Código Civil paraguayo dice «[h]abrà evicción cuando quien adquirió bienes a título oneroso o los dividió con otro, fuere en virtud de fallo judicial y por causa ignorada, anterior o contemporánea a la transferencia o división, privado total o parcialmente del derecho adquirido.

El Código General de Procesos de Uruguay, fuertemente influenciado por el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en el Art. 51 establece que «[e]l demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer, tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado»; y, el Art. 52 permite a la contraparte oponerse a la citación del tercero, en cuyo caso el juez resolverá la procedencia de la misma por sentencia interlocutoria, que sólo será apelable cuando rechace la intervención. El Art. 53, con una similar redacción a la del Art. 102 del Código Procesal Civil peruano, dice que «[e]l demandado, en un proceso en el que considere que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarlo, indicando su nombre y domicilio, a los efectos de que se le noticie del pleito, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión». Opino que los Arts. 51 y 53 del Código uruguayo hacen referencia a una misma institución: el llamamiento en garantía o, lo que es lo mismo, la denuncia del pleito, que en esas normas es legislada por partida doble. Por eso, coincido con la doctrina que señala que:

[...] resulta innecesaria la dualidad de normas que consagran efectos jurídicos similares tal como actualmente se preceptúa en el Código de Procedimiento Civil [colombiano] vigente²⁷⁶, puesto que con las mismas se persigue la vinculación forzosa de un tercero para que concurra al litigio ya sea en virtud de una obligación real, en relación con el saneamiento por evicción (denuncia del pleito) o en virtud de una obligación personal (llamamiento en garantía) [...] ²⁷⁷.

Efectivamente, en el extinto Código de Procedimiento Civil colombiano el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito aparecían también como figuras separadas, el primero en el Art. 57 y el segundo en el Art. 54, los cuales decían:

Art. 54.- Denuncia del pleito. Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga de-

Responderán tanto quien transmitió o dividió los bienes, como los antecesores en el título traslativo del dominio.

Si la sentencia fuere arbitral, sólo producirá efecto en el caso de que el enajenante hubiese firmado el compromiso».

²⁷⁶ A la fecha de redacción de este artículo no entraba en vigencia el actual Código General de Procesos de Colombia, el cual rige desde Enero de 2014.

²⁷⁷ CASTAÑEDA FLÓREZ, María Cecilia y YÉSICA PAOLA ROMERO FLÓREZ. “El llamamiento en garantía, la denuncia del pleito y la demanda de coparte en el ordenamiento jurídico colombiano. Un análisis a la luz del Nuevo Código General del Proceso”. Artículo publicado en la página web de la Revista Virtual Estudiantil del Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico. Colombia. Consultado el 16 de Noviembre de 2015.

Disponible en <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/view/1171/807>.

recho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuere el caso.

Al escrito de denuncia acompañará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias. El denunciado en un pleito tiene a su vez facultad para denunciarlo en la misma forma que el demandante o demandado.

Art. 57.- Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

Los doctrinarios colombianos, en su mayoría, atacaron esta repetición normativa pues estimaron que la única diferencia real y palpable entre el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito era el trámite que el Código de Procedimiento Civil preveía para cada una de ellas²⁷⁸. En ese sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado de Colombia, en sentencia dictada el 25 de Marzo de 2013, dentro de la Radicación número: 25-000-23-26-000-2011-00519-01 (45783), con ponencia del Consejero **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**, dijo:

2.2.- Precisado lo anterior, en lo que concierne al trámite procesal que deben surtir tanto el llamamiento en garantía como la denuncia del pleito, se encuentra que en ambos se aplica lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil [...]

[...] **2.3.-** En lo concerniente a los aspectos sustanciales, debe indicarse que resulta estéril establecer dos (2) figuras diferentes para regular situaciones casi que idénticas, pues, de lo que se trata, en ambos casos, es la vinculación forzada de un tercero al proceso al existir un vínculo material que le ata a alguna de las partes (bien sea un nexo real o personal), definido escuetamente como “relación sustancial” en tratándose de la denuncia del pleito o como un “vínculo legal o contractual” respecto del llamamiento en garantía, siendo claro que a la primera de estas figuras se le ha entendido como instrumento para el trámite de la obligación de saneamiento por evicción que dispone el artículo 1899 del Código Civil²⁷⁹, pese a que la redacción de la norma no señale ello expresamente²⁸⁰. Es por esta razón que la distinción de estas dos figuras no encuentra actualmente mayor respaldo en la práctica, dado que estos dos conceptos “*comparten una misma base jurídica, [y] sus diferencias resultan prácticamente imperceptibles y se de-*

²⁷⁸ **DEVIS ECHANDÍA**, parafraseando a **CHIOVENDA**, señala que «en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía se consideran como una misma institución procesal; para entenderla tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual». (**DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. Obra citada, 364).

²⁷⁹ Código Civil colombiano. Art. 1899: «El comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Esta citación se hará en el término señalado por las leyes de procedimiento»

²⁸⁰ Señala **DEVIS ECHANDÍA** al respecto que «[n]o dice el texto legal que la denuncia del pleito se limita al caso de evicción de derechos reales, sino que se refiere, en general, a los casos en que tenga el derecho a denunciar el pleito conforme a la ley sustancial. Pero esto no significa que sea necesaria una disposición legal que expresamente hable de denuncia del pleito, pues es suficiente que de su contenido se deduzca tal derecho». **DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. “Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso”. (Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 13° edición, Bogotá. 1994). Tomo I., 364.

rivan más bien de discusiones doctrinales históricas”, pues, recuérdese que la anterior normativa de procedimiento civil, el Código Judicial establecido por la Ley 105 de 1931 sólo consagraba la figura de la denuncia del pleito en el artículo 235²⁸¹, de manera que las discusiones giraban en torno al radio de acción de esta normativa, esto es, sobre si esta vinculación comprendía también las garantías personales además de las reales.

En similar sentido se ha pronunciado esta Corporación al señalar que *“en el derecho colombiano la denuncia en el pleito es equivalente al llamamiento en garantía”*²⁸², mientras que a su turno la Corte Suprema de Justicia ha señalado de artificial e inoficiosa esta distinción, en los siguientes términos: *“según lo tiene entendido la doctrina particular y la jurisprudencia de esta Corporación al llamamiento en garantía, también se aplica, por analogía, el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, (...) De ahí que con razón se califique como artificial e inoficiosa la distinción entre denuncia del pleito y llamamiento en garantía, para consecuentemente abogarse por un tratamiento común o único, como en otras legislaciones se consagra.”*. Por otro tanto la doctrina también ha enfatizado que *“en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía se consideran como una misma institución procesal; para extenderla tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual”*; tales apreciaciones dan fe de la discutible distinción entre las dos figuras que se vienen comentando²⁸³ [...]. (Las cursivas están en el original).

Sensible ante estas críticas, el legislador colombiano, al preparar el actual Código General de Procesos de ese país (Ley 1564 de 2012, vigente desde el 01 de enero de 2014), eliminó del articulado la denuncia del pleito y se limitó a reglamentar el llamamiento en garantía, en el Art. 64, que dice:

Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

Ante este avance pujante de la legislación latinoamericana sobre el tema, no deja de ser llamativo y, sobre todo, desconcertante que el legislador ecuatoriano, al redactar el novísimo Código Orgánico General de Procesos, **COGEP**, (Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015), haya ignorado por completo esta institución procesal, pues entre los Arts. 30 a 37 y entre los Arts. 46 a 52, que regulan la intervención de las partes, de los terceros y la conformación del litisconsorcio necesario, no se dice una

²⁸¹ Código Judicial colombiano de 1931. Art. 235: «El que, conforme a la ley, tiene derecho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, ha de hacer uso de él, en el primer caso, en el libelo de demanda, y en el segundo, dentro del término que tiene para contestarla».

²⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de marzo de 1997. Con ponencia del magistrado **BETANCUR JARAMILLO**. Exp. 12746.

²⁸³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado de Colombia, en sentencia dictada el 25 de Marzo de 2013, dentro de la Radicación número: 25-000-23-26-000-2011-00519-01 (45783), con ponencia del Consejero **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**.

palabra sobre ella.

El llamamiento forzado de terceros no es, en absoluto, una institución por entero desconocida en nuestro medio. Buena prueba de ello es la inclusión del llamamiento *ex officio* en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP), en el año 2007, para Projusticia, que en su Art. 59 dice que «[e]n cualquiera de las instancias el juez ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, por el resultado del proceso, para que hagan valer sus derechos, a cuyo efecto el juez ordenará la suspensión del proceso hasta que transcurra el término del emplazado»²⁸⁴.

Se trata sin duda de un esfuerzo a considerar, aunque:

a) En estricto sentido, el Proyecto no establece una forma denuncia en garantía sino un llamamiento *ex officio* -la similitud del texto del Art. 59 del Proyecto con el Art. 58 del antiguo Código de Procedimiento Civil colombiano es notoria (ver nota al pie N° 251)²⁸⁵-, ya que no prevé que sean una o ambas partes las que soliciten el llamamiento, sino que concede al juez la potestad de ordenarlo, lo que implica que éste puede disponerlo aún sin petición de alguno de los contendientes;

b) El llamamiento *ex officio* no sufre al llamamiento en garantía pues es limitativo de los derechos de los terceros convocados, ya que mientras el primero es posible ejecutarlo “en cualquiera de las instancias”, el segundo sólo pueda ser practicado *antes que fenezca el término para contestar la demanda*. A mi entender lo adecuado es que si no se convoca al tercero dentro del período de contestación a la demanda, la parte interesada en que aquél asuma alguna obligación deberá demandarlo en cuerda separada; y,

c) No especifica qué potestad tiene el tercero durante “el término del emplazado”: si contestar la demanda en toda regla (lo que echaría al piso el principio de celeridad procesal dado que este llamamiento tendría lugar en *cualesquier instancia*) o si, simplemente, debe determinar su lugar de notificaciones.

Son detalles técnicos a pulir. Sin embargo, es loable la manufactura del Proyecto

²⁸⁴ Projusticia – IEDP, Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil, Quito, Abya-Yala, 2007, 52.

²⁸⁵ Código General del Proceso colombiano vigente. Art. 72: « Llamamiento de oficio. En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos.

El citado podrá solicitar pruebas si interviene antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento».

y es una muestra que el legislador ecuatoriano no tomó en cuenta, al momento de redactar el COGEP, el conocimiento y experiencia adquiridos por el Foro nacional.

4.3. LA CITACIÓN EN GARANTÍA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El llamamiento en garantía genérico del derecho procesal fue adoptado por algunas legislaciones en sus leyes específicas de seguros para permitir al asegurado de responsabilidad civil, demandado por el tercero perjudicado, citar a la aseguradora al juicio para que ésta se haga cargo tanto de los costos del proceso como de la eventual condena que sobre él recaiga en la sentencia, siempre dentro de los límites del contrato. He procurado en los capítulos precedentes dejar en claro que en el seguro de responsabilidad civil y sus efectos a partir del momento del siniestro existen tres relaciones jurídicas muy bien diferenciadas, la primera de ellas es entre el asegurado y la persona perjudicada, la segunda es la del asegurador con el asegurado y la última la del tercero lesionado con la aseguradora. El argentino **EDUARDO CIMA** explica que el siniestro (contractual o extra-contractual, que da lugar a la responsabilidad por hecho propio o ajeno) pone en funcionamiento dos obligaciones: una del asegurado responsable frente al damnificado que nace del hecho ilícito, otra del asegurador respecto del asegurado, que nace del contrato de seguro, pero que recién se concreta cuando la víctima hace su reclamación²⁸⁶.

Con esto en mente pongamos en práctica lo hasta ahora explicado. Cuando la persona perjudicada por un daño acude ante la justicia reclamando a quien le ocasionó el perjuicio (el asegurado) para que éste responda y le indemnice, ello tendrá como consecuencia que el asegurado, si resulta condenado, deberá realizar una erogación patrimonial a favor del demandante. Luego, vía acción de reembolso o de reclamo, administrativo o judicial, procurará recuperar lo pagado con cargo a la cobertura debida por la aseguradora de responsabilidad civil. Sin embargo, puede pasar que la aseguradora o un juez nieguen el pago, basados en supuestos de exclusión del contrato de seguro o incluso en la prescripción del derecho del asegurado para formular el reclamo, pues no es raro que el primer juicio (entre el tercero y el asegurado) haya tomado años.

