

La vida es el mayor de todos los bienes (y merece tener sus propios instrumentos normativos de protección, de una vez por todas).

Con la voluntad (y el forzamiento extremo de los institutos de la responsabilidad civil) no alcanza.

Oswaldo R. Burgos.

1- Palabras liminares: bienes jurídicos a proteger, daños, discurso.

Hace más de cincuenta años, un hombre advirtió, entre tantas otras, la necesidad de establecer un seguro obligatorio para automóviles en la República Argentina. Y de regularlo inmediatamente después –es decir, en sección separada- de lo que estimó debía ser la parte general del contrato de seguros sobre (y no, como mal suele decirse aún en pronunciamientos judiciales de instancias superiores, “*contra*”) la responsabilidad civil.

Los automóviles que circulaban por las rutas y por las calles de nuestro país en la época de Halperin no eran asimilables, en modo alguno, a los que vemos hoy. Ni en cantidad ni en potencial de riesgo.

Los accidentes de tránsito entre aquellos años y éstos, no pueden compararse. Tampoco la litigiosidad de la sociedad que habitamos, hoy exponencialmente crecida por décadas de descrédito hacia el sistema común.

Sin embargo, desde la *realidad social* de la que participaba, hace más de cincuenta años, Isaac Halperin propuso ciertas cuestiones insoslayables hoy, cuya inexistencia en la normativa vigente ha impedido –o, en el menos gravoso de los casos, ha dificultado notoriamente- la pacificación de una jurisprudencia adecuada a la noción común de justicia en la que nuestra sociedad se sustenta.

En el discurso jurídico, lo sabemos, la interpretación y los alcances de *aquello que se dice* tienen que ver, sustancialmente, por determinar *dónde se decide decirlo*. Ya he desarrollado este tema de modo suficiente, según creo, en trabajos anteriores hacia los que me remito, por obvias razones de brevedad.¹

¹ BURGOS, Oswaldo R. *La solidaridad de la responsabilidad de la A.R.T. en una acción de reparación plena: la imposición de un principio moral con el discreto encanto de lo arbitrario* en MicroJuris 26/05/08, comentario a fallo *Roa Mira Felipe Neri c/ Basigalup Oscar y otros*, referencia MJD 2593

Solo me baste decir hoy, al respecto, que la limitación de la virtualidad significativa que decida acordársele a una regulación –por su inclusión en uno u otro sistema de prescripciones- no suele responder a la casualidad.

No parece azarosa, en este sentido, la división en dos secciones de la regulación proyectada por Isaac Halperin y tampoco lo es la confusión planteada por su omisión en la legislación vigente, desde hace más de cuarenta años.

Menos caprichosa aún parece la decisión legislativa de establecer la obligatoriedad del seguro para *automotores, acoplados, semiacoplados y motocicletas* – “*que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no*”- fijada como de paso, en una aislada disposición de una norma genérica que nada tiene que ver con el tema específico del complejo contrato que nos ocupa.² Volveremos sobre este punto al finalizar este trabajo.

Por ahora, podemos dar por válido que tratándose de seguro, en última instancia, todo tiene que ver con la aprehensión que se tenga sobre el fenómeno del daño.

Esto es; *cuáles* son los bienes jurídicos, sujetos a riesgo, que decidimos proteger; y luego, *cómo* –con qué alcances, bajo el amparo de qué instrumentos de derecho- elegimos extender la protección que advertimos necesaria.

Más allá de las intenciones con las que se haga, no parece saludable –pensando en la posibilidad de crédito del sistema común y, consecuentemente, en la necesidad de facilitar un *hábito general de obediencia* por el que, en términos de Austin, *la mayoría de las personas cumplan naturalmente la mayoría de las normas que regulan su interrelación*- obligar a los juzgadores a la formulación de acrobacias argumentativas, por imposibilidad manifiesta de las normas disponibles.

No cualquier regulación resulta apta para salvaguardar cualquier interés, por muy loable, compartido o vital que éste se considere.

