

La acción directa y el llamamiento en garantía en la legislación ecuatoriana

Mauricio López



Serie Magíster

La acción directa y el llamamiento en garantía en la legislación ecuatoriana

Mauricio López



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster
Vol. 289

La acción directa y el llamamiento en garantía en la legislación ecuatoriana
Mauricio López

Primera edición
Coordinación editorial: Jefatura de Publicaciones
Corrección de estilo: Oswaldo Reyes
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro
Impresión: Ediciones Fausto Reinoso
Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador: 978-9942-837-31-8
© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, diciembre de 2020

Título original:

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

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho con mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros
Autor: Jorge Mauricio López Ochoa
Tutor: Santiago Rodríguez Borja
Código bibliográfico del Centro de Información: T-1982

*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 existencia.*

CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	9

Capítulo primero

EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DAÑOS CONTRA TERCEROS Y LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO	13
LA RESPONSABILIDAD	13
La responsabilidad jurídica	16
La responsabilidad civil	19
La responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	20
El daño.....	22
La indemnización.....	23
NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	27
EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	29
DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO	33

Capítulo segundo

LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO DAMNIFICADO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	37
LOS TERCEROS DAMNIFICADOS EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	37
Los terceros. Definición. Clasificación. Terceros absolutos y terceros relativos.....	37
LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO	45
Naturaleza de la acción directa	51
Evolución	54
Legitimación activa para presentar la acción directa y legitimación pasiva. El litisconsorcio necesario	58
¿Es la aseguradora deudora solidaria con el asegurado frente al tercero damnificado?	63
La prescripción de la acción directa en el seguro de responsabilidad.....	64

BASE LEGAL Y PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA ACCIÓN

DIRECTA DEL DAMNIFICADO CONTRA EL ASEGURADOR	67
Argentina y Paraguay	67
Bolivia.....	69
Brasil.....	69
Chile	70
Colombia	71
España.....	71
Italia.....	72
México y Centroamérica.....	73
Perú	74
Unión Europea.....	74
Ecuador.....	77

Capítulo tercero

EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	81
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	81
EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	
EN EL DERECHO COMPARADO	93
LA CITACIÓN EN GARANTÍA EN LOS SEGUROS	
DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	104
PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN	
DIRECTA DEL TERCERO Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	
EN ECUADOR.....	110
La cuestión constitucional. Principios	
de protección a los derechos del tercero	
damnificado y del asegurado	111
Reformas al COGEP y al Decreto Supremo 1147	115
Propuesta de reforma al COGEP.....	116
Propuesta de reforma al Decreto Supremo 1147	117
COMENTARIOS FINALES	119
BIBLIOGRAFÍA	123
Anexo	131

AGRADECIMIENTOS

Un gracias a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por el aporte a mi formación profesional.

Un enorme gracias al doctor Fabián Suárez Tinajero quien, con su reconocida experticia en el ámbito de los seguros, leyó los borradores de este trabajo y aportó valiosos consejos y sugerencias; además, me suministró suficiente material e insumos de gran valía.

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, sin dejar de mencionar la diligencia con que se empleó a la hora de revisar los avances del trabajo.

A la doctora Dana Abad por su gentil cortesía al cederme el material para esta investigación.

A mi esposa, Andrea Valeria, gracias por el soporte que me ha brindado durante todos estos años y por impulsarme a alcanzar las metas propuestas. Sin su generosidad y apoyo este libro no habría visto la luz.

INTRODUCCIÓN

El derecho es dinámico. La mayoría de las veces se lo acusa de no seguirle el paso a las contingencias sociales e históricas, y en buena medida se trata de una crítica muy bien fundada. Es notorio el hecho de que las leyes y regulaciones sobre cuestiones específicas pueden tardar años en llegar.

Sin embargo llegan, y las modificaciones que el legislador introduce en muchos casos pueden dejar, de hecho lo hacen, obsoletas apreciaciones, doctrinas y tesis que se han sostenido por algún tiempo.

El trabajo que este libro aborda en su mayor parte se sostiene. Empero, la justicia y la honestidad intelectual a la fecha que escribo este documento (julio de 2020) me llevan a matizar la inicial postura que mantuve, cuya intención era introducir cuestionamientos a nuestro sistema con el objetivo de sugerir reformas al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y a la Ley General de Seguros y al Título XVII del Código de Comercio de 1960 (Decreto Supremo 1147) que garantizan 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, al paso del tiempo.

De estos objetos, los dos primeros siguen en pie en forma incólume, mas el atinente al Código de Comercio debe ser modulado, toda vez que ese cuerpo normativo mercantil de 1960 fue derogado y reemplazado por una novísima norma promulgada en Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019. Esta norma es relevante con un

asunto puntual del ensayo presentado aquí: el Decreto Supremo 1147, que formaba parte del Código de Comercio de 1960, que en el primer inciso del art. 53 establecía que «[e]l seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado *carece*, en tal virtud, de *acción directa contra el asegurador* [...]».

En el Código de Comercio de 2019 ese primer párrafo se repite en el art. 757, pero con un añadido que no aparecía en el Decreto Supremo 1147. En el segundo aparte de la citada norma que dice que «[e]ste principio no obsta para que el tercero perjudicado pueda demandar civilmente al asegurado y *en la misma demanda pedir que se cuente con la compañía de seguros*». Evidentemente esta norma no crea una acción directa a favor del asegurado y es notoria la ambivalencia con que alude a que *se cuente* con la aseguradora, lo que plantea serias dudas acerca del efecto que esa llamada causaría en el desarrollo del proceso y en el alcance de la sentencia.

En cierta forma, esta disposición repite la oscura disposición del art. 118 de la Ley de Seguros argentina, según la cual «[e]l 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», texto profundamente criticado por Isaac Halperin, quien sostenía que por su falta de técnica legislativa, esa norma en realidad contenía una admisión, la acción directa bajo la errada denominación de «citación en garantía del asegurador».¹

El problema en el caso ecuatoriano radica en que el art. 757 del Código de Comercio de 2019 contiene una aparente antinomia entre su primer y su segundo párrafos, ya que mientras el primero declara que el asegurado no tiene acción directa contra la aseguradora, el segundo le concede la potestad de llamarla a juicio bajo una oscura fórmula de que se cuente con la aseguradora.

Me parece que la solución al problema que genera el legislador es tratar a esta disposición en la forma sugerida en mi investigación. Esto es que 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 este, pues es mi parecer que el sentido común dicta que si la víctima es titular de una acción

1 Isaac Halperin, la acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño (Buenos Aires: La Ley, 1944), 73.

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 interesados.

Esta es la solución que adopta el mismo art. 118 de la Ley de Seguros argentina, el cual fija 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 aquel.

De lo contrario, no tendría sentido práctico el llamado a juicio de la aseguradora, amén de la lamentable selección de lenguaje usada en el art. 757 del Código de Comercio de 2019. Los actos jurídicos voluntarios y judiciales deben tener un efecto y, con criterio teleológico, hemos de preguntarnos cuál es el motivo por el que el Código de Comercio admita que el tercero perjudicado llame a la aseguradora aun cuando le niegue acción directa. Mi opinión es que la restricción se accione *solamente* contra la aseguradora, sin embargo, se permite que se accione contra ambos —asegurado y aseguradora—, de manera que la sentencia producto de ese proceso haga efecto contra ambos. Estimo que tal determinación se da puesto que en ciertas legislaciones, como la española, el tercer perjudicado puede atacar judicialmente tan solo a la aseguradora, prescindiendo de cuestionar al asegurado, pues como explica Fernando Sánchez Calero, en la Ley española no existe un litisconsorcio pasivo necesario,² toda vez que el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, del 8 de octubre de 1980 fija expresamente que «[l]a acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado [...]», lo que supone que la presencia del asegurado en el juicio del tercero contra la aseguradora es, a los ojos del derecho español, indiferente. Por lo que en este aspecto, conviene seguir las directrices trazadas por Halperin y la jurisprudencia que ha estudiado el alcance y contenido del art. 118 de la Ley de Seguros argentina.

2 Fernando Sánchez Calero, «La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador», *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 10 (1997): 81.

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DAÑOS CONTRA TERCEROS Y LOS DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO

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 especializado.³ El diccionario de la Real Academia Española, 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».⁴ Por supuesto, a pesar de que es una definición que busca ser *ius-conceptualista*, no podemos exigir del diccionario idiomático

3 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 11.

4 Real Academia Española, «responsabilidad», *Real Academia Española*, accedido 01 de diciembre de 2015, <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>.

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 significa «prometer». Al añadirse el prefijo *re* (*re-spondere*) la palabra adquiere el significado de repetición o de reciprocidad, y significaría entonces prometer algo a alguien que espera una respuesta.^{5 y 6} Posiblemente, la teorización más simple es aquella que señala que «[r]esponder significa dar cada uno cuenta de sus actos»⁷ o —si se prefiere conceptos más elaborados, como el que anota Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo— también «la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta».⁸ Carlos Ducci, según cita de Enrique Barros Bourie, sostenía que

5 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 11.