A fin de enmendar ese problema sustancial y para garantizar la economía proce-

²⁸⁶ Ver **CIMA**, Eduardo. “La citación en garantía del asegurador. Aspectos sustanciales y procesales”. (Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vol. IV. N° 2 Nueva Serie II. Córdoba, Argentina. 2013), 273-286.

sal la legislación de algunos países admite que el asegurado procesado llame a su aseguradora a juicio, acto que deberá ejercerlo dentro del término que la ley le confiere para contestar la demanda, por lo que ese término y todas las demás actuaciones se suspenden hasta que se cite a la aseguradora, que tiene, a su vez, un término para pronunciarse, tanto sobre el hecho mismo del llamamiento -puede oponerse a ser considerada tercera llamada al juicio- como sobre el fondo medular del litigio entre actor y demandado. El juez, inmediatamente, debe decidir si acepta o no la negativa de la aseguradora a formar parte del pleito. Si lo hace la aseguradora sale del juicio indemne. Si no lo acepta, entonces ésta quedará atada a los resultados del proceso. La mayoría de legislaciones no han establecido normas específicas en sus leyes reguladoras del seguro respecto del llamamiento en garantía, pero sí las tienen en orden general en sus códigos o leyes procesales. Tal es el caso de Colombia, cuyo Código de Comercio, si bien explicita una determinación sobre la acción directa del tercero contra la aseguradora -Art. 1133-, nada dice respecto del llamamiento en garantía que puede hacer el asegurado cuando el tercero no ha demandado a la casa de seguros, lo que sencillamente se suple mediante la aplicación del Art. 64 del Código General de Procesos.

El antes comentado Art. 118 de la Ley de Seguros de Argentina, en cambio, expresamente concede al asegurado la facultad de llamar al asegurador en garantía:

[...] Citación del asegurador

El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Cosa juzgada

La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos.

Similar cosa encontramos en el inciso final del Art. 1917 del Código Civil italiano, que dice «[e]l asegurado, demandado por el perjudicado puede llamar en causa al asegurador»²⁸⁷.

Ahora bien, dependiendo del tipo de daño del que hablemos los procesos del tercero contra el asegurado no necesariamente serán de corte civil. Puede ocurrir que se entablen acciones penales. El Art. 150 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro de México así lo prevé cuando dice que «[e]l aviso sobre la realización del hecho que importe res-

²⁸⁷ El texto en lengua italiana dice «[...] *L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore*».

ponsabilidad deberá darse tan pronto como se exija la indemnización al asegurado. En caso de juicio civil o penal, el asegurado proporcionará a la empresa aseguradora todos los datos y pruebas necesarios para la defensa». Esto ocurrirá cuando la naturaleza del daño sea de tal magnitud que derive en un tipo penal delictivo. En este caso, la economía procesal moderna exige que las reparaciones pecuniarias del daño ocasionado por causa del delito sean establecidas en el mismo proceso penal. Así se evita que los damnificados por el ilícito se vean forzados iniciar un segundo juicio, de tipo civil, luego de concluido el proceso penal, para formular reclamos relativos al pago de las indemnizaciones a que haya lugar. El actual Código Orgánico Integral Penal, COIP (Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014), contiene un importante avance respecto del original Código de Procedimiento Penal del año 2000, pues en su Art. 622, numerales 6 y 8 dice:

Art. 622.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener:
[...]

[...] **6.** La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda. [...]

[...] **8.** Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.
[...]

Este es un enfoque relativamente nuevo -aunque se lo introdujo ya en el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal mediante la Reforma publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo del 2009-, pues anteriormente era preciso seguir un juicio civil -verbal sumario- ante el presidente del tribunal penal que dictó la sentencia -cuando se formuló acusación particular- o ante un juez de lo civil -cuando no se presentó acusación particular-, para obtener una sentencia indemnizatoria²⁸⁸. Se trata, a mi entender, de un ejercicio saludable de la economía procesal que tiene un sólido basamento constitucional.

Supongamos que el asegurado o un tercero normativamente dependiente de él, es sometido a procesamiento penal: ¿será admisible en tal consideración el llamamiento

²⁸⁸ El numeral 5 del Art. 309 del Código de Procedimiento Penal del año 2000 simplemente determinaba que en la sentencia debía establecerse «[l]a condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción»; luego, en el año 2009, por medio de la reforma indicada en el texto principal, se agregó que el tribunal, además, debía hacer la «determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular». Hasta antes de la reforma se estilaba el ejercicio de la acción civil verbal sumaria para obtener la reparación del daño.

en garantía de la aseguradora? Mi opinión es que definitivamente sí lo es, siempre que se deje en claro que tal llamado tiene simplemente la función de satisfacer los pagos de las indemnizaciones fijadas en la sentencia, en caso que ésta sea adversa al procesado. Esta solución fue acogida en el Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004) -dicho sea de paso, en el curso de mis investigaciones de cara a la redacción de esta tesis advertí con sorpresa el inmenso avance de la legislación colombiana en materia de seguros, apoyado en un acervo doctrinal y jurisprudencial envidiable-, que contiene precisas regulaciones sobre la participación en juicio penal de terceros responsables civilmente y de las aseguradoras de responsabilidad civil, en el evento que el procesado cuente con seguro.

En los orígenes del proyecto de Código de Procedimiento Penal colombiano la intervención del asegurador no estaba prevista. Esto se observa en el Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara, contenido en la Gaceta del Congreso No. 564, de 31 de octubre de 2003²⁸⁹, así como en el texto aprobado en Comisión respectiva, publicado en la Gaceta del Congreso 89 de 25 de marzo de 2004²⁹⁰. Fue en el Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto, publicado en la Gaceta del Congreso 104 de 26 de marzo de 2004²⁹¹, donde se introdujo la discusión sobre el llamamiento en garantía, señalado por los congresistas de la siguiente manera:

Incidente de reparación integral.

En desarrollo de la nueva concepción que introduce el nuevo sistema penal acusatorio, la parte civil como se conocía dentro del sistema inquisitivo y mixto, desaparece para darle vida a una nueva figura, *el incidente de reparación integral*, el cual básicamente consiste en que una vez anunciado el sentido del fallo, la víctima, el fiscal o el ministerio público podrán solicitar al juez *la iniciación del incidente con el cual se busca reparar los daños causados con la conducta delictiva*, a través de una audiencia pública en la que el juez determinará la procedencia de la pretensión, *si se da el caso del llamamiento en garantía debe escucharse a este con el único fin de que actúe dentro del mismo para establecer el monto de la pretensión del incidentante*, y en el caso del tercero civilmente responsable se hace remisión a la normatividad civil, luego de ello y en caso afirmativo citará a los intervinientes para que comparezcan a audiencia de conciliación, si no prosperare esta, el juez dictará fallo, en el cual se determinara la tasación del daño o perjuicio. (Énfasis añadido).

Con base en lo anterior, los congresistas colombianos propusieron agregar a su Código de Procedimiento Penal

²⁸⁹ Ver página web de la Gaceta del Congreso de Colombia. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Consultado el 17 de noviembre de 2015.

²⁹⁰ *Ibid.* Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3. Consultado el 17 de noviembre de 2015.

²⁹¹ *Ibid.*

[...] un articulado en el que se consagra la figura del tercero civilmente responsable y del llamamiento en garantía. Dentro del actual sistema penal se establece la satisfacción que debe recibir la víctima por el ilícito padecido, tanto así que dentro de los derechos de esta, se le ha establecido (artículo 11 literal c) el de recibir de una manera ‘pronta e integral reparación a los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código’. Por esto debe permitirse *la participación de terceros en la etapa respectiva* (incidente) con el único fin, y desde que manifiesten aceptar la respectiva obligación de indemnización, para que sean tenidas en cuenta sus apreciaciones para fijar el monto de la pretensión del incidentante (sic) [...]. (Énfasis añadido).

A consecuencia de este interesantísimo debate se introdujeron al Proyecto de Código dos artículos cuyo texto, según la Gaceta del Congreso de Colombia N° 104 de 26 de marzo de 2004, era:

9. Artículo 106B. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado al incidente de reparación integral a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

10. Artículo 106C. Llamamiento en garantía. La víctima, el condenado o su defensor podrán pedir durante el trámite del incidente el llamamiento en garantía del asegurador mediante la correspondiente citación. En este caso el llamamiento se realizará sobre la base de la existencia de un acuerdo por parte del llamado para asumir el pago conforme a su garantía, y con el único fin de que participe, con los mismos derechos del condenado, en la determinación del monto de la pretensión del incidentante.

Estas dos propuestas, que aparecían tal como las he copiado en el Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto, fueron aprobadas por el Congreso colombiano, con reformas que se concretaron durante el segundo debate y que, en tal virtud, dieron lugar a los actuales Arts. 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, que dicen:

Artículo 107. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

Artículo 108. Citación del asegurador. Para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103²⁹², la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente res-

²⁹² Código de Procedimiento Penal de Colombia. Art. 103: «Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia

ponsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado²⁹³.

Si bien el COIP ecuatoriano prevé la reparación integral a las víctimas (Arts. 77, 78, 628, 662, 663), no contiene una regulación tan precisa como la enunciada, que considero debería ser incorporada en nuestra legislación.

4.4. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN ECUADOR

He predicado las bondades doctrinales de la acción directa y del llamamiento en garantía. Ahora me corresponde determinar si esas instituciones son aplicables en Ecuador, considerando, por principio, que nos rige una Constitución derivada del neoconstitucionalismo, cuyo mayor exponente es el italiano **LUIGI FERRAJOLI**. Con la Carta Fundamental como herramienta, voy a demostrar que la legislación nacional es receptiva a la posibilidad de adoptar una o ambas figuras. No sólo para el derecho de seguros, sino, en general, en pro del desarrollo del derecho procesal nacional.

4.4.1. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO Y DEL ASEGURADO

Se ha dicho que la constitución ecuatoriana es garantista. El garantismo es una ideología jurídica -es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el Derecho²⁹⁴- vinculada al neoconstitucionalismo. Según **MIGUEL CARBONELL**

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales²⁹⁵.

dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba».

²⁹³ En su redacción primigenia el Art. 108 decía «*Exclusivamente* para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, *quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación*». El texto que obra en cursivas fue declarado inexecutable (inconstitucional) por la Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C-408 de 2009 (Magistrado Ponente **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**).

²⁹⁴ Ver **CARBONELL**, Miguel. “¿Qué es el garantismo?”. Artículo publicado en la página web del Centro Miguel Carbonell. Consultado el 19 de noviembre de 2015. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve_printer.shtml.

²⁹⁵ **CARBONELL**, Miguel. *Ibid.*

LUIGI FERRAJOLI analiza el garantismo desde tres “planos”:

a) Epistemológico, en el cual se caracteriza como un sistema de “poder mínimo”;

b) Político, considerando como una técnica de tutela que puede minimizar la violencia y maximizar la libertad; y,

c) Jurídico, como conjunto de vínculos que se imponen a la majestad punitiva del Estado en defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos.

El autor señala que si se trata de un modelo límite, antes que hablar de sistemas garantistas, es preciso hablar de “garantismo”, distinguiendo cuidadosamente entre el modelo constitucional y la forma de funcionamiento del sistema. Para **FERRAJOLI** la protección que brinda el sistema constitucional puede determinarse mediante los mecanismos de “invalidación” y de “reparación”, que efectivizan los derechos y garantías proclamados normativamente. Se justifica diciendo que «una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo»²⁹⁶. La Corte Constitucional ecuatoriana, al respecto, opina que

El desarrollo del Estado constitucional encuentra en el garantismo el sustento para efectivizar y a la vez para otorgar legitimidad y contenidos concretos a los derechos constitucionales cuya supremacía se pretende, es decir, para otorgar el carácter normativo a los preceptos atinentes a los derechos. A través del garantismo lo que se intenta es representar, interpretar y explicar el contenido de los derechos para precisamente articular las garantías, asimiladas como técnicas normativas diseñadas para tutelar los derechos constitucionales y correlativamente para neutralizar y limitar el abuso de poder.

Cabe indicar que el modelo garantista no se restringe a avalar las formas de producción del derecho mediante el cumplimiento de normas procedimentales respecto de la formación de leyes; por el contrario, su elaboración jurídica se dirige a evolucionar la programación de sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia. Así, el garantismo cumple la función de “(...) establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos (...)”²⁹⁷.

Entonces, el neoconstitucionalismo encuentra su fundamento en el garantismo, que viene concebido como la limitación al poder capaz de neutralizar su abuso, creando correlativamente límites y vínculos a ese poder para efectivizar la tutela de los derechos frente a su abuso, que provenga ya sea del orden público o del privado. Estos principios

²⁹⁶ **FERRAJOLI**, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. (Editorial Trotta. Madrid, 1989), 852.

²⁹⁷ Resolución de la Corte Constitucional del Ecuador No. 090-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 504 de 20 de Mayo del 2015.

cimentan el principio dogmático que dice que los derechos de las personas son “plenamente justiciables”, como lo declara el Art. 11.3 de la Constitución ecuatoriana. Esa capacidad plena de judicializar las vulneraciones a los derechos no puede ni debe ser limitada y, mucho menos, cuando quienes son titulares de esos derechos están subordinados a un poder económico o social mayor. En el primer capítulo de esta tesis decía yo que los contratos de seguros son de adhesión por lo que a ellos se aplican las leyes protectoras del derecho del consumidor que amparan a los asegurados frente al uso arbitrario de la posición dominante de la aseguradora.