Forzar los conceptos jurídicos en uso y resistirse a sustituirlos, importa ampliar innecesariamente el margen de incertidumbre en el sistema de imposición de justicia. Y ello, a largo plazo, claro está, desprotege a los sujetos más débiles de la sociedad que así decide comportarse.

² Artículo 68, Ley Nacional de Tránsito, n° 24.449.

En esta perspectiva, me parece, la formulación de expectativas desmedidas podría negar las más básicas condiciones de posibilidad para el desarrollo de una regulación adecuadamente tuitiva.

Esto es: no se trata de una vana pretensión de *extinguir, hacer desaparecer o*, mucho menos, *de impedir* la dañosidad –en tanto la propia existencia social y, mucho más claramente, el contrato que nos ocupa se justifica, en última instancia, por la presencia de una *expectativa de advenimiento del daño*- sino, muy por el contrario, de disminuir la entidad de sus consecuencias disvaliosas.

Ésta, creo, es la intuición fundamental del proyecto Halperin, que la ley 17.418, lejos estuvo de receptor.

En semejante convencimiento y dentro del marco de los escuetos límites fijados para este trabajo, habré de proponer que nos detengamos, al menos, en dos planos posibles de significación:

- a) Advirtiendo las más notorias diferencias entre el seguro de responsabilidad civil y el seguro obligatorio de automóviles, dentro del mismo proyecto Halperin.
- b) Resumiendo algunas de las posiciones no receptoras, en uno y otro caso, por la Ley 17418 y las consecuencias más notorias de este apartamiento de la regulación, respecto de su fuente.

Discriminación olvidada, por un lado, y distanciamiento injustificado, por el otro, en el que se han enmarcado muchas discusiones doctrinarias surgidas durante más de cuarenta años de regulación positiva y que, de una u otra forma, ya habían sido zanjadas por el proyecto.

Con las limitaciones impuestas por el respeto al carácter colectivo de esta obra, entonces, intentaré anotar a través de las líneas que siguen algunas de las complicaciones innecesarias que la Ley 17418 ha hecho recaer sobre el contrato más antiguo, conflictivo y expandido de nuestra estructura social.

2- “Seguro de la responsabilidad civil” y “Seguro obligatorio por la responsabilidad de automotores” en el proyecto Halperin.

El proyecto Halperin dedica apenas diez (10) artículos a la regulación del *Seguro de la responsabilidad civil* –desde el 114 hasta el 123, ambos inclusive- y dispone veintiuno

(21) –desde el 124 al 144- para aquello que llama *seguro obligatorio por la responsabilidad de automotores*.

La notoria diferencia de extensión entre ambas secciones –sección X y sección XI de la norma proyectada- supone, claro está, un primer indicio sobre la importancia adjudicada a uno y otro bien jurídico protegido. Y, desde luego, la atribución de importancias disímiles requiere, previamente, la diferenciación de los objetos: el seguro de responsabilidad civil no es suficiente para garantizar el bien superior que es la integridad de la víctima de un accidente de tránsito, la minimización de su dolor, la disminución de las consecuencias disvaliosas que el daño por ella sufrido instaura en el entramado social que la involucra.

Ello no altera, sin embargo, el fin lógico de la cobertura de responsabilidad civil, que es proteger el patrimonio del asegurado, manteniéndolo indemne ante el reclamo de un sujeto ajeno a la contratación y que se pretenda dañado por el bien objeto de la misma.

Lo sabía Halperin, que en su regulación de la sección X utiliza en cinco (5) ocasiones la palabra *tercero* y en cuatro (4) la palabra *damnificado*, pero no se refiere ni siquiera en una oportunidad a la *víctima*. Y que, por el contrario, al ocuparse de los accidentes de tránsito, en su desarrollo de la Sección XI, recurre en seis (6) oportunidades a la palabra *víctima*, abandonando la terminología antes utilizada.

Ante la carencia alarmante de la regulación disponible y la necesidad acuciante de *desvictimizar la coexistencia*, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional parece haber ido olvidando, paulatinamente, la insalvable diferencia conceptual existente entre las herramientas jurídicas pensadas para proteger bienes –naturalmente convencionales- y los elementos indispensables para garantizar la integridad personal de los sujetos dañados –cuya imposición legislativa no puede dejarse al arbitrio de aquellos que ostentan, ocasionalmente, intereses asegurables sobre los bienes con aptitud de dañar-.