6 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), esponsales, desposar, etc.

7 Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 71.

8 Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2003), 3.

«[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». ⁹ 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 autónomo. ¹⁰

La razón de ello está en que una persona, en sentido estricto, no puede nunca ser responsable ante sí misma, solo cabe serlo frente a otra o ante algo que, ciertamente, está más allá de cada uno. La responsabilidad, como concepto derivado, está ligada a la sujeción de una persona con 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 definirlo como una causalidad, sino que siempre será un efecto, el producto de una actividad resultante de la relación habida entre dos personas. Es decir, 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». ¹¹

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», ¹² 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 política ¹³ y «las responsabilidades moral, ética general, ética profesional, ¹⁴ disciplinaria,

9 Carlos Ducci, *Responsabilidad civil (ex-contractual) (memoria de prueba)* (Santiago de Chile: El Imparcial, 1936), 3.

10 Beatriz Quintero de Prieto, *Teoría básica de la indemnización. Manual de responsabilidad civil* (Bogotá: Leyer, 2000), 7-8.

11 Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1983), 1.

12 *Ibíd.*, 2.

13 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 4.

14 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

social, fiscal, y las responsabilidades jurídicas contravencional, penal y civil que, a su vez, se dividen en contractual y extracontractual y, en esta última instancia, la patrimonial del Estado». ¹⁵ En el desarrollo de este documento solo me resulta relevante la responsabilidad jurídica, por lo que pasaré en silencio las demás y me centraré en mi objetivo.

LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Una posición doctrinal señala que la responsabilidad jurídica «surge de la violación de deberes jurídicos y produce consecuencias jurídicas», ¹⁶ es sin duda un esfuerzo a considerar, pero 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 de que haya cometido o no un acto antijurídico, pues para él 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». ¹⁷ 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

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».

15 Martínez Rave y Martínez Tamayo. *Responsabilidad civil extracontractual*, 3-6.

16 Corral Talciani *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 15.

17 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Ciudad de México: Porrúa, 1991), 77.

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 empleador.¹⁸ Asimismo, el enunciado kelseniano engloba a la responsabilidad derivada por los hechos de un animal —la mascota que muerde al hijo del vecino—,¹⁹ y los producidos por objetos inanimados —el árbol que, plantado en una propiedad, estira sus raíces de tal modo que causa estragos en un predio aledaño—.²⁰ 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 esta no es sino la consecuencia jurídica, establecida por el derecho, para

18 Ecuador, *Código Civil*, art. 2220: «Toda persona es responsable, no solo 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».

19 Ecuador, *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, extravió o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal».

20 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); con base en 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 COGEP —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.

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, que suelen ser abundantes en la doctrina; se trata, más bien, de una proposición neutral, que no emite juicios de valor o de desvalor que descalifican el comportamiento del agente.²¹ La responsabilidad jurídica, así entendida, puede ser clasificada, a su vez, en responsabilidad civil, penal y administrativa. Así lo ha declarado la doctrina²² y nuestra Constitución lo refleja plenamente.²³

21 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». Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil* (Bogotá: Temis, 1999), I: 12. (Énfasis añadido).

22 Martínez Rave y Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*, 6-7. Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 17-20.

23 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 de 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.

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 que, de ser preciso, puede obtenerse por medio del ejercicio de una acción procesal.²⁴

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 responsabilidad 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 está 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*.²⁵ (Las cursivas son del 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».²⁶ 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

24 Oscar Álvaro Cuadros, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008), 172.

25 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1943), 11.

26 Mazeaud, Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, 2.

equivalentes.²⁷ 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—. ^{28 y 29}

Responsabilidad civil es un concepto tan amplio que abarca multitud de áreas del derecho, tal como lo señala Guido Alpa cuando dice:

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 jurisprudencia.³⁰

Es posible, empero, restringir la causa (o fuente) de responsabilidad civil de todas estas 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 condiciones de un pacto privado.

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

27 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 20.

28 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».

29 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 estas 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 estas son de orden económico, entonces existe justificación nexo-causal para reclamar una indemnización.

30 Guido Alpa, *Nuevo tratado de responsabilidad civil* (Lima: El Jurista Editores, 2006), 1.

primarias, que solo en el evento de verse incumplidas dan derecho a la parte afectada a reclamar el pago de daños.³¹

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 esta consiste en el deber de no lesionar o no perjudicar a otros;³² y, 2. en la responsabilidad contractual se crea una nueva obligación, que sustituye a la primera que en su momento contempló el contrato.³³

Nuestro Código Civil sigue la tesis dualista clásica pues, como se observa en el art. 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 de la ley o del hecho voluntario de una de las partes; y agrega que si el hecho del 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

31 Enrique Barros Bourier, *Curso de derecho de obligaciones. Responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Universidad de Chile 2001), 13.

32 Planiol evoca el axioma latino *alterum non laedere*, que sintetiza uno de los tres grandes principios sobre los que Roma cimentó su derecho civil. Estos 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».

33 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 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; una 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».

culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. En este último caso la intención es irrelevante porque lo sustancial es que se perpetró un daño.^{34 y 35}

EL DAÑO

En términos amplios constituye daño el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o la molestia que una persona sufre en sus bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.,³⁶ a consecuencia de actos u omisiones propias o de terceros —el daño autoinfligido 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 con el 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».³⁷ 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 reparar.³⁸ 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».

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

35 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 son del original). En Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 92.

36 *Ibíd.*, 210.

37 Barros Bourier, *Curso de derecho de obligaciones*, 118.

38 Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 160.

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 preciso 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 gravedad.³⁹

Así pues, para que haya derecho a reclamar por un daño el agente lesionado debe incurrir en una acción u omisión que sea la causa del menoscabo que ha sufrido la víctima.⁴⁰ 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 causado.⁴¹

LA INDEMNIZACIÓN

El *Diccionario de la lengua española* establece que indemnizar es resarcir un daño, es decir, es compensar un daño, perjuicio o agravio. En estricto sentido la indemnización no tiene como fin enriquecer a la víctima del daño, sino tan solo retornarla al estado en que estaba antes de que este 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.

39 Ecuador Corte Constitucional, *Resolución 0309-07-RA*, Registro Oficial, Suplemento 101, 13 de febrero de 2009. (Énfasis añadido).

40 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 solo 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 solo en ausencia del dueño.

41 Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 209.

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 que 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 debe consistir en elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios».⁴²

42 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 el 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 cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación». El art. 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 art. 1556 cuya redacción es exactamente igual a la de nuestro art. 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

Adriano de Cupis dice que la indemnización de daños pretende equilibrar los intereses afectados en la misma medida en que fueron perjudicados. Se trata, luego, de un mecanismo de mera reparación, de restablecimiento de las cosas al estado anterior, esto es, en el que se encontraban antes del hecho dañino que ocasionó la lesión⁴³. La regulación que la indemnización cubra tan solo la pérdida de la víctima fue adoptada en materia de seguros bajo la forma del «principio indemnizatorio», según el cual el valor erogado por la aseguradora en caso de siniestro debe cubrir tan solo 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 daño.⁴⁴

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 este 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

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 son del original). Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de derecho civil. Las fuentes de las obligaciones* (Santiago de Chile: Nascimento, 1993), IV: 873.

- 43 Adriano Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Bosch, 1975), 751.
- 44 Decreto Supremo 1147. art. 36: «Cuando existan varios seguros sobre el mismo riesgo, con diversos 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».

patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario». Efrén Ossa comenta estas normas y dice que:

Los seguros de daños⁴⁵ 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 jurídica.⁴⁶

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 este vuelva a quedar en las condiciones en que se encontraba antes de que se sucediera el siniestro, pero no en mejores condiciones.⁴⁷

A decir del mismo Ordoñez, la raíz de este principio debemos buscarla en los orígenes del seguro, en la prohibición de que las cosas se aseguraran por todo su valor, lo que tenía por meta fundamental evitar que el asegurado adquiriera interés en la realización del siniestro.⁴⁸

45 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 que los seguros de personas participen igualmente del principio indemnizatorio, si bien dentro de ciertas específicas y particulares circunstancias.

46 J. Efrén Ossa G., *Teoría general del seguro. El contrato* (Bogotá: Temis, 1991), 127.

47 Andrés Ordoñez Ordoñez, «El carácter indemnizatorio del seguro de daños», *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* 17 (marzo de 2002): 210.