En el caso del tercero damnificado por el siniestro, mientras está pendiente su derecho a ser indemnizado, se ve sometido a la misma subordinación a la aseguradora que ya enfrenta el asegurado. Sin embargo, por no ser el titular del contrato, a él no lo respalda la normativa de protección al consumidor. Por eso, ese tercero merece recibir respaldo especial, al igual que todas las personas que en algún momento quedan en posición de desventaja manifiesta frente a su contraparte, porque de esa asimetría pueden derivarse circunstancias que determinen la indefensión del menos fuerte. La Corte Constitucional de Colombia lo expresa así:

[...] la jurisprudencia constitucional ha señalado que existen circunstancias en las que la indefensión no hace alusión a la ausencia de medios jurídicos de defensa, sino a la “*posición de preeminencia social y económica del demandado que rompe el plano de igualdad en las relaciones entre particulares*”, se ha afirmado así que procede la tutela contra poderes sociales y económicos los cuales disponen de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo tales como los medios de comunicación, los clubes de fútbol, las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado o las organizaciones privadas de carácter asociativo, tales como las asociaciones profesionales o las cooperativas, o los sindicatos (Sentencias T-329 y T-331 de 2005) [...]²⁹⁸.

Ese sentido, la necesidad de protección del tercero por causa de su posición, de suyo desmejorada a causa del daño recibido -que es aún más evidente si la comparamos con la de la aseguradora-, determinó que la Corte Constitucional de Colombia declare la inexecutable (inconstitucionalidad) parcial del Art. 108 del antes citado Código de Procedimiento Penal. Originalmente esa norma decía que «[e]xclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación». El texto que obra subrayado fue

²⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-160 de 2010. (Énfasis añadido)

declarado inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-408 de 2009 (con ponencia del Magistrado **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**). En ese fallo se llegó a la decisión de declarar

[...] inexecutable el adverbio “*Exclusivamente*” del art. 108 CPP, pues esta palabra excluye, *en detrimento de la reparación integral de la víctima*, toda otra posible actuación *del asegurador* en el incidente distinta de la conciliación que él mismo acepte. Es decir que si *la aseguradora, una vez citada, decide no asistir, o asiste a la audiencia correspondiente pero no concilia porque no desea hacerlo*, aunque exista prueba clara del contrato válidamente celebrado con ella y de que en él se ampara el siniestro y la compensación de la víctima del delito, *no puede el juez vincularla en la decisión definitiva del incidente, pues su convocatoria opera “exclusivamente” para efectos de la conciliación.*

Por el contrario, al expulsar del ordenamiento jurídico tal adverbio con que se condiciona y limita la intervención de las aseguradoras en el incidente de reparación integral, se elimina dicha restricción ilegítima y *contraria a la Constitución y al deber de protección y reparación de las víctimas del delito.*

También será declarada inconstitucional la expresión “*quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación*”, porque como específica atribución reconocida para la aseguradora, le otorga la libertad positiva y negativa de acudir y actuar en la conciliación y la excluye de lo ordenado en el parágrafo del art. 104 *infine*, de modo que si no comparece, habiendo sido citado en forma debida, no quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente. Y esta regulación, según se ha expuesto, *resulta constitucionalmente inaceptable pues privilegia los intereses de la aseguradora en detrimento de los derechos de las víctimas, pues traiciona la función social del contrato de seguro de responsabilidad civil, al hacer nugatorio el propósito de reparación integral efectiva y oportuna.* (Énfasis añadido).

De modo que no sólo el asegurado, en su condición de consumidor del servicio prestado por la aseguradora, debe ser protegido ante los posibles abusos de ésta: también el tercero, en su calidad de víctima del daño y, por lo mismo, titular de los derechos objeto de reparación, debe ser escrupulosamente resguardado para evitar que los intereses de la aseguradora sean elevados por sobre los suyos propios. En este sentido, encuentro que la norma del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que si bien pudo ser un producto de su tiempo, hoy por hoy es inconstitucional, no sólo porque restringe la plena judicialización de los derechos del tercero -restricción procesal-, sino porque además constituye una traba al libre ejercicio objetivo de esos derechos -restricción sustantiva-, lo que va en contravía de lo dispuesto en el Art. 11.4 de la Constitución, según el cual «[n]inguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales».

Si uno de esos derechos es la tutela judicial y efectiva -Art. 75 de la Constitución- entonces ¿cómo puede el Estado garantizar y dar cobijo eficaz a los derechos del tercero ante el poder económico manifiesto de la aseguradora si ésta, además de su posición de dominio, cuenta con el respaldo de una norma jurídica de jerarquía legal que

impide que sea llevada a proceso, ya sea como demandada o como tercera llamada en garantía, para que asuma los costos de la reparación del daño que su asegurado causó al damnificado, dentro de los límites del contrato de seguro, claro está? Es evidente que las actuales condiciones constitucionales del país exigen un cambio de paradigma. Propongo que ese cambio se realice mediante una actualización y adecuación de la normativa al modelo neoconstitucional imperante, cosa que, en el caso del tema abordado a lo largo de esta tesis pasa por al menos uno de los siguientes actos:

a) Una reforma integral del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que invierta su regla actual *pro aseguradora* por una *pro asegurado y pro tercero*. Eso significa incorporar a esa norma la acción directa del tercero y el llamamiento en garantía de la aseguradora a favor del asegurado; y,

b) Formular una reforma al Código Orgánico General de Procesos, en el apartado relativo a la intervención de los terceros, estableciendo la intervención forzada por causa de llamamiento en garantía, estructurando un precepto que contemple las causas objetivas que justifiquen el llamamiento y el mecanismo procesal que permita ejecutarlo.

4.4.2. REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y AL DECRETO SUPREMO 1147

En el proceso de expedición del COGEP se perdió una oportunidad valiosa para introducir en la legislación nacional al llamamiento en garantía. El hecho que terceros puedan o deban intervenir en forma voluntaria -principal o adhesiva- o de manera forzosa en una causa es un hecho conocido y bien documentado. El COGEP en este punto es incompleto porque, por un lado, regula en forma imprecisa a la intervención principal del tercero y se ocupa casi exclusivamente de las intervenciones adhesivas (tercerías excluyente y coadyuvante) y, por otro lado, guarda silencio absoluto sobre la intervención forzosa. El legislador ecuatoriano no tomó en cuenta los atinados principios que figuran en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española:

[...] En cuanto a las partes, la Ley contiene nuevos preceptos que regulan esa materia de modo más completo y con más orden y claridad, superando, a efectos procesales, el dualismo de las personas físicas y las jurídicas y con mejora de otros aspectos, relativos a la sucesión procesal, *a la intervención adhesiva litisconsorcial y a la intervención provocada*. [...]

[esta] Ley incluye, en los lugares adecuados, *otros preceptos sobre llamamiento al proceso* de quienes, sin ser demandantes, puedan estar directamente interesados en intervenir, sobre acumulación de acciones y de procesos y acerca de la sentencia y su ejecución forzosa.

La amplitud de la intervención procesal prevista con carácter general *permite desechar una obligatoria acumulación inicial de demandas*, con el retraso a que obligaría en la sustanciación de los procesos, *un retraso que impediría, con mucha frecuencia, la efectividad de la tutela pretendida*. [...] (Énfasis añadido).

Vemos que el legislador español ató la reducción de los pasos -o el número de juicios- que una persona debe seguir para conseguir el reconocimiento de un derecho a la tutela judicial efectiva. ¿Para qué obligar al litigante condenado a plantear un segundo proceso contra el tercero que debe asumir las cargas del primer fallo si eso se podría lograr con el mero llamamiento en garantía? La ausencia de esta figura en el articulado del nuevo COGEP es perturbadora pues denota un pobre nivel legislativo a la vez que una estrechez de miras pasmosa.

Esta situación es preciso remediarla mediante la introducción de reformas que agilicen los procesos esbozados en esta tesis.

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Así pues, propongo una reforma al Código Orgánico General de Procesos que diga:

A continuación del Art. 50 añádase el siguiente artículo:

Dentro de los procesos regulados por este Código el demandado podrá, antes del vencimiento del término de contestación a la demanda, solicitar al juez de la causa cite y ordene la comparecencia de quien tuviere la obligación legal o contractual de indemnizarlo o reembolsarle, total o parcialmente, las costas procesales y el pago que tuviere que asumir como consecuencia de la sentencia.

El comprador que tenga derecho al saneamiento por evicción podrá pedir, igualmente, dentro del mismo término, se cite al vendedor para que en el proceso se resuelva sobre tal relación.

El peticionario deberá especificar los nombres completos, dirección domiciliaria de la persona a quien denuncia y justificar documentadamente los fundamentos sobre los que se asienta su derecho a efectuar la llamada.

Una vez recibida la petición el juez ordenará citar al denunciado y le otorgará un término de diez días para que intervenga en el proceso. El término de contestación a la demanda para el denunciante se suspenderá a partir del día de presentación de la denuncia y se reanudará el día siguiente al vencimiento de aquel que tiene el tercero para concurrir al pleito.

La citación se efectuará mediante la entrega de copias certificadas de la demanda, del auto de calificación, de la petición de citación al tercero y del auto que acepta la denuncia. El tercero llamado deberá contestar la demanda y la denuncia en el término señalado para su comparecencia y anunciar las pruebas que pretenda hacer valer. A partir de su citación el tercero pasará a ser parte procesal con pleno derecho en condición de litisconsorte del demandado con las mismas facultades y obligaciones de éste.

La sentencia resolverá la pertinencia de la denuncia en garantía para lo que deberá declarar si existe relación sustancial entre el denunciante y el denunciado. En caso de haberla dispondrá que el llamado satisfaga las indemnizaciones o restituciones que con cargo al demandando se hayan establecido. De lo contrario liberará al denunciado de toda responsabilidad y fijará las costas que el denunciante debe pagarle por obligarlo

a litigar sin causa justa.

Esta propuesta es bastante amplia y cubre los requerimientos sustanciales y procesales que se precisan para que opere el llamamiento en garantía, no sólo en materia de seguros, sino en todo tipo de procesos.

PROPUESTA DE REFORMA AL DECRETO SUPREMO 1147

En cuanto al Código de Comercio ecuatoriano, a fin de viabilizar la aplicación de los conceptos expuestos en esta Tesis, propongo una norma reformatoria al Decreto Supremo en él contenido, que diga:

Sustitúyase el Art. 53 del Decreto Supremo 1147 por el siguiente:

El contrato de seguro de responsabilidad civil concede derecho de indemnización al tercero damnificado, quien se considerará beneficiario de la cobertura desde el momento del siniestro. El derecho a reclamar el monto del seguro se transmitirá a sus sucesores, en forma intestada o testamentaria, conforme el Código Civil.

A continuación añádase los siguientes artículos:

Art... El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra la aseguradora para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Si se elige por parte del interesado ejercer esta acción en el mismo juicio se deberá demandar al asegurado y demostrar su responsabilidad en el evento lesivo.

Art... La aseguradora no podrá oponer contra el tercero damnificado las excepciones que tenga por causa de sus relaciones personales con el asegurado, pero tendrá derecho a pedir que en la sentencia se condene a éste último a la repetición de lo pagado, más daños y perjuicios, si se comprueba dolo o culpa grave de su parte. Sin perjuicio de lo anterior, la aseguradora podrá oponer las excepciones personales que tenga contra el tercero, incluyendo la alegación de culpa exclusiva del perjudicado en la causa del daño.

Art... A fin que pueda ejercer la acción directa, la aseguradora y el asegurado están obligados a entregar al tercero perjudicado o a sus herederos toda la información relativa a la existencia del contrato de seguro y su contenido. En caso que la aseguradora no entregue copia certificada del contrato en un término de cinco días, contados desde cuando le sea pedida por el perjudicado o sus herederos, éstos o aquel podrán iniciar directamente el juicio e informarán en la demanda del particular, adjuntando prueba documental de las gestiones hechas para obtener la información. En tal evento, en la calificación de la demanda el juez ordenará a la aseguradora la presentación del contrato y en la sentencia dispondrá que el pago de la indemnización se ejecute con un recargo del cien por ciento. En este caso la aseguradora no tendrá derecho repetir contra el asegurado el valor del recargo. La aseguradora podrá justificar la no entrega del documento únicamente por causa de fuerza mayor debidamente acreditada.

Art... La acción directa del tercero contra la aseguradora prescribirá en cinco años. La que tiene contra el asegurado en diez años.

Art... Si el tercero o sus herederos accionan únicamente contra el asegurado éste último tendrá derecho a llamar en garantía a la aseguradora.

Art... Si por causa del hecho determinante del siniestro se entabla un proceso penal, en cualquier etapa del mismo, incluso en la de ejecución de la sentencia, la víctima, el condenado, el defensor de cualquiera de ellos o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación en garantía de la aseguradora de la responsabilidad civil.

A efectos de esta norma se considerará tercero responsable a la persona que por mandato de la ley debe responder por el daño causado por el delito del condenado. En el expediente penal no se aceptará ninguna oposición de la aseguradora, salvo que el con-

trato de seguro haya expirado con anterioridad a la fecha de ocurrencia del delito.

