

Terceros en el arbitraje: la situación del asegurador **

Third in arbitration: the situation of the insurer.

Carlos I. Guaia *

RESUMEN

Con base en la legislación nacional e internacional, la presente obra aborda la situación del asegurador frente a un proceso arbitral en el cual se decide la responsabilidad del asegurado o del tomador de la póliza y su posible participación en el juicio; así como, los efectos de la sentencia (laudo arbitral) a la que se arrive.

ABSTRACT

Based on the national and international legislation, this work addresses the situation of insurer against an arbitration proceeding in which you decide the liability of the insurer or the policyholder and their possible involvement in the trial, as well as the effects of the judgment (arbitration award) to that arrive.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje-Asegurado

KEY WORDS

Arbitration proceeding- insurer

Sumario

La intervención o adjunción de terceros en un proceso arbitral constituye una de los aspectos más debatidos de la disciplina. En los últimos años, las principales instituciones arbitrales del mundo introdujeron modificaciones a sus reglamentos para admitir en el proceso, con diversos matices y características, a quienes no fueron parte del acuerdo arbitral o no fueron demandados por el promotor del juicio.

La Ley de Seguros de la Argentina (N° 17.418) integrante del Código de Comercio, regula las obligaciones, derechos y cargas de las partes en una relación de seguro, pero también contiene normas de tipo procesal que confieren a esas partes diversas facultades en el decurso del juicio que se entable para dirimir controversias. Entre esas disposiciones adjetivas se encuentran la intervención del asegurador en el proceso y su citación por las partes.

* Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1980; Master of Laws (LL.M), Cornell University, NY, EE.UU., 1988; Profesor de Arbitraje Comercial Internacional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

** Ponencia presentada en las X Jornadas Rioplatenses de Derecho organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro entre el 10 y 13 de mayo de 2012.
Artículo recibido el 26/6/2012. Aceptado 28/7/2012.

Este trabajo aborda la situación del asegurador frente a un proceso arbitral donde se ventila –y habrá de decidirse- la responsabilidad del asegurado o del tomador de la póliza y la posible participación de aquél en el juicio así como los efectos de la sentencia (laudo arbitral) que se dicte.

I.- Introducción.

La participación procesal de terceros en el arbitraje es hoy una de las cuestiones más debatidas mundialmente en la disciplina, generando nutridos aportes doctrinarios y la reciente modificación de los principales reglamentos arbitrales como el de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNICTRAL), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC), etc., para atender controversias complejas¹.

La citación del asegurador en el juicio donde se debate la responsabilidad del tomador de la póliza y lo debido por éste al asegurado o damnificado está prevista en el derecho argentino por la normativa específica de la ley 17.418 en cuanto al seguro de responsabilidad civil y por la general contenida en casi todos los códigos procesales (nacional y provinciales) en punto a la incorporación de terceros en el proceso, para los demás casos.²

Sin ingresar en el análisis de la naturaleza jurídica y de los alcances de las referidas adjunciones procesales³, esta contribución aborda los aspectos a considerar cuando la controversia entre las partes del siniestro asegurado se suscita en la jurisdicción arbitral y el asegurador adquiere el carácter de un “tercero”.

II.- Arbitraje y prórroga de jurisdicción.

La inherente génesis convencional del arbitraje ha dado lugar a un interesante debate doctrinario en todo el mundo con respecto a la naturaleza jurídica del instituto. Para algunas importantes opiniones, el arbitraje es un contrato en el cual las partes crean obligaciones de hacer, de no hacer y de dar⁴ y su aptitud para

¹ Ver Art. 22.1 (h) Reglamento de Arbitraje LCIA; Art. 17 (5) Reglamento de Arbitraje UNCITRAL; Arts. 6 (4) (i) y 7. Véase también, GUAIA, Carlos I., *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. L.L. (Supl USAL), Año IX, N° 1 del 7/3/2012.

² CNCom., Sala C, fallo del 11/11/88, “Libertador Motors c/ Excelsior Cia. Arg. De Seguros”, donde se distingue entre la citación oriunda en la Ley de Seguros 17.418 para los seguros de responsabilidad civil y los demás seguros.

³ Véase sobre el tema RIVERA, Julio César, *La citación en garantía en el seguro de responsabilidad civil*. J.A. 1998-I-841. SCHWARTZBERG, Carlos, *Naturaleza Jurídica de la citación en garantía*, E.D. N° 12.448 del 22/2/2010.

⁴ Ver en general SIVA ROMEO, Eduardo y MANTILLA SERRANO (Editores), *El contrato de Arbitraje*, Ed. Legis, 2008.

resolver la controversia depende del grado de respeto por la autonomía de la voluntad que merece ese contrato en la jurisdicción estatal donde debe cumplirse o ejecutarse.

Esta aproximación contractualista al instituto es naturalmente refractaria a la noción de “terceros” en un proceso arbitral, pues aquellos no podrían afectar ni ser afectados por un trámite *inter alios*.