48 Andrés Ordoñez Ordoñez, *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 76.

Asimismo, 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».⁴⁹

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 esta 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

49 Mención aparte merece Venezuela, *Ley del Contrato de Seguro de Venezuela*, Gaceta Oficial 5.553 Extraordinario, 12 de noviembre de 2001 (Decreto con Fuerza de Ley n.º 1.505, 30 de octubre de 2001), firmada por el presidente Hugo Chávez. A efectos de este trabajo 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 con 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 de que la aseguradora pueda reparar o reemplazar el bien perdido. Apreciación que es ratificada por el art. 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».

liberación del patrimonio del asegurado de las obligaciones impuestas por la satisfacción, reconocimiento o fijación de las pretensiones de los terceros». ⁵⁰ El *Diccionario Mapfre de Seguros* define al seguro de responsabilidad civil por daños a terceros de la siguiente manera:

Aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado del daño 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 asegurado. ⁵¹

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 este trabajo)— es indemnizatoria en 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

50 Isaac Halperin, *Lecciones de seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1993), 85.

51 Fundación MAPFRE Estudios-Instituto de Ciencias del Seguro, *Diccionario MAPFRE de Seguros* (Madrid: MAPFRE, 1992), 360-1.

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 con lo anterior, también se invoca, en los últimos tiempos, su función indemnizatoria, puesto que garantiza al tercero perjudicado el resarcimiento de los daños sufridos.⁵²

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 pólizas es que ese traslado lo pase a él sin menoscabo y sea asumido por el asegurador.⁵³ 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 indemnización.⁵⁴

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

52 María Luisa Atienza Navarro y Raquel Evangelio Lorca, «Seguro de responsabilidad civil», citado en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002), 819.

53 Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores, *La institución del seguro en México* (Ciudad de México: Porrúa, 2000), 585.

54 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 como resultado de acciones, omisiones o negligencias propias o de terceros que de ella dependan normativamente.

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». ⁵⁵ 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», ⁵⁶ 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». ⁵⁷ 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». ⁵⁸

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 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»; ⁵⁹ sin embargo, respecto a la determinación del momento

55 Rubén Stiglitz, *Derecho de seguros* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), II: 203.

56 Isaac Halperin, *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400* (Buenos Aires: Depalma, 2001), 950.

57 Ossa G. *Teoría general del seguro*, 99.

58 La Ley del Contrato de Seguro de Venezuela legisla en este punto, otra vez, a contrario de los principios generalmente aceptados, en sus arts. 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 art. 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.

59 Stiglitz, *Derecho de seguros*, 207.

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 este, pues solo 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 sentencia.⁶⁰

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 este. Sustento mi opinión en las reglas del Decreto Supremo 1147 contenidas en los arts. 20, 21 y 52. Los dos primeros pertenecen a

60 Joaquín Garrigues, *El contrato de seguro terrestre* (Madrid: Aguirre, 1982), 70.

las normas generales, aplicables a cualesquier clase de seguro, alusivas a los derechos y las obligaciones de las partes. El tercero lo es específicamente al seguro de responsabilidad civil. El art. 20 establece que «[e]l asegurado o el beneficiario 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 este 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 solo 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 este 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 la 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 con el 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.

DERECHOS DEL TERCERO DAMNIFICADO

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 esta 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, esta puede pedir a la aseguradora que asuma su defensa, pero quien alega ser víctima de un siniestro no tiene por qué conocer siquiera si 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.⁶¹

No es exacto decir que si el asegurado es demandado este 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 este a defenderlo, pero sí puede correr con los gastos judiciales, conforme el art. 51 del Decreto Supremo 1147, aun 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:

61 Ecuador Corte Suprema de Justicia, *Fallo de Casación de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*, Gaceta Judicial Año CIII Serie XVII. N.º 10 pág. 3011 (También aparece en Registro Oficial 43 de 19 de marzo de 2003).

el seguro establece un vínculo entre el asegurador y el asegurado, del cual es extraño el damnificado. Es la razón por la cual este no tiene acción directa contra el asegurador, sino contra el asegurado 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 este demande directamente al asegurador.⁶²

El comentario copiado es valioso porque me permite desbaratar la lógica que guía al art. 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 de que el sujeto del pedido de resarcimiento es el mismo asegurado, entonces este 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. 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, esta 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 que, tras el trámite de rigor, es rechazado por la Superintendencia de Compañías. Ahora bien, siguiendo con mi hipotético caso, el tercero damnificado, en vista de 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 este 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

62 Eduardo Peña Triviño, *Manual de derecho de seguros* (Guayaquil: Edino, 2003), 171-2.

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 esta 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, redunde en que esta 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 este 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 de que el civilismo volitivo se asienta en el principio de 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 solo 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 probada.⁶³

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 el 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).

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 ha creado en favor del damnificado para tutelarlos en forma efectiva y que es uno de los centros neurálgicos de esta obra: 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.

63 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 SEGUNDO

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

LOS TERCEROS DAMNIFICADOS EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Entender quiénes son los terceros damnificados en relación con el 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.

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

La regla general —art. 1561 del Código Civil— dicta que solo 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, este 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 contrato.⁶⁴ La palabra *tercero* designa a toda persona externa a un negocio jurídico, sea una obligación, un contrato, una relación jurídica —como un juicio—, etc. Se denomina *tercero* a todo sujeto extraño al negocio jurídico porque, en principio, este importa a dos personas: una primera que, por ejemplo, vende y una segunda que compra; todos los demás son terceros.⁶⁵ 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 del mismo, 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

64 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 de 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» (Ian Henríquez Herrera, *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.º 3738-2009, Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 2 (2012): 513-22).

65 *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».

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.⁶⁶

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. 717,⁶⁷ en el francés en el art. 1165,⁶⁸ en el chileno en el 1545, en el ecuatoriano en el 1561,⁶⁹ 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 pulida redacción es el Código Civil boliviano (publicado mediante Ley n.º 12760 del 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

66 José Ignacio Rodríguez González, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español* (Madrid: Colex, 2000), 43.

67 Paraguay, *Código Civil*, Ley n.º 1183, 01 enero 1987, art. 717: «Los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos, salvo los casos previstos en la ley».

68 Código Civil francés. art. 1165: «Los contratos solo tendrán efecto entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y solo les aprovecharán en el caso previsto en el art. 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.

69 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 solo 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 solo a aquellos sujetos de derecho que concurrieron con su voluntad a celebrar el acuerdo. En este sentido se pronunció Luis Claro Solar quien, citando a Popesco, entendió que el art. 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. (Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), X, apartado 1168.

ocasiones, cuando la ley quiere que un tercero, por causas muy precisas, sea afectado, en bien o en mal, por sus implicaciones. De esta 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 alias acta*) ni las obligan ni les confieren derechos.⁷⁰

De lo que se desprende que los terceros absolutos —a quienes los romanos denominaban *penitus extranei* (literalmente, «completos extraños») —⁷¹ son por entero ajenos al contrato, no son afectados por este 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 ni las 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).⁷² A pesar del empleo de la palabra *absolutos* para calificar a esta

70 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 1998), apartado 443.

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

72 *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*

clase de terceros, no estamos, en sentido estricto, ante una regla del todo «absoluta»,⁷³ 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, aun cuando son absolutos, sí son afectados por este. 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 este; *verbi gratia*, la prohibición de contraer matrimonio del ordinal 8.º 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 2008;⁷⁴ y

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 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 Felipe Osterling Parodi y otros, *Tratado de las obligaciones* (Lima: Fondo Editorial, 2005), 236.

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

74 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).

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 solo 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 «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».⁷⁵

Los sucesores en realidad son terceros solo 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 antecesores.⁷⁶ Esta opinión ha sido aceptada en algunas legislaciones y como muestra de ello tenemos el art. 1257 del Código

75 Ospina Fernández y Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, apartado 444.

76 El autor chileno Fabián Elorriaga de Bonis, al respecto, comenta que «lo que caracteriza al heredero o asignatario universal es que este 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 solo 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» (Fabián Elorriaga de Bonis, *Derecho sucesorio* (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010), 25–6). (Énfasis añadido).

Civil español,⁷⁷ el art. 1363 del peruano,⁷⁸ el art. 717 del Código Civil paraguayo⁷⁹ y el art. 524 del boliviano.⁸⁰

Respecto de los acreedores, estos 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 Civil,⁸¹ es decir, este tipo de terceros comprende a los acreedores comunes o quirografarios.⁸² Por esa razón, la ley concede a tales acreedores el derecho a ejercer la acción

77 Código Civil español. art. 1257: «Los contratos solo 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).

78 Código Civil peruano. art. 1363: «Los contratos solo 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).

79 Paraguay, *Código Civil*, Ley n.º 1183, 01 enero 1987, 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).

80 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).

81 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 art. 1634 y los demás casos previstos en la ley» (énfasis añadido).

82 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 Bibliografía Omeba. «Enciclopedia jurídica Omeba». t. 1, 308-9).

rescisoria pauliana,⁸³ la acción de simulación⁸⁴ 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.⁸⁵

- 83 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 Argentina 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 art. 2370.
- 84 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».
- 85 Aníbal Torres Vásquez, *Efectos relativos del contrato*, accedido 05 de noviembre de 2015, <http://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf>.