COMENTARIOS FINALES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

COMENTARIOS FINALES

El buen funcionamiento de la reforma propuesta no exige la necesaria implementación de ambos mecanismos, al menos en lo que al contrato de seguro de responsabilidad civil se refiere, pues si el tercero damnificado cuenta con la acción directa podrá demandar a la aseguradora y al asegurado, lo que hará innecesario que éste último cuente con el llamamiento en garantía; si, por el contrario, sólo se aprobase introducir la denuncia del pleito, el tercero podrá atacar al asegurado el que, en guarda de sus derechos, podrá obligar, por medio del llamamiento, a la aseguradora se persone en la causa.

No debe perderse de vista que a la aseguradora -ya sea que se la demande en forma directa por parte del tercero o se la fuerce a entrar al pleito por medio del llamamiento del asegurado- sólo podrá reclamársele hasta el tope de la suma asegurada en el contrato de seguro, de manera que si el monto de la indemnización declarado en sentencia supera ese límite, será el asegurado quien deberá cubrir con cargo a su propio patrimonio la diferencia. En todo caso la indemnización debe ajustarse siempre al valor del daño pues, como se indicó en el capítulo segundo de esta tesis, el resarcimiento busca simplemente devolver al afectado al estado en que se hallaba antes de ser lesionado, lógica que es el fundamento del seguro de responsabilidad civil, el cual no está concebido como no una vía para enriquecer a las víctimas, sino tan sólo para garantizarles, en cierta forma, una medida de reparación de los perjuicios que les cause el asegurado.

Sobre este punto es pertinente escuchar a **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO**, quien señala:

Con la modificación de 1990 puede el damnificado dirigirse directamente contra la aseguradora, no solo para presentar el reclamo sino para formular la demanda, tal como inequívocamente se infiere del artículo 1133 del C. de Co. de modo que esta alternativa va a restringir en la práctica la posibilidad del llamamiento en garantía, por cuanto el asegurador puede ser vinculado directamente en calidad de demandado, lo que implica que deja de ser un tercero a quien se puede citar al proceso, bastándole al beneficiario demandante demostrar la responsabilidad del asegurado, *pero sin que necesariamente deba demandar al mismo, tal como adelante lo explicare en anotación complementaria*²⁹⁹.

²⁹⁹ Sobre esta “anotación complementaria” del doctor **LÓPEZ BLANCO**, reitero mi opinión respecto a que en la acción directa el tercero debe demandar al asegurado y a la aseguradora a la vez, pues en el proceso se debe determinar que el primero es el responsable del daño y la segunda, en consecuencia, lo es de indemnizarlo. No obstante, algunos intérpretes, como el nombrado, comentando el Código de Comercio de Colombia, sostienen que este Cuerpo Legal no requiere que se demande necesariamente al asegurado.

No obstante, creo que no ha desaparecido la posibilidad de llamar en garantía a la aseguradora por cuanto bien puede ocurrir que la víctima desconozca la existencia del seguro de responsabilidad civil contratado por el asegurado, o no quiera emplear la acción directa por cualquier motivo o cuando está prescrita esta acción y dirija su demanda contra el asegurado, *hipótesis en la que puede darse ese llamamiento en la forma ya explicada, de donde concluyo que la reforma ha reducido pero no eliminado la posibilidad del llamamiento en garantía.* [...]

[...] Cuestión diferente es la que se presenta cuando el damnificado decide demandar al asegurado y a la aseguradora, conducta también perfectamente viable desde el punto de vista jurídico procesal, es más recomendable por cuanto integra así un litisconsorcio facultativo pasivo que implica economía procesal y plantea el problema de no permitir el llamamiento en garantía, pues esta figura es para vincular a un tercero ajeno al proceso y en este caso están citados como demandados asegurado y asegurador [...]³⁰⁰.

Si la víctima ejerce la acción directa es evidente que no podrá reclamar al asegurador la totalidad de los perjuicios que le haya ocasionado el asegurado, sino tan sólo el monto máximo de la suma asegurada y el exceso deberá reclamarlo al asegurado mismo. En este escenario, la sentencia condenatoria impediría al asegurado ejercer reclamo de reembolso contra el asegurador porque sobre el exceso no hay seguro, ya que en la práctica la condena hasta el límite de la suma asegurada no habría de imponérsele a él sino al asegurador directamente en favor del tercero. Al no existir cobertura sobre el exceso, que es lo sobre lo que recae el reclamo al causante del daño, sinsentido resultaría el llamamiento en garantía pedido por el asegurado, pues si la demanda del tercero cubre la totalidad del monto asegurado y la sentencia admite esa pretensión habrá perdido su derecho al reembolso respecto del asegurador porque, al tener la póliza un tope

Dice el doctor **LÓPEZ BLANCO** que «[...] lo destacado de la norma que marca nuevos horizontes, como beneficiario asistido por la acción directa que le otorga el artículo 1133 del C. de Co., *podrá demandar exclusivamente a la aseguradora sin hacerlo respecto de quien ocasionó el daño, o sea el asegurado, puesto que la norma en cita no impone la obligación de demandar a los dos*, que lejos está de tipificar un caso de litisconsorcio necesario por disposición de la ley, debido a que permite que se demande exclusivamente a la aseguradora, con la carga de probar la responsabilidad del asegurado sin que necesariamente tenga que demandarlo.

Es este el aspecto novedoso y de particular interés procesal pues normalmente dentro del esquema en que fuimos educados parece una herejía *que se pueda demostrar la responsabilidad de un sujeto de derecho dentro de un proceso sin demandarlo*, que es precisamente lo que se ha contemplado en el citado artículo 1133, que no se refiere a la necesidad de demandar al asegurado causante del daño sino tan solo de “demostrar la responsabilidad del asegurado”, cuestión jurídicamente posible. [...]

[...] *Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y aseguradora, frente a las acciones que tiene el damnificado y beneficiario existe un litisconsorcio necesario*, por cuanto no se estructura el requisito esencial de la figura, de identidad de relación sustancial, lo que se evidencia en que no se presenta comunidad de suerte porque las relaciones jurídicas son diversas por lo que frente al beneficiario o víctima, la aseguradora está ligada por lazos provenientes de responsabilidad contractual derivada del contrato de seguro y respecto del causante del daño la relación usualmente se deriva de otra relación contractual diferente o de responsabilidad civil extracontractual». (**LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio. Obra citada, 409). (Énfasis añadido).

³⁰⁰ **LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio. Obra citada, 408, 409, 412. Énfasis añadido.

de lo que puede reclamarse al asegurador y lo que se le reclama al asegurado es lo que excede de ese monto, sobre el exceso no existe cobertura, razón por la que en este caso carecería de todo fundamento cualquier llamamiento en garantía que así se promueva.

CONCLUSIONES

El seguro es una especie del género amplio de los contratos. Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia del contrato de seguro, mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones especiales que reglan el contrato de seguro.

El contrato de seguros es un acuerdo de voluntades, una convención destinada a producir obligaciones, cuyos rasgos genéricos se vislumbran en los Arts. 1453 y 1454 del Código Civil, pues se trata de una fuente de obligaciones derivada de un pacto consensuado entre las partes que lo suscriben.

El seguro es un contrato de adhesión por virtud del cual una persona, llamada tomador, traslada un determinado riesgo, que amenaza un patrimonio o a una persona en cuya seguridad tiene interés legítimo, a otra, denominada asegurador, quien en caso de la eventual realización del hecho previsto en el contrato, se obliga a pagar al tomador, o a un tercero que éste señale, la prestación convenida.

En Ecuador el contrato de seguros continúa siendo considerado como solemne - pues precisa para su perfeccionamiento de ciertas formalidades, principalmente de su instrumentalización por escrito-, mientras que en México, Argentina, Chile, Colombia y otras naciones, se lo reputa como meramente consensual.

El seguro es un contrato bilateral, oneroso, aleatorio, de tracto sucesivo, de adhesión, regido por la ubérrima buena fe. No es un contrato conmutativo.

Los únicos enunciados del Art. 2 del Decreto Supremos 1147 que deben ser considerados como elementos esenciales del contrato de seguro son el interés asegurable y el riesgo asegurable.

El interés asegurable es el objeto del contrato de seguro y el riesgo es su causa.

El riesgo asegurable, para ser causa real y lícita del contrato de seguro debe ser futuro, incierto, físicamente y jurídicamente posible y ajeno a la voluntad del tomador, asegurado y beneficiario;

En todo contrato de seguro hay dos grupos de personas que se relacionan con él: las partes contratantes, que son las obligadas por el contrato (el asegurador y el tomador); y, ciertas personas interesadas en sus efectos económicos: i) el asegurado; y, ii) el beneficiario;

En nuestro país el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros; en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, por el contrario, el tercero es beneficiario del seguro desde el momento de producción del siniestro;

La responsabilidad no es un concepto primario sino que se trata de uno derivado, porque depende de la relación de, al menos, dos sujetos, lo que comporta que debemos verlo como un concepto dependiente y no autónomo.

Una persona es jurídicamente responsable cuando es susceptible de ser sancionada, independientemente que haya cometido o no un acto antijurídico, pues la responsabilidad es la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera.

La responsabilidad civil está siempre vinculada a un daño sufrido por una o más personas individualizables, lo que da lugar al correlativo deber del responsable de reparar o compensar con medios equivalentes. La reparación del daño puede hacerse en especie -restituyendo el objeto del daño por otro equivalente- o en dinero -pagando una suma que cubra el valor de lo dañado-.

Regularmente se reconoce la división entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual.

Constituye daño el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que una persona sufre en sus bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc., a consecuencia de actos u omisiones propias o de terceros.

Indemnizar es resarcir un daño, o sea, es compensar un daño, perjuicio o agravio. En estricto sentido la indemnización no tiene como fin enriquecer a la víctima del daño sino tan sólo retornarla al estado en que estaba antes que de éste.

En la mayoría de países latinoamericanos la naturaleza del seguro de responsabilidad civil es indemnizatoria a favor del tercero víctima del daño al tiempo que cuida del patrimonio del asegurado.

El siniestro en el seguro de responsabilidad civil es el acto físico exterior que, por causas imputables al asegurado, causa daños a un tercero.

En la vigente legislación ecuatoriana los derechos del tercero damnificado no pasan de la posibilidad de reclamar o accionar contra el asegurado, pues no tiene esa misma capacidad de hacer contra la aseguradora en forma directa.

El que el tercero no pueda accionar directamente contra la aseguradora priva de su razón de ser a la existencia del seguro de responsabilidad civil, porque si se mantiene la idea que el sujeto del pedido de resarcimiento es el mismo asegurado, entonces éste no vería trasladarse el resultado dañino desde su patrimonio al de la aseguradora, que es, finalmente, la causa que lo instó a contratar el seguro.

En Ecuador el damnificado es, frente al seguro de responsabilidad civil, un tercero absoluto pues por causa de la restricción del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que le niega calidad de beneficiario del seguro y cierra toda posibilidad para que accione directamente contra la aseguradora, no hay una forma jurídica de entablar un nexo directo entre el tercero y la aseguradora.

Para definir a la acción directa la doctrina siempre acudió a su confrontación con la acción oblicua o subrogatoria, que permite al acreedor quirografario dirigirse contra los deudores de su propio deudor, “subrogándose” a este último en su condición jurídica de acreedor de aquellos, para ejercer el derecho del que éste parece desentenderse.

El problema de la acción oblicua es que el dinero que obtiene el demandante no entra a su propio patrimonio sino al de su deudor y, dado que el primero no goza de crédito privilegiado, la suma pagada por los deudores de su deudor pueden ir a parar en manos de otros acreedores.

La acción directa del tercero da al acreedor quirografario la facultad para que en su propio nombre, ataque al deudor de su deudor (al subdeudor) y se beneficie en exclusiva de los resultados de su acción, puesto que el producto de la misma entra en su propio patrimonio, no en el de su deudor, por lo que no se ve forzado a compartirlo con los otros acreedores de su deudor.

A efectos de los contratos de seguro de responsabilidad civil la acción directa es la que tiene el tercero perjudicado -o sus herederos- para perseguir a la aseguradora de quien le causó un daño, con el fin que ésta le entregue la indemnización prevista en el contrato de seguro pactado entre el agente dañino y aquella.

La acción directa del tercero es un derecho subjetivo de su titular, de orden contractual, que colisiona con los principios de relatividad de los contratos y de igualdad de los acreedores quirografarios ya que algunas legislaciones estiman como autónomo.

La acción directa del tercero es una creación jurisprudencial francesa que luego fue admitida en la normativa positiva de la mayor parte de Europa y en la mayoría de naciones latinoamericanas.

La acción directa puede ser ejercida por el tercero damnificado y, en caso que el acontecimiento dañino hubiera provocado su muerte, por sus herederos.

Si el damnificado decide hacer uso de la acción directa contra la aseguradora debe, en la misma demanda o en juicio previo, accionar también al asegurado y obtener sentencia condenatoria en contra de éste, ya que la responsabilidad de pagar una determinada suma como reparación por parte de la aseguradora está sometida a que su asegurado sea el responsable del daño.

Por regla general no existe solidaridad entre la aseguradora y el asegurado frente

al tercero, salvo en las legislaciones de España y Perú donde las leyes así lo han establecido expresamente.