Ello solo puede alejarnos de la discusión primordial, respecto de esta materia: no se trata de inventar usos impensados para las coberturas disponibles, sino de reconocer sus carencias y generar herramientas para la protección adecuada de aquello que intentamos proteger. Y que, en este particular, no es otra cosa que la vida misma.

En el derecho de seguros –que ha de evolucionar a la par de la complejidad creciente de los riesgos asegurables- no puede hablarse de lagunas sino de oportunidades y necesidad de regulación.

Decíamos que la Sección X (*seguro de la responsabilidad civil*) del proyecto Halperin, utiliza en cinco (5) oportunidades la palabra *tercero* –en apenas diez artículos–

Lo hace, en los siguientes contextos:

- a) Art. 114: “*el asegurador se obliga a mantener al asegurado indemne por las prestaciones que deba a un tercero en razón de su responsabilidad*”.
- b) Art. 115: “*la garantía del asegurador comprende la dirección de la litis promovida por el tercero*”.
- c) Art. 116: “*El asegurador se libera cuando el asegurado provocó dolosamente o por culpa inexcusable el hecho del que nace su responsabilidad hacia el tercero*”.
- d) Art. 119: Obligación de denunciar el hecho del que pudiera nacer la responsabilidad en el término de cuatro días de producido o, si antes no lo conoció, “*desde la reclamación del tercero*” y obligación del asegurado de dar noticia inmediata a su asegurador “*cuando el tercero hace valer judicialmente su derecho.*”

La simple lectura de lo aquí enumerado, creo, nos puede dar una clarísima idea de lo que debe entenderse como *Seguro de responsabilidad civil*, al menos en los términos de este proyecto que, huelga decirlo, compartimos sin reservas. Y nada tiene que ver con formulaciones posteriores que pretenden amparar bajo esta cobertura el interés superior de proteger la indemnidad psicofísica o *psicosomática* de las víctimas. Tema, éste último, que requiere de una urgente determinación para su abordaje específico y que ya no resiste forzamientos conceptuales –volvemos a decirlo– más allá de cuáles fueran las intenciones que los justifiquen.

Notoriamente, la responsabilidad del asegurador en el proyecto Halperín se tornan mucho más gravosa en la Sección XI (*Seguro obligatorio por la responsabilidad por automotores*) que en los primeros diez artículos del título (*Seguro de la responsabilidad civil*). Allí, se advierte:

- a) La ultraactividad de la obligación comprometida (hasta quince días después de extinguido el contrato, artículo 131),
- b) La imposibilidad, para el asegurador, de hacer valer como limitante el grado de responsabilidad del asegurado frente a la víctima de un accidente de tránsito con dos o más responsables (art. 133),

- c) La subordinación del derecho a la subrogación –elemento básico del contrato, en su parte general- a la previa indemnización integral de la víctima (art. 134),
- d) La valoración del *daño intencional o por culpa inexcusable* del asegurado, solo para hacer nacer la repetición en su contra, pero no para excluir la responsabilidad del asegurador (art. 135) –en contraposición al artículo 121, sobre responsabilidad civil, que impidiendo al asegurador la oposición de defensas “*nacidas del contrato o de la ley, anterior o posterior al hecho del que nace la responsabilidad*” deja subsistente, sin embargo, las originadas en el hecho fuente de responsabilidad, expresamente establecidas en el artículo 116- e, incluso,
- e) El nacimiento de una obligación originada en el desarrollo de la actividad y que no reconoce su causa en ningún contrato celebrado (art.136, por el que “*cuando no es posible determinar el vehículo que causó el daño, los aseguradores autorizados a contratar seguros de esta clase son solidariamente responsables hacia la víctima*” dividiéndose la deuda, entre ellos, a prorrata de las primas percibidas en el año anterior).