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

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 de

obtener el divorcio.⁸⁶ Por eso el empleo mismo de la locución «acción directa del tercero» puede llamar a equívocos. De ahí que Garrigues advierte 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».^{87 y 88}

86 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 Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires: Ediar, 1956), 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 Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 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 sentencia sobre el fondo del problema planteado. (Ver Oswaldo Alfredo Gozaíni, *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. (Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 11-09-SEP-CC, 07 de julio de 2009).

87 Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, 428.

88 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, aun 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).

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 francés⁸⁹ y que en el Código Civil ecuatoriano figura en el art. 2368.⁹⁰ La acción oblicua permite 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 este parece desentenderse. Joaquín Ataz López dice que «[d]e hecho algunos autores denominan a la acción subrogatoria “acción indirecta”,

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).

89 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*».

90 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 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 arts. 1906 y 1909».

precisamente para contraponerla a las acciones directas»,⁹¹ 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».⁹²

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 oblicua.⁹³ 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 deudor.⁹⁴

91 Joaquín Ataz López, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil* (Madrid: Tecnos, 1988), 63.

92 Fernando Sánchez Calero, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Pamplona: Aranzadi, 2010), 1211.

93 Hernán Corral Talciani, «La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno». *Revista Chilena de Derecho*. Versión online. 2015, vol. 42, n.º. 2. Consultado el 06 de noviembre de 2015, 397-422. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000200002&lng=es&nrm=iso, 399.

94 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 solo que debe demostrar que sufrió daño a causa del incumplimiento, sino que se requiere, además, que 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

A quien hasta aquí me ha seguido le resultará fácil deducir 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 este último, vale decir, es la «acción ejercida por un acreedor, en su nombre personal y directamente contra el tercero contratante de su propio deudor».⁹⁵ Es un concepto amplio porque alude a acciones directas varias, pues 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 este 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 vendedor.⁹⁶

las formas acción aquiliana contra el deudor incumplido. (Ver Henríquez Herrera, *Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos*).

95 Jean Vicent, *Diccionario jurídico* (Bogotá: Temis, 1996), 6.

96 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 esta 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 este último. El 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 peca 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*.

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, en suma, evitando una cadena de acciones entre todos los eslabones de la cadena de contratos.⁹⁷

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—, aun cuando no está unido por ningún vínculo jurídico con este 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 económicas.⁹⁸

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

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.

97 Miguel Pasquau Liaño, «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» *Revista de la Universidad de Granada* 15 (1998): 106.

98 Halperin, *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*.

causó un daño, con el fin de que esta 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.

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 intermedio;⁹⁹

b) Es una acción de orden contractual, a pesar de que procede entre personas entre las que 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 hacen valer en esta acción. El accionante directo puede o no tener un contrato con su deudor.¹⁰⁰

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 subdeudor.¹⁰¹

99 Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, 428.

100 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.

101 Federico Rodríguez Morata, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra* (Madrid: Tecnos, 1992), 81.

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 esta 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 este 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 oblicua.¹⁰²

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 acreedores quirografarios) que en nuestra legislación está recogido en los arts. 2388 y 2389 del Código Civil.¹⁰³ El acreedor que tiene a su favor una acción directa goza de una situación de ventaja en relación con el 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.

102 Ataz López, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, 63–4. Este autor apunta que la acción directa es formalmente similar a la subrogatoria, pero que se diferencia de esta 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.

103 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».

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 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 este, aun en caso de quiebra o de concurso civil». El Código Civil italiano de 1942 ya contemplaba esta norma veinte años antes de 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»;^{104 y 105} 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 este. 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 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 (inmune dice la ley) del derecho*

104 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*».

105 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» (Luis Lorenzo, «El privilegio del tercero damnificado», en *Daños* (Buenos Aires: Depalma, 1991), 180-1.

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 este.* Autonomía profunda, pero que presupone la existencia de una conexión entre ambos derechos.¹⁰⁶

Sin embargo, la cuestión 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 los medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima, los límites y las 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.

EVOLUCIÓN

Esta acción es —no sorprende— un artilugio de origen francés. A principios del siglo XX, en Francia, los tribunales iniciaron un

106 Sánchez Calero, «La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador», 77. (Énfasis añadido).

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 parte del contrato de seguro no tenía derecho ni legitimación para formular reclamos directamente al asegurador en caso de siniestro, tan solo podía intentar la acción indirecta u oblicua, con los problemas que ella plantea, por lo que no satisfacía los requerimientos de los terceros.¹⁰⁷ Como explica Hernán Corral Talciani:

Los intentos doctrinarios para darle [al tercero] una «acción directa» (nombre que se acuña 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 convincentes.¹⁰⁸

El debate estaba lanzado y, como consecuencia de él, Francia se convirtió en la primera 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 asegurado.¹⁰⁹

Esta norma pasó luego, con idéntica redacción, al art. L. 124-3 del Código de Seguros (*Code des Assurances*, Ley N.º 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 esta sea aceptada por la jurisprudencia, pues los tribunales franceses razonaron que si la

107 Hernán Corral Talciani, «La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador», 397-422.

108 *Ibid.*

109 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'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré.*»

aseguradora no puede pagar a nadie que no sea el tercero damnificado, este es, por fuerza, acreedor de aquella y, por tanto, debe tener capacidad de reclamar su derecho judicialmente.^{110 y 111} Francia mantuvo a la acción directa del tercero como un simple derivado 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».¹¹²

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, derivada del proyecto elaborado en Italia por Lorenzo Mossa, que nunca se convirtió en ley en su propio país.¹¹³ En otras legislaciones, como la española —donde el precepto del beneficio

110 *Ibíd.*, 399-400.

111 Los hermanos Mazeaud y André Tunc, a propósito de la norma en comento, 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, 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, Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 295).

112 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*».

113 Osvaldo Contreras Strauch, «La responsabilidad civil y su seguro. Un análisis bajo la perspectiva jurídica de los sistemas “Common Law” y del “Civil Law”», accedido 10 de noviembre de 2015, <http://www.aida.org.uk/pdf/Civil%20Article%20-%20Spanish.pdf>.

del tercero no fue aceptado sino hasta 1980—,¹¹⁴ 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 del 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 tercero.¹¹⁵

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 art. 1465 del Código Civil ecuatoriano)¹¹⁶ al caso del tercero en el seguro de responsabilidad civil y a la posibilidad de 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 solo aprovechan y perjudican a quienes los pactan y la víctima no ha sido parte en el seguro; este es para ella *res inter alios acta*. No puede decirse tampoco que haya una estipulación a favor de otro. Para que esta 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

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

115 Hernán Corral Talciani, «Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil», en *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia*, 2013 (Santiago de Chile: Legal Publishing de Chile, 2014), 567.

116 Código Civil chileno. art. 1449: «Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato».

daño sufrido por la víctima sino que no sufra él mismo por el hecho de tener que indemnizar a aquella.¹¹⁷

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 del 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 partes.¹¹⁸

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.º 14379 de 25 de febrero de 1977) la acción directa puede ser ejercida por el tercero damnificado y, en caso de que el acontecimiento dañino hubiera provocado su muerte, por sus herederos. En igual sentido, los arts. 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 causahabientes 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

117 Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual*, 596. (Énfasis en el original).

118 Rodríguez González, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, 252.

siniestro y, obviamente, contra la aseguradora de la responsabilidad.¹¹⁹ 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 daño.¹²⁰

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 este deberá asumir las consecuencias de la sentencia —o ejercer el llamamiento en garantía, cosa de la que me ocuparé en el siguiente capítulo—. 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 este, 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 interesados,¹²¹ ya que la responsabilidad de pagar una determi-

119 Osvaldo Contreras Strauch, edit., *Temas relevantes del derecho de seguros contemporáneo* (Madrid: CILA-MAPFRE, 2008), 320.

120 Colombia Sala de lo Civil de la Corte Suprema, «Sentencia de casación», *Expediente 7173*, 10 de febrero de 2005. (Énfasis añadido).

121 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 arts. 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

nada suma 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 cuantía.¹²² El tema de si el asegurado debe o no ser citado junto con 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 asegurador.¹²³

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». (Carlos Ignacio Jaramillo, «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—», *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* (8 de 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, mas no encuentro razón para impedirlo. De hecho, según Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil, les obligations, la responsabilité: effets* (Paris: LGDJ, 1988), 543, 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.

122 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).

123 Fundación MAPFRE, *Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo*, 322.

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 aquel. 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.^{124 y 125} Fernando Sánchez Calero estima que en la ley española no existe un litisconsorcio pasivo necesario,¹²⁶ Ahora bien, aclaro que esta 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:

124 Jaramillo, «La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil»: 148.

125 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». Manuel de la Plaza, *Derecho Procesal Civil* (Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1951), 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». (Alejandro Romero Segel, «El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho* 25, n.º 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». María Encarnación Dávila Millán, *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal* (Barcelona: Bosch, 1992), 51).