En otra corriente se enrolan quienes postulan que el arbitraje presenta características propias de los contratos en su génesis, pero que en sustancia se trata del acceso convencional a una jurisdicción admitida expresamente por la ley, configurando así una noción mixta que prevalece en la principal doctrina nacional e internacional⁵ y en la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶. En mi opinión, profundizando la tesis predominante, el arbitraje es una forma de prórroga convencional de la jurisdicción cuyos alcances y efectos jurídicos son sustancialmente equivalentes a los de la prórroga territorial de la jurisdicción judicial legalmente permitida.

Si bien es cierto que en general los sistemas jurídicos nacionales admiten la arbitrabilidad de todas las controversias susceptibles de transacción y suelen ser más restrictivos para consentir la prórroga dentro de la jurisdicción estatal, ambos institutos presentan características idénticas: tienen origen en la voluntad de las partes contratantes del acuerdo arbitral o jurisdiccional, están sujetos a las mismas reglas de validez en cuanto a la capacidad de derecho de aquellas y se encuentran sometidos a parejas consideraciones en punto a su autonomía, pervivencia y competencia del tribunal prorrogado para decidir sobre su propia competencia (competencia-competencia)⁷.

En este aspecto, el reciente Convenio sobre elección de Foro aprobado en La Haya el 30 de junio de 2005⁸ y suscripto hasta ahora por los Estados Unidos de Norteamérica y por la Comunidad Europea, contiene preceptos sustancialmente basados en la doctrina arbitral predominante y en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras de 1958, salvo en cuanto a las controversias “prorrogables”, cuyo detalle de exclusiones⁹ contrasta con la escueta amplitud del artículo 5 (2) (b) de ésta.

Entre nosotros, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, en su artículo 1º, establece que como regla general la competencia de los tribunales nacionales es improrrogable. Sin embargo, la prohibición no alcanza

⁵ Ver CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 91-103; RIVERA, Julio C., *Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional*, Ed. Lexis- Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 60-81

⁶ CSJN, Fallos 22:371 (año 1880) “Bruce c/ De las carreras”; Fallos 311:2223, “S.A. La Nación y otra c/ S.a. La Razón Editorial E.F.I.C. y A”; Fallos 311:2300, “Nidera Argentina S.A. c/ Elena G. Rodriguez Alvarez de Canale”.

⁷ Ver PADEN, Kristine M., “Choice of law, Choice of forum and Arbitration Clauses Override U.S. Security Rights. “Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.” en *The transnational Lawyer*, 1993, p. 431.

⁸ Convenio sobre Acuerdos de Elección de foro del 30 de junio de 2005, Traducción preparada por los profesores Borrás y Gonzalez Campos, “Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007), coordinación y estudio preliminar de Alegrías Borrás y Julio d. Gonzalez Campos, 2ª edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2008 y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

⁹ Ver art. 2º del Convenio sobre Acuerdos de elección de Foro.

cuando se trate de asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por la ley.

En definitiva, la “prórroga a la jurisdicción arbitral” está pacíficamente admitida en toda controversia de objeto disponible y, para los fines que interesan en esta breve proposición académica, los supuestos en los cuales un asegurador puede ser citado a juicio como tercero en cualquiera de sus formas, participan normalmente de esa condición esencial.

III.- Prórroga a la jurisdicción arbitral convenida entre el tomador y el damnificado en el seguro de responsabilidad civil.

El artículo 16 de la Ley de Seguros admite expresamente la prórroga de jurisdicción dentro del país, pero el artículo 57 prohíbe la introducción de cláusulas compromisorias en la póliza. Con razón se ha dicho que dicha invalidez afecta la cláusula compromisoria previa que normalmente será impuesta por el asegurador, pero nada impide que en caso de disputa, las partes en un contrato de seguro sometan la controversia a arbitraje.¹⁰

En todo caso, la ley admite en general la prórroga de jurisdicción –incluyendo la arbitral–.

Sin embargo, con respecto a las controversias originadas en la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, la cuestión es más compleja. Nada obsta, como es obvio, a que el tomador de la póliza y el damnificado lleven su controversia a arbitraje, salvo que dicha prórroga se encontrase prohibida o restringida en la póliza y resultare por ende, inoponible al asegurador y lo habilite a declinar la cobertura.

La Ley de Seguros contiene, al regular el seguro de responsabilidad civil, algunas disposiciones que en el tema que nos ocupa es necesario analizar con cuidado. Se trata de los artículos 117 y 118. El primero, reiterando el último párrafo del artículo 46, confiere al asegurador la facultad de examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro. En la práctica, las pólizas extienden dicha facultad a la “dirección del proceso”.

¿Es admisible que un “tercero” no firmante del acuerdo arbitral “examine las actuaciones” si el tomador y el damnificado pactaron someterse a la jurisdicción arbitral? La respuesta es, a mi juicio, afirmativa. El derecho del asegurador a dirigir el proceso no reconoce otros límites que aquellos emergentes de la normativa específica que integra, cabe insistir, el derecho positivo nacional.