En esta última prescripción en particular, el *seguro obligatorio por la responsabilidad por automotores* ingresa claramente en el terreno de la seguridad social, configurando en ese envió una decisión irreprochable: el interés común de minimizar socialmente las consecuencias disvaliosas de un daño, según venimos exponiendo, mal puede librarse al arbitrio de voluntad de dos sujetos que, convencionalmente, decidan vincularse por un contrato de seguro.

No entenderlo así puede llevarnos, progresivamente y sin advertirlo, a sostener afirmaciones decididamente aventuradas, como las contenidas en un fallo reciente, que seguidamente citamos:

“La causa de la obligación (del asegurador) está en la integración, junto al porteador, de un proceso de comercialización de servicios riesgosos, con las inherentes responsabilidades que emanan del art. 42 de la Constitución y 40 de la ley 24240” y entonces;

“Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte, han contribuido a la generación de una actividad riesgosa”

(Del voto del dr. Liberman en autos “Henriques, Damián Antonio c/ Modo SA de Transporte Automotor –Líne 151 int. 10- y otros s/ daños y perjuicios, CNCiv. Sala L, 09/12/2009)

Decir que las empresas aseguradoras generan riesgo –cuando, en realidad, su existencia como tales supone, contrariamente a ello, la posibilidad de disminución de las consecuencias disvaliosas de un daño- o que el origen de su responsabilidad puede situarse en su naturaleza de *comercializador de servicios riesgosos* nos sitúa, creo, tan solo a un paso del absurdo

Llegado este punto, tal vez sea necesario volver a las fuentes -aunque las mismas hayan sido ignoradas por la ley en vigencia-. Ya no se trata de discutir *hasta quienes se puede extender* la condición de *consumidor* de un contrato, ni de elaborar argumentos, más o menos eruditos, sobre la *inoponibilidad a terceros de traslados de riesgos nunca efectuados*, sino, simplemente, de recuperar el sentido común para la materia que nos ocupa.

3- La ley 17418 y el apartamiento de su fuente.

En lo que a este trabajo respecta, y más allá de lo ya apuntado –inexistencia de una sección específica que trate el seguro automotor, con focalización en el interés de minimizar el daño a la víctima de un siniestro de tránsito- me parece interesante subrayar algunas cuestiones conflictivas, que nacen de un apartamiento inconsulto de la regulación vigente, respecto de su fuente:

- a) la obligación expresa de dirección de la litis promovida por el tercero (art. 115 del proyecto) que hoy, la doctrina sigue discutiendo, si configura una *obligación*, una *carga* o un *derecho-deber* (formulación portadora, esta última, de una incoherencia interna insalvable) y
- b) el establecimiento, en el proyecto, de una acción directa contra el asegurador, mal devenida en la *citación en garantía* prevista por la ley 17.418.

Hoy ni siquiera sabemos –más allá de la consolidación de una doctrina mayoritaria que, sin embargo, no es unánime- si el asegurador es, o no, parte del proceso que involucra a una cobertura de responsabilidad civil. Y el tema, contrariamente a lo que podría parecer a simple vista, no es menor. Entre otras (la facultad del asegurador de articular

procesalmente una excepción de caducidad o perención de instancia, por ejemplo) la consideración o no de la citación en garantía como una acción directa, supone consecuencias inmediatas sobre la posibilidad de embargar las cuentas de la compañía aseguradora.

Esta conducta procesal, habitualmente aceptada por los Juzgados de todo el país sin mayor análisis, implica necesariamente la consideración del asegurador como demandado. En caso contrario, mal podría hacerse lugar a un embargo sobre sus bienes, cuando no puede considerarse nacido su deber de garantizar el pago -en cuanto, desde que el litigio permanece aún en trámite, no ha sido probada todavía la responsabilidad del asegurado sobre el hecho que, hipotéticamente, le daría nacimiento-.