126 Sánchez Calero, «La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador»: 81.

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 este *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 (art. 1.142 del Código Civil,¹²⁷ en relación con el art. 156 de la LEC¹²⁸). De forma que, como viene afirmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *podrá demandar el perjudicado o sus herederos únicamente al asegurador*.¹²⁹

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 el tercero las excepciones que la ley le conceda, que deben ser solo 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 opuestas,¹³⁰ pues:

127 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».

128 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».

129 Sánchez Calero, «La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador»: 86. (Énfasis añadido).

130 Lina María Corrales Agudelo, «La acción directa en el seguro de responsabilidad», accedido 09 de noviembre de 2015, <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/downloadSuppFile/1286/71>.

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 solo 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 proceso.¹³¹

¿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 dirá que no existe tal solidaridad, pues esta 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 este libro y que en Ecuador está prescrito en el art. 1527 del Código Civil.¹³² 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

131 María Cecilia Mesa Calle, «Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil», *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, n.º 22 (2007).

132 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, solo 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».

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 del nuevo y altamente 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 art. 1987 la institución de la acción directa y la solidaridad entre aseguradora y asegurado.¹³³ 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 este».

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 solo 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.

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

133 Jaramillo, «La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil»: 133.

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 argumento de que el perjudicado no funda su derecho en el contrato de seguro de responsabilidad, sino en el daño que recibió.¹³⁴

El Código de Comercio de Colombia contiene una norma específica que regula la prescripción de la acción directa, en el art. 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 que en ningún momento es advertida en el art. 1131, por lo que a su juicio la prescripción aplicable a la acción del tercero es la extraordinaria.¹³⁵ 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:

134 *Ibíd.*, 156.

135 *Ibíd.*, 157.

Es dentro de este contexto, que adquiere singular importancia la referencia expresa que el comentado art. 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 art. 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 solo, 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 su relevancia, deben ser tomados 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 solo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria*, contemplada en el art. 1081 del Código de Comercio. Por consiguiente resulta meridiano que aun 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 percutor 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 teología.¹³⁶

136 Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, «Sentencia del 29 de junio de 2007», ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. (Énfasis añadido).

Mi opinión es que, al ser esta una acción especial, no debe estar sujeta al régimen ordinario del art. 2415 del Código Civil,¹³⁷ 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 cambio¹³⁸ 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 ejecutiva.¹³⁹

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

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.

ARGENTINA Y PARAGUAY

El inciso segundo del art. 118 de la Ley de Seguros argentina dice:

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

138 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».

139 Quienes aseveran tal tesis defienden 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. (Federico Rodríguez Morata, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 83).

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

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»,¹⁴⁰ 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 art. 118, párr. 1.º, cit., que más que privilegio es exclusión del asegurado de la indemnización debida por el asegurador, lleva necesariamente al remedio procesal idóneo para hacerlo valer, y este medio

140 Gustavo Raúl Meilij, *Manual de seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1998), 113.

idóneo es la acción directa contra el asegurador, que la ley denomina en forma atécnica, de citación en garantía».¹⁴¹

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

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 solo 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.

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 arts. 787 y 788, por los cuales crea dos modelos de seguro de responsabilidad civil, el facultativo (art. 787) y el obligatorio (art. 788), pero solo en este último concede la acción directa del tercero contra la aseguradora.¹⁴² 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.

141 Halperin «La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño», 73.

142 Ricardo Bechara Santos, «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», *Revista española de seguros*, n.º 136 (2008): 761-77. (Ejemplar dedicado al III Congreso Hispano Luso de Derecho de Seguros)

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 este para intervenir en la contienda.^{143 y 144}

CHILE

El Código de Comercio chileno no contemplaba la posibilidad de que el tercero reclamara nada a la aseguradora en forma directa hasta el año 2013, cuando fue reformado, mediante Ley n.º 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 n.º 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)¹⁴⁵

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

143 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.

144 Ricardo Bechara Santos nos informa, además, que «[g]uardadas las debidas particularidades y detalles, la recién editada ley portuguesa de seguros (Decreto-Ley n.º 72/2008), con vigencia prevista para enero de 2009, está en línea con el Código Civil Brasileño, en la medida en que, igualmente, solo admite la acción directa del tercero en los seguros de responsabilidad civil legalmente obligatorios, en el presupuesto 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, «Seguro de responsabilidad», 774).

145 Corral Talciani, «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.

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».¹⁴⁶

COLOMBIA

Hasta 1990 el Código de Comercio no contemplaba a la acción directa. Eso cambió con la Ley 45/90, cuyo art. 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 art. 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador». 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 este incumbe probar el siniestro y la cuantificación del daño sufrido.

ESPAÑA

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

146 *Ibíd.*, 408.

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 este, 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 este. 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.

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 este, 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 está obligado al pago directo si el asegurado lo reclama.

Los gastos soportados para oponerse a la acción del perjudicado contra el asegurado 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 asegurador.¹⁴⁷

147 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.

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.

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 este, 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; 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 que 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. 147 mexicano, prácticamente al pie de la letra, fue acogido por el

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».

segundo inciso del art. 986 del Código de Comercio guatemalteco de 1970— como también de 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.

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, a 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 este trabajo, 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».

UNIÓN EUROPEA

Joaquín Garrigues apunta a 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 art. 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 art. 8». Este art. 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».¹⁴⁸

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 Unión Europea, cuyos arts. 8, 9 y 10¹⁴⁹ 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 lo está (art. 8); y,

148 Garrigues, *El contrato de seguro terrestre*, 412.

149 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 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».

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 esta o, también, podía acudir ante los del Estado miembro de su propio domicilio. Al permitirse esta posibilidad que el actor elija dónde demandar, se dio reconocimiento legal a la teoría del «foro de ataque».^{150 y 151}

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 si «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».¹⁵²

La solución pasó por aplicar ambas, como se puede apreciar en la lectura del art. 18. La razón de ello es que, por un lado, se busca fortalecer la acción directa como un instrumento más para garantizar la reparación del daño; y, por otro, para que haya coherencia con las

150 José Luis Iriarte Ángel y Marta Casado Abarquero, *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario* (Madrid: MAPFRE, 2013), 27-8.

151 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.

152 Pilar Jiménez Blanco, «Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II», *Revista española de seguros*, n.º 140 (2009): 741-2. (Ejemplar dedicado al nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (reglamentos «Bruselas I, Roma I y Roma II»).

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.

ECUADOR

La esencia de este ensayo es abogar por que en nuestro país se introduzca la acción directa en 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 reglamentación 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 de 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 con base en las normas y condiciones que se establezcan en el reglamento respectivo.¹⁵³ Es una especie de pseudoseguro 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 este preste a través del Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito.¹⁵⁴

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; asimismo, el Estado, a través del sistema, asume los gastos de las personas víctimas de accidentes de tránsito, conforme las condiciones y los 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 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 pálido 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 cualquiera de las tendencias estudiadas, aunque quizá, por efecto del Reglamento, al SOAT arriba comentado podamos acercarlo un tanto a la línea brasileña que otorga

153 Reglamento que a la fecha (noviembre de 2015) no existe.

154 Digo *pseudoseguro* porque el SPPAT no es en rigor un seguro (aunque lleve por nombre tal), pues no comparte las características y los 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 que el SPPAT es una institución diferente al seguro formal y que de este solo toma el nombre.

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 le es forzoso demandar a la aseguradora o simplemente no lo hace porque desconoce de la existencia del seguro, ataca tan solo al asegurado. En tal caso, ¿tiene este 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.

EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

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 esta 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 esta 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.¹⁵⁵

El llamamiento en garantía no es una figura exclusiva del derecho procesal de seguros en particular, sino que está contemplado como un elemento del derecho procesal general, pues puede presentarse en cualquier tipo de juicio —en especial en los que versan sobre litigios contractuales y patrimoniales—, cuando cualquiera de las partes solicita 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 este 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 proceso.¹⁵⁶

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 este 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»*¹⁵⁷ (las cursivas están en el original).

155 Piedad Cecilia Vélez Gaviria, «El ejercicio de la acción directa en Colombia—sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil», *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 38 (2013): 217.

156 Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal* (Bogotá: Temis, 2010), II: 85.

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

El llamamiento en garantía es *uno* de los casos de intervención forzada de terceros reconocidos por el derecho procesal comparado que, según señala la Sala Político 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 verse afectada por los resultados del juicio o le compete la obligación de asumirlos (ver anexo):

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.º 216 del 16 de febrero de 2011*).¹⁵⁸

La intervención del tercero ocurre cuando este 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 litigio.¹⁵⁹ La intervención *forzada* del tercero tiene como nota característica que este 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 este interviene activamente en el juicio o si, por

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

159 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 COGEP 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».

el contrario, opta por una actitud pasiva, de mera contemplación, pues en cualquier caso la sentencia lo atará y obligará.¹⁶⁰ 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».¹⁶¹

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 este asuma el pago de los perjuicios que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial de las sumas a que fuere condenado como 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 llamante.¹⁶² De

160 Azula Camacho, *Manual de derecho procesal*, 304.

161 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.