Un plazo de prescripción prudente de la acción directa del tercero contra la aseguradora podría ser de entre tres y cinco años, aplicando por analogía reglas propias de la prescripción de las acciones ejecutivas contra el aceptante de las letras de cambio o de las acciones ejecutivas generales, analogía que es posible realizar porque un sector de la doctrina ha visto en la acción directa del tercero una vía ejecutiva.

Si la acción directa es un atributo del tercero que le permite dirigirse contra la aseguradora, el llamamiento en garantía del asegurado que desea que su aseguradora de responsabilidad civil comparezca al pleito para que ésta asuma, dentro de los límites del contrato, el costo del proceso, así como el de la condena que, eventualmente, contemple la sentencia.

El llamamiento en garantía no es una figura exclusiva del derecho procesal de seguros en particular, sino que está contemplada como un elemento del derecho procesal civil general, pues puede presentarse en cualesquier tipo de juicio que verse sobre cuestiones patrimoniales o contractuales.

El llamamiento en garantía es uno de los casos de intervención forzada de terceros reconocidos por el Derecho Procesal comparado.

Al ser la intervención forzada una vinculación que opera incluso en contra de los designios del tercero es irrelevante, a partir del momento en que se produce su citación, si éste interviene activamente en el juicio o si, por el contrario, opta por una actitud pasiva, de mera contemplación, pues en cualesquier caso, la sentencia lo atará y obligará.

El llamamiento en garantía no es tan sólo un mecanismo procesal de intervención obligada del tercero, sino que también es un acto de sustitución del llamante por el llamado, mediante el que el primero procura trasladar al segundo las cargas que provengan de la acción principal promovida por el actor, en el caso que ésta sea admitida en la sentencia; traslación que se funda en razones sustanciales originadas en una relación jurídica habida entre ellos con anterioridad al juicio.

Por lo anterior, la sentencia que imponga una condena al demandado llamante no necesariamente debe ser satisfecha por el tercero llamado, pues el juez no sólo que debe resolver la controversia entre el actor y el demandado, sino también la suscitada entre el demandado y el llamado a causa del llamamiento en garantía, resolución que pasa por verificar si la misma es procedente.

El llamamiento en garantía es procedente realizarlo tanto en juicios civiles, contencioso-administrativos y hasta penales.

Las doctrinas del garantismo constitucional demandan la implementación en el

Ecuador del llamamiento en garantía y de la acción directa del tercero perjudicado, a fin de satisfacer el derecho a la plena justiciabilidad de los derechos subjetivos de las personas.

No sólo el asegurado, en su condición de consumidor del servicio prestado por la aseguradora, debe ser protegido ante los posibles abusos de ésta; también el tercero, en su calidad de víctima del daño y, por lo mismo, titular de los derechos objeto de reparación, debe ser escrupulosamente resguardado para evitar que los intereses de la aseguradora sean elevados por sobre los suyos propios.

RECOMENDACIONES

Debe realizarse una actualización y adecuación de la normativa al modelo neo-constitucional imperante, en relación a los derechos del tercero damnificado frente al seguro de responsabilidad civil.

Esa actualización debe consistir en al menos uno de los siguientes actos:

a) Una reforma integral del Art. 53 del Decreto Supremo 1147, que invierta su regla actual *pro aseguradora* por una *pro asegurado y pro tercero perjudicado*. Eso significa incorporar a esa norma la acción directa del tercero y el llamamiento en garantía de la aseguradora a favor del asegurado; y,

b) Formular una reforma al Código Orgánico General de Procesos, en el apartado relativo a la intervención de los terceros, estableciendo la intervención forzada por causa de llamamiento en garantía, estructurando un precepto que contemple las causas objetivas que justifiquen el llamamiento y el mecanismo procesal que permita ejecutarlo.

Reformar el COGEP para conceder llamamiento en garantía a los deudores o acreedores solidarios demandados, cuando el actor haya hecho uso de su derecho de demandar a su arbitrio a cualquiera de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René.** “Las Obligaciones”. (Ediar Editores LTDA. Segunda edición. Santiago, Chile. 1983).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo.** “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”. (Universidad de Chile. Imprenta Universitaria. Santiago, Chile. 1943).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA.** “Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones”. (Editorial Nascimento. Tercera edición. Tomo IV. Santiago, Chile. 1993).
- ALPA, Guido.** “Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil”. (El Jurista Editores. Lima, Perú. 2006).
- ALSINA, Hugo,** “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, (Ediar Editores. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. 1956).
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín.** “Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil”. (Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988).
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa y RAQUEL EVANGELIO LORCA.** “Seguro de Responsabilidad Civil”. Artículo en el libro Colectivo “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros”. (Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2002).
- AZULA CAMACHO, Jaime.** “Manual de Derecho Procesal” (Editorial Temis. Décima Edición. 2010).
- BARROS BOURIER, Enrique.** “Curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual”. (Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2001).
- BECHARA SANTOS, Ricardo.** “Seguro de responsabilidad civil – Acción directa del tercero contra la aseguradora – Admisibilidad en el seguro obligatorio e inadmisibilidad en el facultativo – Nuevo Código Civil brasileño – Breves referencias a la nueva Ley portuguesa de seguros”. (Artículo publicado en la Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, N°. 136, 2008 (Ejemplar dedicado a: III Congreso Hispano Luso de Derecho de Seguros).
- BIBLIOGRÁFICA OMEBA.** “Enciclopedia Jurídica Omeba”.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** “Teoría General de la Responsabilidad Civil”. (Abeledo-Perrot. Novena Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, Argentina. 1997).
- BUSTAMANTE FERRER, Jaime y ANA INÉS URIBE OSORIO.** “Principios Jurídicos del Seguro”. (Santa Fe de Bogotá, Colombo Editores, 1994).
- CASTÁN TOBEÑAS, José.** “Derecho Civil Español, Común y Foral” Tomo II – “Obligaciones y Contratos”. (Editorial REUS, Madrid, 1925).
- CHIOVENDA, Giuseppe.** “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. (Serie de Cásicos del

- Derecho Procesal Civil. Editorial Jurídica Universitaria S.A. y Asociación de Investigaciones Jurídicas -Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM-. México, DF. 2001).
- CIFUENTES**, Santos E. “Elementos de derecho civil. Parte general”. (Cuarta edición, actualizada y ampliada, Segunda reimpresión, ASTREA, Buenos Aires, 1999).
- CIMA**, Eduardo. “La citación en garantía del asegurador. Aspectos sustanciales y procesales”. (Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vol. IV. N° 2 Nueva Serie II. Córdoba, Argentina. 2013).
- CONTRERAS STRAUCH**, Osvaldo, “El interés asegurable. su relevancia en el seguro”. Artículo publicado en la Revista chilena de Derecho de Seguros, año 8, No. 16, Santiago de Chile, Octubre de 2006.
- CORRAL TALCIANI**, Hernán. “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”. (Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004).
- “Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil”. Artículo que forma parte del libro colectivo “Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia, 2013”. (Universidad Austral de Chile. Editorial Legal Publishing de Chile. 2014).
- CUADROS**, Oscar Álvaro. “Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial”. (Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina).
- CUPIS**, Adriano. “El daño. Teoría general de la Responsabilidad Civil”. (Editorial Bosch. Barcelona, España, 1975).
- DÁVILA MILLÁN**, María Encarnación. “Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal”. (Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, España. Segunda Edición. 1992).
- DEL CAÑO ESCUDERO**, Fernando. “Derecho Español de Seguros”. (Segunda edición, Madrid, 1974).
- DE LA PLAZA**, Manuel. “Derecho Procesal Civil” (Madrid. 1951).
- DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. “Teoría General del Proceso”, (Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1977).
- “Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso”. (Editorial Biblioteca jurídica Dike. 13° edición, Bogotá. 1994).
- DÍEZ DUARTE**, Raúl. “El Contrato de Promesa. Ensayo Positivo y Jurisprudencial”. (Editorial Jurídica EDIAR-CONOSUR LTDA. Santiago, Chile. 1989).
- DÍEZ-PICAZO**, Luis. “La doctrina de los propios actos”. (Editorial Bosch, Barcelona, España. 1963).
- DÍEZ-PICAZO**, Luis y **ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS**. “Instituciones de Derecho Civil”.

- (Editorial Tecnos. Madrid, España, 1998).
- DONATI**, Antígono. “Los Seguros Privados. Manual de Derecho”. (Editorial Bosch. Barcelona, España. 1960).
- ELORRIAGA DE BONIS**, Fabián. “Derecho Sucesorio”. (Abeledo Perrot. Segunda Edición actualizada. Santiago, Chile. 2010).
- FERRAJOLI**, Luigi. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. (Editorial Trotta. Madrid, 1989).
- FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO**. “Manual de Introducción al Seguro”. (Editorial MAPFRE S.A. Madrid, España. 1990).
- “Diccionario MAPFRE de Seguros”. (Editorial MAPFRE S.A. Tercera Edición. Madrid, España. 1992).
- GARRIGUES**, Joaquín. “Contrato de Seguro Terrestre”. (Imprenta Aguirre, Madrid, España. 1982).
- “Curso de Derecho Mercantil”. (Editorial Porrúa. Sexta edición. México, 1981).
- GONZÁLEZ PILLADO**, Esther y **PABLO GRANDE SEARA**. “Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13, 14 y 15”. (Artículo publicado en InDret, Revista para el análisis del Derecho. N°. 1/2005. (271). Barcelona. Febrero 2005).
- GOZAÍNI**, Oswaldo Alfredo, “Derecho procesal constitucional. Amparo”. (Santa Fé, Rubinzal Kulzoni, 2002).
- HENRÍQUEZ HERRERA**, Ian. “Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 25 de Enero de 2001. Casación en el fondo rol N° 3738-2009”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 2. 2012.
- HALPERIN**, Isaac. “Lecciones de Seguros”. (Editorial Depalma. Séptima Reimpresión. Buenos Aires, Argentina. 1993).
- “Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400”. (Editorial Depalma. Tercera Edición. Buenos Aires. Argentina. 2001).
- “La Acción Directa de la Víctima contra el Asegurador del Responsable Civil del Daño”. (Editorial La Ley, Buenos Aires, 1944).
- IRIARTE ÁNGEL**, José Luis y **MARTA CASADO ABARQUERO**. “La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario”. (Fundación MAPFRE. Instituto de Ciencias del Seguro. 2013).
- JARAMILLO**, Carlos Ignacio. “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina -radiografía de una lenta conquista-.” Artículo publicado en la Revista Ibero-latinoamericana de Seguros. Número 8. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA-CILA. Bogotá, Junio de

- 1996).
- JIMÉNEZ BLANCO**, Pilar. “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”. (Artículo publicado en la Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados. N°. 140, 2009. (Ejemplar dedicado a: El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (reglamentos "Bruselas I, Roma I y Roma II"))).
- KELSEN**, Hans. “Teoría pura del derecho”. (Editorial Porrúa S. A., México, D. F. 1991).
- LEDESMA NARVÁEZ**, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil”. (Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima, Perú. 2008).
- LÓPEZ BLANCO**, Hernán Fabio. “Comentarios al Contrato de Seguro” (Ediciones Dupré. 2a. Edición. Bogotá, Colombia. 1993).
- LORENZO**, Luis. “El privilegio del tercero damnificado”. (Artículo del libro colectivo “Daños”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1991).
- MARTÍNEZ RAVE**, Gilberto Y **CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO**. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. (Editorial TEMIS. Undécima Edición. Bogotá, Colombia. 2003).
- MAZEAUD**, Henri, **LEÓN MAZEAUD** y **ANDRÉ TUNC**. “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”. (Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1983).
- “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual” (Ediciones Jurídicas América-Europa. Buenos Aires. 1963).
- MEILIJ**, Gustavo Raúl. “Manual de Seguros”. (Ediciones Depalma. Tercera Edición. Buenos Aires. Argentina. 1998).
- MENDOZA ÁLVAREZ**, Mateo. “Contratos derivados: apuntes jurídicos para el desarrollo de un mercado en Colombia”. (Revista de Derecho Privado 2005 (35) Págs. 115-202).
- MESA CALLE**, María Cecilia. “Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil”. (Artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Núm 22. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.).
- MONTOYA MAFRENDI**, Ulises, “Derecho Comercial” Tomo II. (Editorial Cultural Cuzco S.A. Octava Edición. Lima, 1988).
- MORANDI**, Juan Carlos F. “El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan”. (Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires, Argentina, 1974).
- ORDOÑEZ ORDOÑEZ**, Andrés. “El Contrato de Seguro. Ley 389 de 1997, y otros Estudios”. (Universidad Externado de Colombia. 1998).
- “Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato” (Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2002).