En tal sentido, es dable afirmar -y así se ha hecho en algunos pronunciamientos judiciales con distintas, y aún opuestas, construcciones de sentido derivadas de esa única afirmación- que la práctica judicial habitual de hacer lugar a la solicitud de embargo sobre las cuentas de las aseguradoras, antes del dictado de la sentencia, supone la derogación fáctica del artículo 118 de la Ley de Seguros y su reemplazo por una acción directa, herramienta procesal ya contenida en el Proyecto Halperin.

Por mi parte, considero que la acción directa solo será plenamente viable si el aseguramiento dentro del que se prevé es obligatorio, con fondos de garantía constituidos para el supuesto de incumplimiento de la obligatoriedad. En otros términos: siendo irreprochable la fijación de una acción directa en la sección XI del proyecto (*seguro obligatorio automotor*) entiendo que su extensión a los supuestos previstos por la sección X (*seguro de responsabilidad civil*) quizás hubiera presentado algunas complicaciones, para el caso de aplicarse tal cual fue previsto.

Complicaciones mucho menores, sin embargo, que las planteadas por la figura de la citación en garantía. ¿Qué es, concretamente, esta *innovación* legislativa de la ley 17418, que la jurisprudencia suele extrapolar indiscriminadamente hacia otras coberturas y, de manera alternativa, tener por derogada de hecho -según venimos expresando- mientras discute sobre sus alcances?

No más que un instituto procesal híbrido que, en su incompatibilidad con la fijación de la dirección del proceso como obligación expresa del asegurador, permite, entre otras cosas, que la compañía aseguradora eluda tal responsabilidad, alegando caducidades improbadas y declinándola sin mayores riesgos, exponiendo al asegurado a la indefensión procesal.

4- A modo de conclusión

A modo de conclusión para estas escuetas líneas, me ceñiré a citar los argumentos de un fallo jurisprudencial en el que bien podríamos reconocer todo lo que se ha pretendido esbozar hasta aquí:

Ha dicho, oportunamente, la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora (Bs. As.) que:

“Es absolutamente insuficiente que un solo artículo de una ley (v.gr. art. 68 de la Ley 24449), legisle sobre un inmenso tema, como es el seguro obligatorio de responsabilidad civil para automotores. Ello debería estar regido por una ley específica, que establezca todo un sistema, donde se tendrían que analizar una multiplicidad de cuestiones. Se perdió la oportunidad de legislar como hubiera correspondido una ley de seguro obligatorio que se autoabastezca, previendo un régimen con límites cuantitativos de cobertura, sin franquicia, fundado en la responsabilidad objetiva y agravada del automovilista o transportista, con limitadas exclusiones de cobertura, que incluya un fondo de garantía que asegure que todos accedan a la indemnización, y mecanismos que abrevien los plazos de liquidación del daño.”

(“Diaz, Alicia Susana c/ Moreno, Carlos s/ Daños y Perjuicios” 4-10-2007, ref: elDial- W190F1)

Va de suyo que, además, un sistema semejante daría por sentada la existencia de acción directa contra la compañía aseguradora –incluso ante supuestos de incumplimiento de la obligatoriedad y consecuente inexistencia de una fuente contractual individual que sustente directamente el deber de responder- y su natural facultad, en tales circunstancias, de dirigir un proceso que a ella la involucra primordialmente.

Hace más de cincuenta años, Isaac Halperin advirtió esa necesidad y elaboró, en consecuencia, su proyecto de ley. Nosotros, todavía hoy –con/formándonos con la deformación interpretativa de institutos jurídicos claramente pensados para otros fines y entonces, siempre insuficientes al interés sobreviniente que intentamos adjudicarle- seguimos sin acordar su implementación.³

³ Para ahondar en mi propuesta, al respecto, puede verse BURGOS, Osvaldo R. *El seguro social de gestión privada en el marco del derecho de daños. La experiencia de la L.R.T., la difícil gestión de los accidentes in itinere y la propuesta de un seguro social de accidentes de tránsito* en Revista del Colegio

No obstante -lo sabemos también-, más allá de lo que sostiene el último de los fallos aquí citados, en nuestra competencia jurídica específica las oportunidades de regulación nunca se pierden del todo. El desafío sigue, entonces, abierto, aunque la inacción se exhiba cada vez más luctuosa.