162 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 divi-

esto se comprende que las relaciones jurídico procesales que surgen entre el llamante y el 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 solo 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, dado que:

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 este lo indemnice o le reembolse el monto de la condena que sufriere*» (Cas. Civ. del 28 de septiembre de 1977) (las cursivas son del original).¹⁶³

En consecuencia, la sentencia condenatoria para el tercero llamado será vinculante solo 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 solo 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

sión», 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 este 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.

163 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.

el actor, en el caso de que esta 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 Chioyenda, 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 regreso¹⁶⁴ se propone *condicionalmente*; de este modo, en la hipótesis de que quien hace la llamada sucumba frente a su contrario, el llamado, no solo se encontraría (como en la simple *litis denuntiatio*) 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 derrota¹⁶⁵ (las cursivas están en el original).

Citar al tercero, sin embargo, no es equivalente a demandarlo; se trata, más bien, de un acto de llamada, a pedido del demandado, a quien hubiera podido ser codemandado, pero a quien el actor no quiso,

164 Para Chioyenda, el llamamiento en garantía supone el ejercicio expeditivo de una acción regresiva porque en caso de 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 avalla lo anteriormente comentado respecto a que el demandado-llamante no debe limitarse a pedir que 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.

165 Guiseppe Chioyenda, *Instituciones de derecho procesal civil* (Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001), 379 y 382.

no estaba facultado u obligado a demandar y citar porque no tiene con él una relación jurídica directa.¹⁶⁶ 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 principales, se convierte en parte, es decir, ingresa al área del proceso».¹⁶⁷

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

a) La simple, que se presenta en los casos en 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 este 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 este exigir que se cite también al deudor principal, para que deduzca las excepciones que tuviere o verifique el pago».¹⁶⁸ 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 realizado;¹⁶⁹ 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:

166 *Ibíd.*, 380.

167 Jairo Parra Quijano, *Los terceros en el proceso civil* (Bogotá: Librería del Profesional, 2001), 21.

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

169 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».

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 dueño.¹⁷⁰ (Énfasis añadido)

El saneamiento por evicción no solo aplica en 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.

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.

¹⁷⁰ 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.

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 (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 judicial 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 por el 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 del Estado, estableció reglas que permiten a este 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 (COFJ) 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 la 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 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, este 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 art. 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 estos puedan ser sometidos a coactiva.¹⁷¹

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 COFJ 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:

Cuando 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.

Cuando 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

171 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 art. 172 de la Constitución y demás leyes aplicables (ver art. 34 del COFJ).

y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el art. 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 tiene por finalidad proteger el interés público y el patrimonio estatal y es un mecanismo útil para el control de la corrupción. Se trata de un control por vía negativa, pues se ejerce a través del castigo pecuniario a los funcionarios o exfuncionarios 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 de 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.

EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL DERECHO COMPARADO

Chioventa y otros autores coinciden en decir que el llamamiento en garantía es de origen germánico¹⁷² 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 proceso.¹⁷³ El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México —expedido por medio de Decreto número 77—¹⁷⁴ 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 solo por el demandado;

172 Chioventa, *Instituciones de derecho procesal civil*, 382.

173 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».

174 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 Procedimiento Civiles de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

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 art. 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 arts. 339 y siguientes.

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, estos 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 demandándola.¹⁷⁵

175 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 art. 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

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 o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio.

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, este 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.

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 este y en ese juicio concurrir el asegurador. Se trata 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 en 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 art. 118, Ley 17418, no puede ser calificada como acción directa, su aplicación práctica puede enfocarse dentro del concepto de acción directa no autónoma».

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 art. 18.¹⁷⁶

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 art. 394.¹⁷⁷ (Énfasis añadido)

176 Ley de Enjuiciamiento Civil española. art. 18: «En el caso a que se refiere la regla 4.^a del apartado 2 del art. 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».

177 *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, este solo 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.

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

La normativa ibérica no solo 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 las 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 solo 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 este 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 solo 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.¹⁷⁸

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

178 Esther González Pillado y Pablo Grande Seara, «Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13, 14 y 15», *InDret: Revista para el análisis del Derecho* 1, n.º 271 (2005): 13-4. (Énfasis añadido).

evitar sentencias inútiles. El litisconsorcio necesario es una expresión de intervención forzada.¹⁷⁹

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».¹⁸⁰

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 solo 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

179 Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil* (Lima: Gaceta, 2008), I: 391. (Énfasis añadido).

180 El art. 1759 del Código Civil paraguayo dice «[h]abrará 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.

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

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

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] vigente,¹⁸¹ 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).¹⁸²

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 derecho 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.

181 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.

182 María Cecilia Castañeda Flórez 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», *Revista Virtual Estudiantil del Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico*, accedido 16 de noviembre de 2015, <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/view/1171/807>.

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.¹⁸³ 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 arts. 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» 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 la ha entendido como instrumento para el trámite de la obligación de saneamiento por evicción que dispone el art. 1899 del Código Civil,¹⁸⁴ pese a que la redacción de la norma no señale ello expresamente.¹⁸⁵ Es por esta razón que la distinción de estas dos figuras no encuentra actualmente mayor

183 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, *Teoría general del proceso*, 364).

184 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».

185 Al respecto, Devis Echandía señala 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, *Teoría general del proceso*, 364.

respaldo en la práctica, dado que estos dos conceptos «*comparten una misma base jurídica, [y] sus diferencias resultan prácticamente imperceptibles y se derivan 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 solo consagraba la figura de la denuncia del pleito en el art. 235,¹⁸⁶ 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*»,¹⁸⁷ mientras que 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 lado, 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 comentando¹⁸⁸ (las cursivas son del 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 1 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:

186 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».

187 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.

188 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.

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 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 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».¹⁸⁹

Se trata sin duda de un esfuerzo a considerar, aunque:

- a) En estricto sentido, el Proyecto no establece una forma de 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.º 251)—,¹⁹⁰ ya que no prevé que sean una o ambas partes las que soliciten el lla-

189 Projusticia-IEDP, *Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil* (Quito: Abya-Yala, 2007), 52.

190 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».

mamiento, sino que concede al juez la potestad de ordenarlo, lo que implica que este puede disponerlo aun sin petición de alguno de los contendientes;

- b) El llamamiento *ex officio* no supe 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 solo pueda ser practicado *antes de 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 aquel 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 y es una muestra de que el legislador ecuatoriano no tomó en cuenta, al momento de redactar el COGEP, el conocimiento y la experiencia adquiridos por el Foro Nacional.

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 esta 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 extracontractual 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 reclamación.¹⁹¹

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 este 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 procesal, 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 esta 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

191 Eduardo Cima, «La citación en garantía del asegurador. Aspectos sustanciales y procesales», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba* IV, n.º 2 (2013): 273-86.

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 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 que «[e]l asegurado, demandado por el perjudicado puede llamar en causa al asegurador».¹⁹²

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 responsabilidad 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

192 El texto en lengua italiana dice «*L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore*».

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, num. 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 de 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 indemnizatoria.¹⁹³ 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 en garantía de la aseguradora? Mi

193 El num. 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.

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 de que esta 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 este texto— 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 de 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 n.º 564, de 31 de octubre de 2003,¹⁹⁴ así como en el texto aprobado en Comisión respectiva, publicado en la Gaceta del Congreso 89 de 25 de marzo de 2004.¹⁹⁵ Fue en el Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto, publicado en la Gaceta del Congreso 104 de 26 de marzo de 2004,¹⁹⁶ 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

194 Gaceta del Congreso de Colombia, accedido 17 de noviembre de 2015, http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3.

195 *Ibíd.*

196 *Ibíd.*

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:

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 (art. 11, lit. 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.º 104 de 26 de marzo de 2004, era:

9. Art. 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. Art. 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 103,¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

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.

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

197 El 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 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».

198 En su redacción primigenia, el art. 108 decía: «*Exclusivamente* para efectos de la conciliación de que trata el art. 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).

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 solo para el derecho de seguros, sino, en general, en pro del desarrollo del derecho procesal nacional.

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 Derecho—¹⁹⁹ 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 fundamentales.²⁰⁰

Luigi Ferrajoli analiza el garantismo desde tres «planos»:

- a) Epistemológico, en el cual se caracteriza como un sistema de «poder mínimo»;
- b) Político, considerado 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 las 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

199 Miguel Carbonell, «¿Qué es el garantismo?», accedido 19 de noviembre de 2015, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve_printer.shtml.

200 *Ibíd.*

constitucional puede determinarse mediante los mecanismos de «invalidación» y de «reparación», que efectivizan los derechos y las 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».²⁰¹ 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 asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.²⁰²

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 cimientan 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

201 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1989), 852.