- “El carácter indemnizatorio del seguro de daños”. (Artículo publicado en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Número 17. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA-CILA. Bogotá, Colombia. Marzo de 2002).
- OSPINA FERNÁNDEZ**, Guillermo y **EDUARDO OSPINA ACOSTA**. “Teoría General del Contrato y del negocio jurídico. (Quinta Edición. Bogotá: TEMIS, 1998).
- OSSA G.**, J. Efrén. “Teoría General del Seguro. El Contrato”. (Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 1991).
- OSTERLING PARODI**, Felipe y otros. “Tratado de las Obligaciones”. (Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005).
- PARRA QUIJANO**, Jairo. “Los terceros en el proceso civil” (Ediciones Librería del Profesional. Sexta Edición. Bogotá. 2001).
- PASQUAU LIAÑO**, Miguel. “Comentario a la STS 9 junio 1989; Legitimación activa del promotor para ejercitar la acción de responsabilidad por ruina de la obra contra el contratista”. Artículo en la Revista de la Universidad de Granada, No. 15. 1998.
- PEÑA TRIVIÑO**, Eduardo. “Manual de Derecho de Seguros”. (Edino, Tercera Edición. Guayaquil, Ecuador. 2003).
- PLANIOL**, Marcel. “*Traité Élémentaire de Droit Civil*”. (Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 7º edic. Paris. 1917. Tomo II. N° 876. Pág. 284.). En por **HERNÁN CORRAL TALCIANI**, en “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”.
- POPESCU**, Corneliu Mihail. “*La règle «res inter alios acta» et ses limites en droit moderne*”, 1934, Pág. 9. En por **LUIS CLARO SOLAR** en “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado” (Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979). Tomo X. Apartado 1168.
- QUINTERO DE PRIETO**, Beatriz. “Teoría Básica de la Indemnización. Manual de Responsabilidad Civil”. (Grupo Editorial Leyer. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. 2000).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA**. Diccionario de la Lengua Española. (Vigésimo Segunda Edición. 2001).
- RODRÍGUEZ DE AZUERO**, Sergio . “El arbitramento y el derecho bancario”. (Artículo incluido en el libro colectivo “El Contrato de Arbitraje”, de varios autores. Legis Editores S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá, Colombia. 2005).
- RODRÍGUEZ MORATA**, Federico. “La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra”. (Editorial Tecnos. Madrid, 1992).
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, José Ignacio. “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”. (Editorial Colex. Madrid, España. 2000).
- ROMERO SEGEL**, Alejandro. El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho.

Vol. 25. N°. 2. 1998.

- SÁNCHEZ CALERO**, Fernando. “Ley de Contrato de Seguro”, en “Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial”. (R.D.P., T. XXIV, Vol. I, Madrid, 1984).
- “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80 de 8 de octubre y a sus modificaciones. Editorial Aranzadi. Madrid. 1999).
- “Instituciones de Derecho Mercantil”. (Editorial McGraw-Hill. Vigésimo Primera Edición. Madrid, 1994).
- “La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador”. (Artículo publicado en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Número 10. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1997).
- SÁNCHEZ FLORES**, Octavio Guillermo de Jesús. “La Institución del Seguro en México”. (Editorial Porrúa. México D.F. 2000).
- STIGLITZ**, Rubén S. “Derecho de Seguros”. (Editorial Abeledo-Perrot. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. 1997).
- STIGLITZ**, Rubén S. y **GABRIEL A. STIGLITZ**. “Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor” (Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1985).
- SUETONIO**. “Vida de los Doce Césares” (Editorial Juventud. Colección Libros de Bolsillo. Barcelona, España. 1978).
- TAMAYO JARAMILLO**, Javier. “De la Responsabilidad Civil”. (Editorial Temis. Bogotá, 1999).
- TOLOSA VILLABONA**, Luis Armando. “Teoría y Técnica de la Casación”. (Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. Año 2005).
- VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María. “Teoría General del Contrato de Seguro (Conforme a la Ley Española).
- VEIGA COPO**, Abel. “Tratado del Contrato de Seguros”. (Editorial Civitas. Madrid, España. 2012).
- VÉLEZ GAVIRIA**, Piedad Cecilia. “El Ejercicio de la acción directa en Colombia - sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil”. (Artículo publicado en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. N°. 38. Bogotá. 2013. Págs. 209-225).
- VIGIL IDUATE**, Alejandro. “El alea en el contrato de seguro”, en “Contratos Aleatorio”. Leonardo **PÉREZ GALLARDO** (Coordinador) y otros. (Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Madrid, España. 2012. Págs. 195-212).
- VICENT**, Jean. “Diccionario Jurídico”. (Editorial Temis. Bogotá. 1996).
- VINEY**, Geneviève. “Traité de Droit Civil, les obligations, la responsabilité: effets” (LGDJ, Paris, 1988). Pág. 543. Citado por la **FUNDACIÓN MAPFRE** en “Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo”.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS TOMADAS DE INTERNET

CARBONELL, Miguel. “¿Qué es el garantismo?”. Artículo publicado en la página web del Centro Miguel Carbonell. Consultado el 19 de Noviembre de 2015. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve_printer.shtml.

CASTAÑEDA FLÓREZ, María Cecilia y YÉSICA PAOLA ROMERO FLÓREZ. “El llamamiento en garantía, la denuncia del pleito y la demanda de coparte en el ordenamiento jurídico colombiano. Un análisis a la luz del Nuevo Código General del Proceso”. Artículo publicado en la página web de la Revista Virtual Estudiantil del Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico. Colombia. Consultado el 16 de Noviembre de 2015. Disponible en <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/login/article/view/1171/807>

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. “La responsabilidad civil y su seguro. Un análisis bajo la perspectiva jurídica de los sistemas ‘Common Law’ y del ‘Civil Law’”. Artículo publicado en la página web de la Internacional de Derecho de Seguros Asociación / Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA). Consultado el 10 de Noviembre de 2015. Disponible en <http://www.aida.org.uk/pdf/Civil%20Article%20-%20Spanish.pdf>.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno”. Artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho. Versión online. 2015, vol.42, n.2 [citado 2015-11-06], pp. 397-422.

Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200002&lng=es&nrm=iso.

ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200002>.

CORRALES AGUDELO, Lina María. “La acción directa en el seguro de responsabilidad”. Artículo tomado de internet el 09 de Noviembre de 2015. Disponible en <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/downloadSuppFile/1286/71>.

NANTILLO, Ignacio. “De Aleatoris Pactis”. (Artículo publicado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-ensayo-nantillo.pdf>).

RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. “¿Puede del modificarse el Riesgo en los Contratos de seguro?”. Artículo publicado en la página web de UC Berkeley: Programa de Berkeley en Derecho y Economía. Obtenido de: <http://escholarship.org/uc/item/1w415128>.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Efectos relativos del contrato”. Artículo de Internet construido en base a la legislación peruana, en particular, del Código Civil de Perú de 1984. Consultado el 05 de Noviembre de 2015. Disponible en

<http://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf>.

GACETAS DEL CONGRESO DE COLOMBIA No. 564 de 31 de octubre de 2003, N° 89 de 25 de Marzo de 2004 y N° 104 de 26 de marzo de 2004

NORMAS JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES CONSULTADAS

NORMAS JURÍDICAS NACIONALES

- Constitución de la República de 2008.
- Código Civil, codificación de 2005.
- Código de Comercio.
- Código de Procedimiento Penal del año 2000, ya derogado por el vigente COIP.
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP, (Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo de 2015).
- Código Orgánico Integral Penal, COIP (Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de Febrero de 2014).
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Tributario.
- Decreto Supremo 1147, integrado al Código de Comercio en el Título XVII (“DEL SEGURO”).
- Ley de Inquilinato.
- Ley General de Seguros, incorporada al Código Orgánico Monetario y Financiero como Libro III de ese Cuerpo Legal.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial con reforma publicada en Registro Oficial Suplemento 407 de 31 de Diciembre del 2014.
- Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial (Registro Oficial Suplemento 731 de 25 de Junio de 2012).

NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

- Código Civil argentino (Código de **VÉLEZ SARSFIELD**). Ley 340 de 25 de Septiembre de 1869, ya derogado.
- Código Civil y Comercial de la Nación argentino de 2014.
- Código Civil boliviano (publicado mediante Ley No 12760 de 06 de Agosto de 1975).
- Código Civil chileno (Código de **BELLO**), publicado en 1856.
- Código Civil colombiano.
- Código Civil español (promulgado mediante Real Decreto de 24 julio 1889).
- Código Civil francés (Código de **NAPOLEÓN**).

- Código Civil italiano (*Codice Civile*) de 1942.
- Código Civil paraguayo de 1987.
- Código Civil Federal mexicano (publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928).
- Código Civil uruguayo.
- Código Civil venezolano.
- Código de Comercio boliviano (Decreto Ley N° 14379 de 25 de Febrero de 1977).
- Código de Comercio chileno. Reformado por Ley 20.667 de Abril de 2013.
- Código de Comercio colombiano -reformado por Ley 389 de 1997-.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano (Ley 1437 de Enero de 2011).
- Código de Procedimiento Civil de Colombia de 1970, derogado por el actual Código General del Proceso.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.
- Código de Seguros francés (*Code des Assurances*. Ley N° 81-5 de 7 de enero de 1981. Boletín Oficial de 8 de enero de 1981).
- Código General del Proceso colombiano (Ley 1564 de 2012, en vigencia desde el 01 de Enero de 2014).
- Código General del Proceso de Uruguay (Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988).
- Código Judicial de la República de Panamá.
- Código Judicial colombiano de 1931.
- Código Procesal Civil de Paraguay (Ley 1337).
- Código Procesal Civil peruano de 1993.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina (Ley 17454 de 27 de Agosto de 1981).
- Ley 678 de Agosto de 2001 de Colombia que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Ley de Seguros argentina (Ley 17.418 de 30 de agosto de 1967).
- Ley de Contratos de Seguros española (Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro).
- Ley del Contrato de Seguro peruana (Ley N°. 29.946).
- Ley del Contrato de Seguro venezolana. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.505 30 de Octubre de 2001, publicado en Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2001).
- Ley de Enjuiciamiento Civil española, aprobada por Real Decreto de 03 de Febrero

- de 1881 (derogada en el año 2000).
- Ley de Enjuiciamiento Civil española vigente (Ley 1/2000 publicada en el BOE - Boletín Oficial del Estado Español- el 08 de Enero de 2000).
 - Ley Sobre el Contrato de Seguro mexicana vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935.
 - Ley Sobre el Contrato de Seguro francesa de 13 de julio de 1930 (ya derogada).
 - Ley 389 de 1997 de Colombia.
 - Reglamento de Bruselas I (Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).
 - Reglamento de Roma II (Reglamento (CE) N°. 864/2007 aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 11 de Julio de 2007, en vigencia a partir del 11 de Enero de 2009, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales).

JURISPRUDENCIA EMPLEADA

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Sentencias de 13 de diciembre de 1938 por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte de Casación de Francia. Citadas por la **FUNDACIÓN MAPFRE** en “Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo”.
- Sentencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Colombia número dentro 4439 de 12 de Julio de 1995, con ponencia del Doctor **CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHOLSS**.
- Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 03 de Mayo de 1996.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de marzo de 1997. Con ponencia del magistrado **BETANCUR JARAMILLO**. Exp. 12746.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-269 del 28 de abril de 1999. Magistrada Ponente **MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO**.
- Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Colombia, de 08 de Mayo de 1974, con ponencia del Dr. **ERNESTO ESCALLÓN VARGAS**.
- Sentencia de casación de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Colombia de 10 de febrero de 2005. Expediente 7173. Magistrado Ponente, **DR. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia, de 15 de Diciembre de 2006. Exp. 2000-00276-01. Ponencia del Magistrado **JAIME ALBER-**

TO ARRUBLA PAUCAR.

- Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Colombia del 29 de Junio de 2007. Con ponencia del Magistrado **CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-408 de 2009. Magistrado Ponente **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ**.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-160 de 2010.
- Sentencia 588 de 04 de Junio de 2013 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado de Colombia, en sentencia dictada el 25 de Marzo de 2013, dentro de la Radicación número: 25-000-23-26-000-2011-00519-01 (45783), con ponencia del Magistrado **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número C-170 de 19 de Marzo de 2014.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL.

- Sentencia N°. 0309-07-RA
- Sentencia N°. 11-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009.
- Sentencia número 0001-11-SIN-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 452 de 19 de Mayo de 2011.
- Resolución No. 090-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 504 de 20 de Mayo del 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de 24 de Mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539.
- Fallo de Casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011. También aparece en Registro Oficial 43 de 19 de Marzo del 2003.
- Sentencia de casación en juicio ordinario No. 110-2003. Registro Oficial 263, 30 de Enero del 2004.
- Fallo de casación de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente 192-2007. Registro Oficial Suplemento 366 de 24 de Junio de 2008.

ANEXOS

ANEXO 1

A.1.1. MODELO DE DEMANDA POR ACCIÓN DIRECTA DE UN TERCERO CONTRA UNA COMPAÑÍA DE SEGUROS, CON BASE EN UNA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL A FAVOR DE UN HOTEL.

Original en idioma inglés acompañado de su versión en castellano en traducción libre del autor.

1 that lasted many months. Upon the family's return to Los Angeles, MOM
2 remained concerned about DOE 3's future health and emotional well-being, as she
3 noticed the changes in her daughter's personality following the rape. MOM also
4 worried about the effect that the rape would have on her younger daughter,
5 SISTER.

6 72. DEFENDANTS knew, or reasonably should have known, that the
7 conduct described herein would and did proximately result in physical and
8 emotional distress to PLAINTIFFS.