202 Ecuador Corte Constitucional «Resolución n.º 090-15-SEP-CC», Registro Oficial Suplemento 504, 20 de mayo de 2015.

quienes son titulares de esos derechos están subordinados a un poder económico o social mayor. En el primer capítulo 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).²⁰³

En ese sentido, la necesidad de protección del tercero por causa de su posición, 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 art. 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la

203 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-160 de 2010. (Énfasis añadido).

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 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 del Código de Procedimiento Penal, 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 párrafo del art. 104 *in fine*, 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 solo el asegurado, en su condición de consumidor del servicio prestado por la aseguradora, debe ser protegido ante los posibles abusos de esta; 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 solo 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 esta, 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? 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 este libro, 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 *proaseguradora* por una *proasegurado* y *protercero*. 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 COGEP, 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.

REFORMAS AL COGEP Y AL DECRETO SUPREMO 1147

En el proceso de expedición del COGEP se perdió una oportunidad valiosa para introducir en la legislación nacional el llamamiento en garantía. El hecho de 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.

Es preciso remediar esta situación mediante la introducción de reformas que agilicen los procesos esbozados en esta obra.

PROPUESTA DE REFORMA AL COGEP

Así pues, propongo una reforma al COGEP 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 que 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, la 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 este.

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 solo 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 este ensayo, propongo una norma reformativa 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 este 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 de 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 de 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, estos 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 a 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, este 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 contrato de seguro haya expirado con anterioridad a la fecha de ocurrencia del delito.

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 este último cuente con el llamamiento en garantía; si, por el contrario, solo se aprobase introducir la denuncia del pleito, el tercero podrá atacar al asegurado, quien en guarda de sus derechos podrá obligar, por medio del llamamiento, que 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— solo 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, 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 una vía para enriquecer a las víctimas, sino tan solo 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 art. 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 explicaré en anotación complementaria*.²⁰⁴

204 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. 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 art. 1133 del Código de Comercio de Colombia *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 art. 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», Hernán Fabio López Blanco, *Comentarios al contrato de seguro* (Bogotá: Dupré, 1993), 409. (Énfasis añadido).

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.²⁰⁵

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 solo 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 sobre lo que recae el reclamo al causante del daño, sin sentido 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 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.

205 *Ibíd.*, 408-9, 12. (Énfasis añadido).

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1943.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil. Las fuentes de las obligaciones*. Santiago de Chile: Nascimento, 1993.
- Alpa, Guido. *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. Lima: El Jurista, 2006.
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1956.
- Ataz López, Joaquín. *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Atienza Navarro, María Luisa y Raquel Evangelio Lorca. «Seguro de responsabilidad civil». En *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal*. Bogotá: Temis, 2010.
- Barros Bourier, Enrique. *Curso de derecho de obligaciones. Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 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». *Revista española de seguros*, n.º 136 (2008): 761-77.
- Editorial Omeba. «Enciclopedia jurídica Omeba». Omeba. <https://www.omeba.info>.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Cima, Eduardo. «La citación en garantía del asegurador. Aspectos sustanciales y procesales». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*. IV, n.º 2 (2013): 273-86.
- Contreras Strauch, Osvaldo. «El interés asegurable. Su relevancia en el seguro». *Revista chilena de Derecho de Seguros* 8, n.º 16 (2006). Accedido 10 de noviembre de 2015. <http://www.aida.org.uk/pdf/Civil%20Article%20-%20Spanish.pdf>.
- Contreras Strauch, Osvaldo, ed. *Temas relevantes del derecho de seguros contemporáneo*. Madrid: CILA-MAPFRE, 2008.

- Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- . «Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil». En *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia, 2013*. Santiago de Chile: Legal Publishing de Chile, 2014.
- Cuadros, Oscar Álvaro. *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.
- Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch, 1975.
- Dávila Millán, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*. Barcelona: Bosch, 1992.
- De la Plaza, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1951.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1977.
- . *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1994.
- Elorriaga de Bonis, Fabián. *Derecho sucesorio*. Santiago de Chile: Abeledo-Perrot, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989.
- Fundación MAPFRE. *Manual de introducción al seguro*. Madrid: MAPFRE, 1990.
- . *Diccionario MAPFRE de Seguros*. Madrid: MAPFRE, 1992.
- Garrigues, Joaquín. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Aguirre, 1982.
- . *Curso de derecho mercantil*. Ciudad de México: Porrúa, 1981.
- González Pillado, Esther, y Pablo Grande Seara. «Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 13, 14 y 15». *InDret* 1/2005 (2005): 1-39.
- 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.º 3738-2009». *Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 2 (2012): 513-22.
- Halperin, Isaac. *Lecciones de seguros*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- . *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. Buenos Aires: Depalma, 2001.

- . *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*. Buenos Aires: La Ley, 1944.
- Iriarte Ángel, José Luis, y Marta Casado Abarquero. *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*. Madrid: MAPFRE, 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—». *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n.º 8 (1996).
- Jiménez Blanco, Pilar. «Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II». *Revista española de seguros* n.º 140 (2009): 741-65.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 1991.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al contrato de seguro*. Bogotá: Dupré, 1993.
- Lorenzo, Luis. «El privilegio del tercero damnificado». En *Daños*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- Martínez Rave, Gilberto, y Catalina Martínez Tamayo. *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 2003.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud, y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1983.
- . *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1963.
- Meilij, Gustavo Raúl. *Manual de seguros*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- Mesa Calle, María Cecilia. «Reflexiones procesales sobre la acción directa en el seguro de responsabilidad civil». *Revista Responsabilidad civil y del Estado*, n.º 22 (2007).
- Ordoñez Ordoñez, Andrés. *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- . *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- . «El carácter indemnizatorio del seguro de daños». *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 17 (2002): 209-45.
- Ospina Fernández, Guillermo, y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 1998.
- Ossa G., J. Efrén. *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis, 1991.
- Osterling Parodi, Felipe et al. *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial, 2005.

- Parra Quijano, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Bogotá: Librería del Profesional, 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». *Revista de la Universidad de Granada* 15 (1998).
- Peña Triviño, Eduardo. *Manual de derecho de seguros*. Guayaquil: Edino, 2003.
- Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría básica de la indemnización. Manual de responsabilidad civil*. Bogotá: Leyer, 2000.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Consultado 01 de diciembre de 2015. <https://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>.
- Rodríguez Morata, Federico. *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*. Madrid: Tecnos, 1992.
- Rodríguez González, José Ignacio. *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*. Madrid: Colex, 2000.
- Romero Segel, Alejandro. «El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia». *Revista Chilena de Derecho* 25, n.º 2 (1998): 387-422.
- Sánchez Calero, Fernando. «Ley de Contrato de Seguro». En *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1984.
- . *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80 de 8 de octubre y a sus modificaciones*. Madrid: Aranzadi, 1999.
- . *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: McGraw-Hill, 1994.
- . «La acción directa del tercero damnificado contra el asegurador». *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 10 (1997): 77-90.
- Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. *La institución del seguro en México*. Ciudad de México: Porrúa, 2000.
- Stiglitz, Rubén S. *Derecho de seguros*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Stiglitz, Rubén S., y Gabriel A. Stiglitz. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, 1999.
- Vélez Gaviria, Piedad Cecilia. «El ejercicio de la acción directa en Colombia—sus implicaciones con la acción de responsabilidad civil». *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 38 (2013): 209-25.
- Vicent, Jean. *Diccionario jurídico*. Bogotá: Temis, 1996.
- Viney, Geneviève. *Traité de Droit Civil, les obligations, la responsabilité: effets*. París: LGDJ, 1988.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- Carbonell, Miguel. «¿Qué es el garantismo?». Accedido 19 de noviembre de 2015. 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». Accedido 16 de noviembre de 2015. <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/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”». Accedido 10 de noviembre de 2015. <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». *Revista Chilena de Derecho* 42, n.º 2 (2015): 397-422. 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». Accedido 09 de noviembre de 2015. <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/downloadSuppFile/1286/71>.
- Nantillo, Ignacio. «De Aleatoris Pactis». Accedido 09 de noviembre de 2015. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-ensayo-nantillo.pdf>.
- Torres Vásquez, Aníbal. «Efectos relativos del contrato». Accedido 05 de noviembre de 2015. <http://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf>.

NORMAS JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES CONSULTADAS

NORMAS JURÍDICAS NACIONALES

- EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre.
- . 2005. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio.
- . 2019. *Código de Comercio*. Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo.

- . 2000. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero.
- . 2015. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo.
- . 2014. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero.
- . 2009. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo.
- . 2005. *Código Tributario*. Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio.
- . 1963. *Decreto Supremo 1147*. Registro Oficial 123, 07 de diciembre.
- . 2000. *Ley de Inquilinato*. Registro Oficial 196, 01 de noviembre.
- . 2014. *Ley General de Seguros*. Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre.
- . 2000. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 116, Suplemento, 10 de julio.
- . 2014. *Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 407, Suplemento, 31 de diciembre.
- . 2012. *Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial*. Registro Oficial 731, Suplemento, 25 de junio.

NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

- AR. 1869. *Código Civil*. Ley 340, 25 de septiembre.
- . 1967. *Ley de Seguros 17.418*. Boletín Oficial, 06 de septiembre.
- . 1981. *Código Procesal Civil y Comercial*. Ley 17454, 27 de agosto.
- BO. 1975. *Código Civil*. Ley 12760, 06 de agosto.
- . 1977. *Código de Comercio*. Decreto Ley 14379, 25 de febrero.
- CL. 1856. *Código Civil*. 31 de mayo.
- . 2013. *Código de Comercio*. Ley 20.667, abril de 2013.
- CO. 1873. *Código Civil*. Diario Oficial 2.867, 31 de mayo.
- . 1931. *Código Judicial*. Diario Oficial 21.823, 24 de octubre.
- . 1970. *Código de Procedimiento Civil*. Decretos 1400 y 2019, 06 de agosto y 26 de octubre.
- . 1971. *Código de Comercio*. Diario Oficial 33.339, 16 de junio.
- . 1997. *Ley 389*. Diario Oficial 43.091, 24 de julio.
- . 2001. *Ley 678*. Diario Oficial 44.509, 04 de agosto.
- . 2011. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 47.956, 18 de enero.
- . 2014. *Código General del Proceso*. Ley 1564, 01 de enero.

- EC. 2000. *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 12, 22 de diciembre.
- ES. 1881. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Real Decreto, 03 de febrero.
- . 1889. *Código Civil*. Real Decreto, 24 de julio.
- . 1980. *Ley de Contratos de Seguros 50/1980*. Boletín Oficial del Estado 250, 17 de octubre.
- . 2000. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado, 08 de enero.
- EU. 2007. *Reglamento (CE) 864/2007*. Diario Oficial de la Unión Europea, 11 de julio.
- FR. 1804. *Código Civil*. 21 de marzo.
- . 1930. *Ley Sobre el Contrato de Seguro*. 13 de julio.
- . 1981. *Código de Seguros*. Boletín Oficial, Ley 81-5, 07 de enero de 1981.
- IT. 1942. *Código Civil*. Gaceta Oficial 79, 4 de abril.
- MX. 1928. *Código Civil Federal*. Diario Oficial, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto.
- . 1935. *Ley Sobre el Contrato de Seguro*. Diario Oficial de la Federación, 31 de agosto.
- . 1943. *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Diario Oficial, 24 de febrero.
- PA. 2001. *Código Judicial*. Diciembre.
- PE. 1993. *Código Procesal Civil*. Resolución Ministerial 10-93, 24 de abril.
- . 2012. *Ley de Contrato de Seguros 29.946*. 27 de noviembre.
- PY. 1987. *Código Civil*.
- . 1988. *Código Procesal Civil*. Ley 1337, 20 de octubre.
- UY. 1988. *Código General del Proceso*. Ley 15.982, 18 de octubre.
- . 1994. *Código Civil*. Ley 16.603, 19 de octubre.
- VE. 2001. *Ley del Contrato de Seguro*. Gaceta Oficial 5.553, Extraordinario, 12 de noviembre.
- . 1982. *Código Civil*. Gaceta Oficial 2.990, 26 de julio.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- CO Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. 2013. «Sentencia». *Radicación 25-000-23-26-000-2011-00519-01 (45783)*, ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 25 de marzo.
- CO Corte Constitucional. 1999. «Sentencia C-269». Magistrada ponente Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, 28 de abril.
- . 2009. «Sentencia C-408». Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- . 2010. «Sentencia T-160».
- . 2014. «Sentencia C-170». 19 de marzo.

- CO Corte Suprema Sala de Casación Civil. 2006. «Sentencia». *Expediente 2000-00276-01*, ponencia del magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, 15 de diciembre.
- CO Corte Suprema Sala de lo Civil y Mercantil. 1995. «Sentencia 4439». 12 de julio.
- CO Corte Suprema Sala de lo Civil. 1974. «Sentencia». Ponencia del doctor Ernesto Escallón Vargas, 08 de mayo de 1974.
- . 2005. «Sentencia de casación». En *Expediente 7173*, Magistrado ponente doctor César Julio Valencia Copete, 10 de febrero.
- . 2007. «Sentencia». Ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 29 de junio.
- FR Corte de Casación Sala de Casación Civil. 1938. «Sentencias». 13 de diciembre. En MAPFRE. 2008. *Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo*. Madrid: MAPFRE.
- PA Corte Suprema de Justicia Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. 1996. «Sentencia». 03 de mayo.
- VE Tribunal Supremo de Justicia Sala Político Administrativa. 2013. «Sentencia 588». 04 de junio.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Constitucional

- EC Corte Constitucional. s. f. «Sentencia 0309-07-RA».
- . 2009. «Sentencia 11-09-SEP-CC». 07 de julio.
- . 2011. «Sentencia 0001-11-SIN-CC». Registro Oficial 452, Segundo Suplemento, 19 de mayo.
- . 2015. «Resolución 090-15-SEP-CC». Registro Oficial 504, Suplemento, 20 de mayo.

Corte Suprema de Justicia

- EC Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 2001. «Sentencia». En *Gaceta Judicial*, año CII, serie XVII, n.º 6: 1539, 24 de mayo.
- . 2002. «Fallo de casación». En *Gaceta Judicial*, año CIII, serie XVII, n.º 10: 3011.
- . 2004. «Sentencia de casación». En *Juicio ordinario n.º 110-2003*. 30 de enero.
- EC Corte Suprema de Justicia Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. 2008. «Fallo de casación». En *Expediente 192-2007*. 24 de junio.

ANEXO

De esta afirmación se desprenden dos inferencias: 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.

La segunda inferencia es 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 parte, es decir, que quien interviene como tercero *ad excludendum* pretende 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 con el asunto medular del proceso, puede deducir una acción contra sus codemandados. 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 coparte, 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”, Jorge Fábrega, *Estudios Procesales* (Panamá: Editora Jurídica Panameña, 1989), 452».

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

274	Andrea Angulo, <i>La difusión de la música alternativa en la comunidad virtual</i>
275	Eduardo Yumisaca Jiménez, <i>La interculturalidad en las bandas de fusión musical</i>
276	Gabriela Argüello, <i>El centenario de la comuna de Santa Clara de San Millán</i>
277	Juan Pablo Guerrero, <i>Aproximación intercultural del «delito»: Su tratamiento en la justicia estatal y en la justicia indígena</i>
278	Monserate Gómez, <i>Diálogos y tensiones entre comunidad y museo en Quito (2009-2014)</i>
279	Santiago Andrade Mayorga, <i>Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador</i>
280	Diego Peña, <i>El convenio de accionistas en Ecuador</i>
281	Manai Kowii, <i>Sumakruray: Debates sobre el arte kichwa</i>
282	Gustavo Freire, <i>Formación en turismo: Una perspectiva empresarial</i>
283	Ana Robayo, <i>De la hacienda al Quito urbano: El caso del barrio La Concordia # 1</i>
284	Katty Bravo, <i>Brujas y diablos en el corregimiento de Yauyos (1660)</i>
285	Paulo César Gaibor, <i>Criminología mediática y victimología del miedo</i>
286	Iván Viteri, <i>Violencia simbólica y gestión educativa</i>
287	María Belén Garcés Custode, <i>Ecuador: Capitán Escudo y la construcción de la nación</i>
288	Yuri Gómez, <i>Luz y sombra en los Andes: Imagen fotográfica y poder en Martín Chambi y Sebastián Rodríguez</i>
289	Mauricio López, <i>La acción directa y el llamamiento en garantía en la legislación ecuatoriana</i>

El llamamiento en garantía es una institución del derecho procesal universal; la acción directa del tercero es una herramienta eficaz para asegurar los derechos de las personas perjudicadas por un individuo por quien puede responder una segunda persona.

En Ecuador, ambas instituciones no habían sido recogidas en la legislación positiva sino hasta 2019. El art. 53 del Decreto Supremo 1147 prohibía que un tercero reclamase a la aseguradora la indemnización de los daños producidos por el asegurado, norma que entraba en conflicto con ese ordenamiento constitucional. Esta contradicción fue parcialmente solventada en el Código de Comercio promulgado en mayo de 2019.

Este libro desentraña el origen, instrumentación y efectos de ambas instituciones y su aplicabilidad en el país con miras a modernizar el derecho procesal y disminuir los pasos que debe seguir una persona que ha sufrido menoscabo patrimonial para ver resarcidos sus derechos.

Mauricio López (Quito, 1981) es licenciado en Ciencias Públicas y Sociales (2004), doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales de la República del Ecuador (2009) por la Universidad Central del Ecuador; y magíster en Derecho con mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