9 73. As a direct and proximate result of DEFENDANTS' wrongful acts,
10 PLAINTIFFS have suffered and will continue to suffer physical injury, pain and
11 suffering, and extreme mental anguish and emotional distress, resulting in general
12 and special damages.

13 **SIXTH CLAIM FOR RELIEF**

14 **FOR NEGLIGENT INFLICTION OF EMOTIONAL DISTRESS**

15 (By All PLAINTIFFS Against ECUASUIZA)

16 74. PLAINTIFFS incorporate the allegations in paragraphs 1 through 73
17 above by reference as though fully set forth herein.

18 75. At all relevant times, [the Hotel] was covered under a civil
19 liability insurance policy provided by [the Insurance]. The insurance policy
20 provides coverage for bodily injuries to third parties in the amount of \$2.5 million.

21 76. Payment for PLAINTIFFS' injuries and expenses was clearly covered
22 under the [the Insurance] policy. Nonetheless, [The Insurance] has continued to
23 refuse to provide coverage to [the Hotel] in the event of a settlement with
24 PLAINTIFFS, or in the event of a court awarding damages to PLAINTIFFS in the
25 Ecuadorian lawsuit. All efforts to obtain insurance coverage have been met with
26 silence and indifference by [the Insurance].

27 77. As insurers for [the Hotel], [the Insurance] had a duty to
28 handle and pay PLAINTIFFS' claim in a prompt, fair and equitable manner.

1 78. **The Insurance** breached this duty, and in so doing, either acted with
2 the intent to cause PLAINTIFFS severe emotional distress, or in reckless disregard
3 of the probability that such distress would result.

4 79. DOE 3 was in shock, distressed, and had post-traumatic stress
5 symptoms immediately following the rape. She was fearful that she had potentially
6 contracted HIV, a fear that lasted for many months and involved taking various
7 medications. DOE 3 is afraid of nighttime and of being alone. She has trust issues
8 and suffers and will continue to suffer from the long-lasting effects associated with
9 rape victim trauma. DOE 3 has become more introverted than she ever was before.

10 80. DAD and SISTER were both in an adjoining room when the rape
11 occurred. DAD saw the blood and his daughter's underwear on the floor of her
12 room, and had to attend to DOE 3's injuries immediately following the rape, with
13 very little help from the hotel. SISTER was awakened by the commotion and saw
14 the condition of her older sister – covered in blood, frightened, and half-naked.
15 SISTER has also become less trusting and more introverted. MOM, thousands of
16 miles away, received the news of the rape via a telephone conversation, and was
17 horrified by the fact that she was so far away and unable to attend to her daughter
18 during this terrible time. MOM feared that her daughter had contracted HIV, a fear
19 that lasted many months. Upon the family's return to Los Angeles, MOM
20 remained concerned about DOE 3's future health and emotional well-being, as she
21 noticed the changes in her daughter's personality following the rape. MOM also
22 worried about the effect that the rape would have on her younger daughter,
23 SISTER.

24 81. The PLAINTIFFS' emotional distress was compounded by
25 **the Insurance**'s refusal to pay for their medical bills, psychological therapy, and
26 other expenses related to this traumatic incident. PLAINTIFFS feared and
27 continue to fear that in addition to physical injury, pain and suffering,
28 **the Insurance** and **the Hotel** would not pay for necessary physical and

1 emotional treatment.

2 82. **The Insurance** knew, or reasonably should have known, that the
3 conduct described herein would and did proximately result in physical and
4 emotional distress to PLAINTIFFS.

5 83. As a direct and proximate result of **the Insurance**'s wrongful acts,
6 PLAINTIFFS have suffered and will continue to suffer physical injury, pain and
7 suffering, and extreme mental anguish and emotional distress, resulting in general
8 and special damages.

9

10 **PRAYER FOR RELIEF**

11 Wherefore, PLAINTIFFS pray for relief as follows:

- 12 1. For compensatory damages in an amount of no less than \$2.5 million;
- 13 2. For consequential damages;
- 14 3. For emotional distress damages;
- 15 4. For their attorneys' fees and costs in this action;
- 16 5. For pre- and post-judgment interest;
- 17 6. For such other, further and different relief that the Court may deem just
18 and proper.

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

... duró muchos meses. Al regreso de la familia a Los Ángeles, LA MAMÁ seguía estando preocupada por futuro de la salud y bienestar emocional de DOE 3*, como se dio cuenta de los cambios en la personalidad de su hija después de la violación, LA MAMÁ también estaba preocupada por el efecto que tendría la violación en su hija menor, LA HERMANA.

72. LOS ACUSADOS sabían, o razonablemente debían haber sabido, que la conducta descrita en este documento daría como resultado inmediato el sufrimiento físico y emocional a LA PARTE DEMANDANTE.

73. Como un resultado directo y próximo de hechos ilícitos de LOS DEMANDADOS, los demandantes han sufrido y seguirán sufriendo lesiones, dolor, sufrimiento, angustia mental extrema y angustia emocional, lo que resulta en daños generales y especiales.

SEXTA DEMANDA PARA EL ALIVIO
POR PROVOCACIÓN NEGLIGENTE DE ANGUSTIA EMOCIONAL

(Por los todos LOS DEMANDANTES contra LA ASEGURADORA)

74. LOS DEMANDANTES incorporan los alegatos de los párrafos 1 a 73 supra por referencia como se ha establecido en este documento.

75. En todos los momentos relevantes, EL HOTEL** estaba cubierto por una póliza de seguro de responsabilidad civil proporcionada por LA ASEGURADORA. La póliza de seguro ofrece cobertura para lesiones corporales a terceros por un monto de \$ 2,5 millones.

76. Los pagos de gastos y lesiones de LOS DEMANDANTES están claramente cubiertos por la póliza de LA ASEGURADORA. Sin embargo, LA ASEGURADORA ha continuado negándose a brindar cobertura AL HOTEL en el caso de un arreglo con los demandantes, o en caso de que un tribunal conceda indemnización de daños y perjuicios a la PARTE DEMANDANTE en la demanda ecuatoriana. Todos los esfuerzos

* En lengua inglesa se emplea el pseudónimo “*John Doe*” para designar a las personas cuya identidad se desconoce. En los Estados Unidos, comúnmente el nombre “*John Doe*” aparece en los textos de demandas legales para aludir a hombres que no se quiere o no se puede identificar (para mantener el real anónimo). En el caso de las mujeres se utiliza el sobrenombre “*Jane Doe*”. Para un niño o bebé que se encuentra en el mismo caso es “*Baby Doe*”. Si hay parientes se los designa como “*James Doe*”, “*Judy Doe*”, etc.

En este caso el redactor de la demanda lo usa para proteger la privacidad de su cliente, evitando que su nombre real salga a conocimiento público, dada la especial naturaleza del asunto. Para que la protección sea completa se refiere a los otros miembros de la familia como DOE 1, DOE 2, LA MAMÁ, EL PAPÁ, LA HERMANA, etc. (Nota del autor).

** En el mismo espíritu de mantener en reserva los nombres de los implicados he cubierto los nombres de la Aseguradora y el Hotel implicados en la demanda, pues se trata de reconocidos establecimientos de la ciudad de Quito.

para obtener el pago de la cobertura del seguro se han encontrado con el silencio y la indiferencia de LA ASEGURADORA.

77. LA ASEGURADORA DEL HOTEL tenía el deber de gestionar y pagar reclamos de la actora de manera pronta, justa y equitativa.

78. LA ASEGURADORA ha incumplido este deber y al hacerlo, o bien actuó con la intención de causar una severa angustia emocional a LOS DEMANDANTES, o con temeraria indiferencia a la probabilidad que tal angustia tuviera lugar.

79. DOE 3 estaba en estado de shock, angustiada y tenía síntomas de estrés post-traumático inmediatamente después de la violación. Ella tenía miedo de potencialmente haber contraído VIH, un miedo que duró muchos meses y que involucró tomar varios medicamentos. DOE 3 tiene miedo de estar a solas por la noche. Además, tiene problemas de confianza y sufre y seguirá sufriendo efectos de larga duración asociados con el trauma de la víctima de violación. DOE 3 se volvió más introvertida que nunca antes.

80. EL PAPÁ y LA HERMANA estaban ambos en una habitación contigua cuando ocurrió la violación. EL PAPÁ vio la sangre y ropa interior de su hija en el piso de su cuarto y atendió las lesiones de DOE 3 inmediatamente después de la violación, con muy poca ayuda del hotel. LA HERMANA fue despertada por el alboroto y vio la condición de su hermana mayor -cubierta de sangre, asustada y casi desnuda. LA HERMANA se ha vuelto desconfiada y más introvertida. LA MAMÁ, a miles de millas de distancia, recibió la noticia de la violación a través de una conversación telefónica, estaba horrorizada por el hecho de estar tan lejos y no poder atender a su hija durante este tiempo terrible. LA MAMÁ temía que su hija hubiera contraído VIH, un miedo que duró muchos meses. Al regreso de la familia a Los Ángeles, LA MAMÁ seguía estando preocupada por futuro de la salud y bienestar emocional de DOE 3, como se dio cuenta de los cambios en la personalidad de su hija después de la violación, LA MAMÁ también estaba preocupada por el efecto que tendría la violación en su hija menor, LA HERMANA.

81. La angustia emocional de LA PARTE ACTORA fue agravada por la negativa de LA ASEGURADORA a pagar sus cuentas médicas, terapia psicológica y otros gastos relacionados con este incidente traumático. Los demandantes temían y siguen temiendo lesiones adicionales físicas, dolor y sufrimiento, LA ASEGURADORA y EL HOTEL no paguen por el necesario tratamiento físico y emocional.

82. LA ASEGURADORA sabían, o razonablemente debían haber sabido, que la conducta descrita en este documento daría como resultado inmediato el sufrimiento físico y emocional a LA PARTE DEMANDANTE.

83. como un resultado directo y próximo de actos ilícitos de LA ASEGURA-

DORA, los demandantes han sufrido y seguirán sufriendo lesiones, dolor, sufrimiento, angustia mental extrema y angustia emocional, lo que resulta en daños generales y especiales.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Por tanto, los demandantes piden se les indemnice en la forma que sigue:

1. Por daños compensatorios en un importe de no menos de \$ 2,5 millones;
2. Por daños consecuentes***;
3. Por daños y perjuicios emocionales;
4. Por los costos y honorarios de sus abogados en esta acción;
5. Por interés antes y después del fallo;
6. Por todo otro y completo alivio que la Corte considere justo y apropiado.

*** Los daños consecuentes, en el derecho anglosajón, son los conocidos en nuestro medio como daños indirectos o colaterales. Son apreciables únicamente cuando el daño principal ha sido plenamente establecido. Por ejemplo, si un individuo incendia una casa de manera deliberada, puede ocurrir que además de dañar la propiedad que directamente incendió, haya causado perjuicios a los vecinos colindantes.

A.1.2. MODELO DE DEMANDA POR ACCIÓN DIRECTA DE UN TERCERO CONTRA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS, BAJO LA LEY SOBRE CONTRATO DE SEGUROS (LCS) Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC) ESPAÑOLAS .

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE _____

D./D.^a _____, procurador/a de los tribunales, colegiado n.º _____, en nombre y representación de **D./D.^a** _____, según acredito mediante escritura de poder que acompaño a la presente, bajo la dirección del abogado **D./D.^a** _____, colegiado n.º _____, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO**, sobre reclamación de **CANTIDAD**, contra la compañía de **Seguros** _____ con domicilio en _____, en la persona de su representante legal, para la reclamación de la cantidad de _____ euros, IVA incluido, **ejercitando la acción directa del art. 76 de la Ley 50/1980**, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

La demanda se basa en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- El día _____ mi mandante al llegar a su casa, se encontró con una serie de manchas de humedad situadas en el techo de su vivienda concretamente en el techo del comedor junto a la balconera de la terraza y también en el techo de una de las habitaciones individuales, derivando las mismas de filtraciones de agua del piso superior.

Personado un fontanero, se estableció que la inundación se debió a la rotura por oclusión de la bajante de conducción de aguas pluviales, desde el sumidero de la cubierta hasta la arqueta general de evacuación, siendo por lo tanto un problema de un elemento comunitario. Por lo que mi cliente se puso en contacto con el presidente de la comunidad comunicándole la situación, para que se pudiera informar a la aseguradora.

Se acompaña como documentos n.ºs 1 a 3, fotografías de los daños y factura del fontanero.

SEGUNDO.- La comunidad tiene concertada con la demandada una póliza de seguro de comunidades que cubre:

«2.4.- Daños agua conducciones generales con búsqueda y reparación de avería. Incluido. Se incluyen como conducciones generales los montantes y ascendientes de distribución particular de agua desde el cuarto de contadores centralizado hasta la llave de paso o entrada de la tubería en la vivienda, oficina o local asegurado.

2.10.- Responsabilidad civil derivada de daños por agua».

Por lo que el presidente de la comunidad de propietarios procedió a dar parte a la aseguradora personándose los técnicos y mas tarde el perito de la aseguradora que con-

firmó que la rotura de la bajante general, es la causa de las inundaciones producidas, declarando la responsabilidad de la comunidad de propietarios, ante la falta de conservación de los elementos comunes.

Se adjunta como documento n.º 4 la póliza de contrato de seguro n.º _____.

TERCERO.- Desde la visita por el perito de la aseguradora no se han realizado ninguna actividad por la compañía, procediéndose por el propietario de la vivienda a realizar las reparaciones ante la urgencia de las mismas, para poder seguir con su vida habitual.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto se reclaman los daños y el importe de las reparaciones necesarias, por la cantidad de Euros.

Se acompañan como documentos n.ºs 5 a 10 las facturas de las reparaciones realizadas

CUARTO.- Que tras las frecuentes conversaciones telefónicas mantenidas para el cobro de las cantidades señaladas, y ante la pasividad de la parte demandadas para su atención, se dirigió burofax en fecha _____ para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios aludidos, sin que hasta la fecha se haya procedido por los demandados a su satisfacción, no quedando a esta parte otro remedio que instar la presente demanda.

Se acompaña como documentos n.ºs 11 y 12 dicho burofaxes.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

CAPACIDAD.- Las partes ostentan la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en los arts. 6 y ss. de la LEC.

II

REPRESENTACION.- Está representado el actor/a por el procurador/a que suscribe, habilitado para ejercer en el territorio del Juzgado al que nos dirigimos, y asimismo asistido del letrado/a del Ilustre Colegio de Abogados de _____, tal y como exigen los arts. 23 y 31 de la LEC.

III

LEGITIMACIÓN.- La Activa corresponde a mi patrocinado, en su condición de perjudicado. La pasiva corresponde al empresa _____, como establece el art. 76 de la LCS, por ser la aseguradora de la responsabilidad civil del centro comercial.

IV

JURISDICCION.- Corresponde a la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 21.1 de la LOPJ.

V

COMPETENCIA.- Es competente el Tribunal al que nos dirigimos de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1.º de la LEC, que establece que salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

VI

PROCEDIMIENTO.- El art. 249.2 de la LEC, señala que se decidirán por la vía del procedimiento ordinario todas las demandas cuya cuantía exceda de 6.000 euros, como es el caso.

VII

CUANTÍA.- La cuantía de la presente litis de acuerdo con el art. 251.1ª de la LEC, asciende a

VIII

ASUNTO DE FONDO.- Se ejercita la acción directa del art. 76 de la LCS, en el que se encuentra un derecho propio del tercero perjudicado contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. La TS, Sala Primera, de lo Civil, 40/2009, de 23 de abril (SP/SENT/457243) señala que: «*Tal como ha venido definido en el Art. 76 LCS, la acción directa contra el asegurador de quien presuntamente ha causado el daño, constituye un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización. Se trata, por tanto, de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil, tal como está regulado en el actual art. 76 LCS. Tal como se ha señalado en esta Sala, es necesario que el daño "[...] tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato" (STS de 20 diciembre 2005 y las allí citadas, así como las de 10 mayo y 14 diciembre 2006)*».

Siendo objeto de cobertura del Seguro la responsabilidad civil, y estando las causas debidamente acreditadas, esto es, el mal estado y situación del sumidero y bajante de la terraza, y por ende la responsabilidad imputable a comunidad de propietarios y su aseguradora se cumplen los presupuestos para el ejercicio de la acción directa del

art. 76 tal y como establece la STS, de 1-11-2008, de la Sala 1, ^a (SP/SENT/179266) y se proceda por la aseguradora al cumplimiento de su obligación de indemnizar tal y como establece el precitado precepto.

IX

INTERESES.- Son de aplicación respecto de la aseguradora demandada los intereses del art.20 LCS, puesto que no se ha procedido por la Entidad Aseguradora (sin que por otro lado se den los presupuestos recogidos en el apdo. Octavo del mismo), a la consignación de cantidad alguna.

X

COSTAS.- Es preceptiva la condena en costas, conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 395 de la LEC.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito de demanda con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, y por formulada **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** de reclamación de cantidad, por daños causados al menor de edad, contra la empresa _____, contra la empresa _____, y después de cumplidos los demás trámites procesales, se dicte en su día Sentencia en la que se condene a la demandada al pago de la cantidad de _____ euros IVA INCLUIDO, como principal por los daños expuestos más los intereses moratorios (art.20 LCS) de dicha suma desde la fecha del siniestro, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.

OTROSÍ DIGO: Que siendo el poder general para pleitos y necesítandolo para otros usos, **SUPLICO AL JUZGADO:** que una vez tomada nota en Autos, sea desglosado y devuelto a esta parte.

Principal y otrosí por ser de Justicia que pido en _____

Fdo.: D./D.^a _____ **Fdo.: D./D.^a** _____

ANEXO 2

A.2.1. MODELO DE ESCRITO DE PETICIÓN DE LLAMADA EN GARANTÍA A UNA ASEGURADORA, BAJO EL IMPERIO DEL DEROGADO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO.

Señor
JUEZ CIVIL _____ DE _____

E. S. D.

EXPEDIENTE: _____

ASUNTO: Solicitud Llamamiento en Garantía

Yo, _____ mayor y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando como apoderado del señor _____ también mayor y de esta vecindad, demandado en el proceso de la referencia, **comedidamente solicito a usted que involucre en el presente procedimiento judicial de responsabilidad civil extracontractual, a la empresa aseguradora** _____, identificada con NIT _____, personificada por su representante legal señor _____ identificado con c.c. _____ mayor de edad y vecino de esta ciudad, en calidad de **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**, para amparar las obligaciones que resulten en el presente trámite en contra de mi mandante y a favor del demandado.

HECHOS

PRIMERO: El día _____ mi mandante suscribió contrato de seguro con la empresa _____ para amparar daños a terceros que ocurrieren en incidentes automovilísticos ocasionados con su vehículo marca _____ color, _____ placas _____, modelo, _____, con tarjeta de propiedad número _____.

SEGUNDO: Perfeccionado el contrato, se elevó póliza de seguros amparando el mencionado vehículo contra las circunstancias descritas anteriormente. La póliza de seguro empezó a regir el día _____ y su vigencia es de _____, por lo que expirará el día _____.

TERCERO: El día _____ mi mandante tuvo un accidente de tránsito causando los daños materiales demandados por la parte actora del presente proceso en su vehículo, tal y como se establece en su libelo demandatorio.

CUARTO: Teniendo en cuenta que el accidente ocurrió encontrándose en vigencia la póliza suscrita con el llamado en garantía, y que los hechos se ajustan al siniestro asegurado, es la empresa de seguros quien se verá afectada con la sentencia proferida en el presente proceso toda vez que, debe ser ella quien corra con los gastos requeridos por el demandante por los daños ocasionados en su propiedad, en virtud del contrato de seguro número _____.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamento de derecho los artículos 54, 55, 56, 57 y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil.

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas los siguientes documentos:

1. Póliza de seguros No. _____, suscrita por mi mandante y la empresa de seguros _____ la cual ampara el siniestro reclamado por el accionante en la presente acción.

2. Certificado de existencia y representación legal de la personería jurídica expedido por la Cámara de Comercio de la empresa de seguros _____ que consta que su representante legal es _____, persona a la cual se pretende citar en llamamiento en garantía.

ANEXOS

Adjunto los documentos señalados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

El suscrito las recibirá en _____.

Mi poderdante en _____.

El representante legal de la empresa aseguradora que se pretende vincular en llamamiento en garantía en _____.

Del Señor Juez,

Atentamente,

C.C. No.

T.P. No. _____ del C.S. de la J.

A.2.2. AUTO DE ADMISIÓN DE LLAMADA EN GARANTÍA DICTADO POR EL TRIBUNAL DE LO ADMINISTRATIVO DE MEDELLÍN BAJO EL IMPERIO DEL CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA (CPACA) DE 2011.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

SALA PRIMERA DE ORALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: YOLANDA OBANDO MONTES

Medellín, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

REFERENCIA	
RADICADO	05001 23 33 000 2013 01136 00
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	ALBERTO ARANGO LOPEZ Y OTROS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MEDELLIN
ASUNTO	ADMITE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
PROVIDENCIA	AUTO

Revisado el expediente, se impone resolver el llamamiento en garantía presentado por el MUNICIPIO DE MEDELLIN previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Los señores ALBERTO ARANGO LOPEZ y OTROS, actuando por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del Medio de control de Reparación Directa (art. 140 del CPACA), en contra del MUNICIPIO DE MEDELLIN , por los daños ocurridos con ocasión del deslizamiento de tierra acaecido el día 12 de abril de 2011 en un lote que manifiestan ser de propiedad del municipio, el cual colinda con un lote de su propiedad en el municipio de Medellin.

2. El Despacho mediante auto del 12 de septiembre de 2013, admitió la demanda de la referencia (fl. 459), y una vez surtida la notificación a la entidad demandada MUNICIPIO DE MEDELLIN, éste llamó en garantía a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA**, (fls. 1 y s.s. del C.4), con el fin de que fuera citada al proceso, para que eventualmente responda por los perjuicios ocasionados a los demandantes, ya que en virtud de la Póliza 05 GU70559 con vigencia del 13 de abril de 2010 hasta el 13 de abril de 2015, le asiste el derecho contractual de exigir de aquella el reconocimiento y pago de las posibles condenas que se ordenasen cancelar como resultado de la sentencia que se profiera en el proceso. (fl. 3 C. 4)

3. Ahora bien, respecto al llamamiento el artículo 172 del C.P.C.A., establece que la parte demandada podrá dentro del término de traslado de la demanda, realizar llamamientos en garantía, así:

“Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción”.

Por su parte, artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto al llamamiento en garantía, establece:

“Artículo 225. Llamamiento en Garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1.- El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.

2.- La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3.- Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4.- La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen”.

De lo anterior, se infiere que da lugar al llamamiento en garantía cuando entre la parte citada al proceso y aquélla a quien se cita en calidad de llamada existe una relación de orden legal o contractual que permita que ésta sea vinculada al proceso y sea obligada a la reparación integral del perjuicio o al reembolso total o parcial del pago, que a su vez sea impuesto al llamante en la sentencia que ponga fin al proceso.

Así mismo, se evidencia que quien realiza el llamamiento, deberá aportar la prueba siquiera sumaria del derecho a formularlo, y la existencia y representación legal del llamado, cuando éste se dirige contra una persona jurídica privada.

4. En el presente caso, se tiene que el llamamiento en garantía presentado por el MUNICIPIO DE MEDELLIN frente a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, se realizó en virtud de la suscripción de la Póliza 05 GU70559 del 16 de abril de 2010, con vigencia del 13 de abril de 2010 hasta el 13 de abril de 2015, (fl. 3 C.4)

La entidad llamante, aportó como documentos, entre otros, la Póliza de seguro 05 GU70559 del 16 de abril de 2010, para acreditar la relación contractual, y sus res-

pectivos anexos (fl. 3 del C.4), razón por la cual, se admitirá el llamamiento en garantía que ha formulado el MUNICIPIO DE MEDELLIN frente a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA UNITARIA DE ORALIDAD,**

RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA que ha formulado MUNICIPIO DE MEDELLIN frente a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en los artículos 197 y 199 del CPACA (mod. por el art. 612 del C.G.P.), se dispone:

NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE MEDIANTE MENSAJE DIRIGIDO AL BUZÓN ELECTRÓNICO destinado para notificaciones judiciales, el presente auto al representante legal de la llamada en garantía o a quien se haya delegado la facultad de recibir notificaciones, en las direcciones electrónicas consignadas en los respectivos registros mercantiles, para el efecto, el mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y del escrito de llamamiento en garantía.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS esta providencia a la parte demandante y demandada, como lo establece el artículo 171 del CPACA.

TERCERO. Verificada la notificación personal dispuesta en el numeral 2° de esta providencia, de lo cual el Secretario del Tribunal dejará la constancia que ordena el artículo 199 del CPACA, el apoderado del MUNICIPIO DE MEDELLIN, deberá remitir de forma inmediata a la llamada en garantía, a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de la contestación y sus anexos, copia del escrito de llamamiento en garantía y sus documentos adjuntos, y de este auto.

CUARTO. La entidad llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, contará con el término de QUINCE (15) DÍAS HÁBILES, para que se pronuncie frente al llamamiento y/o solicite la intervención de un tercero (inciso 2° artículo 225 C.P.A.CA.).

Este plazo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días, después de surtida la última notificación personal de llamados en garantía.

QUINTO. De conformidad con el artículo 227 del CPACA que estipula que lo no regulado en la intervención de terceros en el citado compendio normativo se regulará con lo establecido en el Código Procedimiento Civil, se dispone en armonía con el

Artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso hasta cuando venza el término para que comparezcan los llamados en garantía, término que no podrá exceder de noventa (90) días.

SEXO. RECONOCER personería a la Dra. CLAUDIA HELENA VELEZ RESTREPO portador de la TP. 83.843 del C.S.J como apoderada del MUNICIPIO DE MEDELLIN, en los términos y efectos del poder conferido visible a fl. 470 del C.1.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**YOLANDA OBANDO MONTES
MAGISTRADA**