Así como es incuestionable que el asegurador está habilitado para examinar las actuaciones si las partes prorrogaron la jurisdicción a otro territorio judicial, es natural consecario de ello que puede hacerlo en la jurisdicción arbitral. Ni las partes ni los árbitros estarían facultados para resistir este derecho del asegurador, como no lo estarían los jueces del estado ni los litigantes en un

¹⁰ SCOLARA, Eduardo y SCOLARA, Veronica, en *Código de Comercio Comentado y Anotado* (Rouillon y Alonso, editores), Tomo II, La Ley, 2005, pp. 38-40; 91-92

proceso judicial.

El artículo 118 de la Ley de Seguros regula la “citación en garantía del asegurador”, habilitación procesal que confiere tanto al damnificado como al asegurado.

El lenguaje legal empleado en el tratamiento de sendos supuestos no es idéntico.

En efecto, si el damnificado opta por citar en garantía al asegurador, debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio de aquel. En este supuesto, la prórroga de jurisdicción obsta a la convocatoria del asegurador, pues aun cuando el arbitraje pudiera llevarse a cabo “en el lugar del domicilio de aquel”, el juicio arbitral carece inherentemente de localización o jurisdicción territorial.

Pero si es el asegurado quien ejerce la opción, la ley no restringe la prórroga de jurisdicción.

Siguiendo esta tesitura, si las partes –tomador y damnificado- acuerdan someter la controversia a arbitraje o el tomador acepta la jurisdicción por sus propios actos¹¹, el damnificado pierde el derecho de citar al asegurador en garantía, en tanto el asegurado lo mantiene a condición de que lo ejerza en el plano fijado por la ley de la materia.

¿Podría oponerse una de las partes de un arbitraje a la citación por la otra de un asegurador que expresamente lo acepta, en los términos del artículo 118 de la Ley de Seguros? La respuesta es, a mi entender, negativa. Si las partes de un acuerdo arbitral que involucra una controversia asegurada no excluyen o renuncian la citación del asegurador en forma expresa –lo cual es admisible desde que la citación es optativa para cualquiera de los litigantes- la incorporación procesal de aquel en las condiciones legales parece irresistible.

Ello es así por cuanto la Ley de Seguros es una norma sustancial del derecho argentino y por lo tanto, los árbitros están obligados a acatar sus disposiciones independientemente del régimen procesal que adopten o de la *lex arbitrii*.

I.V.- Prórroga de jurisdicción convenida en un contrato cuyo cumplimiento está asegurado con un seguro de caución.

El “seguro de caución” no se encuentra tipificado en la Ley de Seguros y a pesar de su consagración como tal en el decreto 7606/61, su similitud con la fianza, entre otros contratos de garantía, alentó una considerable prosa jurídica, tanto en la doctrina¹² como en la jurisprudencia¹³.

En 1976, la Sala B de la cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, contribuyó con su encuadramiento en la hipótesis del contrato de seguro¹⁴,

¹¹ Arg. Art. 2, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.

¹² STIGLITZ, Ruben, *Derecho de Seguros*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 46 y ss; DEL FRANCO, Alejandro, “Los seguros de caución”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Año 36, N° 57, p. 134.

¹³ C. Fed. Civ. y Com., Sala III, 14/7/1998, L.L. 1998-E- 548-97958, “ Empresa Ferrocarriles Argentinos c/ Agencia Abraxas Turismo S.R.L. y otro”; C.N.Com, Sala A, 6/11/1998; Idem. L.L. 2000-A-1-99777; C. Fed. Civ. y Com., Sala II, 7/12/1999, “Compañía Argentina de Seguros Visión S.A. c/ Galman, Roxana C., J.A. 2000-II-539, E.D. 188-154.

¹⁴ In re “ La Holando Sudamericana Cía. De Seguros S.A. c/ Grebsmar, Davor”, E.D. 68-248.

aunque la Ley 20.091 de Entidades de Seguros y su control persistiera en la distinción entre seguros y fianzas o garantías de obligaciones de terceros “cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas”¹⁵.

En “Libertadores c/ Excelsior”, la Sala c del tribunal nacional especificó los alcances de la citación del tercero –el asegurador de la caución- en los términos de la adjunción prevista en el artículo 94 (en su anterior redacción) distinguiéndola de la prodigada por el artículo 118 de la Ley de Seguros. La disquisición es correcta, toda vez que la citación en garantía de la Ley 17.418 es específica para el seguro de responsabilidad civil.

La contratación de seguros de caución para garantizar obligaciones nacidas de contratos que contienen cláusulas arbitrales es práctica habitual. Esos contratos suelen pactar anticipos financieros o “acopios” que las partes afianzan en numerosas oportunidades mediante seguros, cuyos costos son inferiores a los cotizados por entidades financieras o a la inmovilización de activos.

La cuestión de la citación del asegurador se produce cuando el incumplimiento del tomador torna exigible el seguro, pero para ello es necesario obtener, según los términos de la póliza o del contrato, la condena del obligado principal¹⁶. Y ello sólo es viable mediante juicio arbitral, por ser ésta la jurisdicción pactada.

La incorporación del asegurador como tercero en el juicio estatal, alentada naturalmente por el reclamante en los términos del artículo 94 del Código Procesal (y de sus equivalentes provinciales) presenta aristas más complejas cuando la controversia se resuelve en un arbitraje.

El asegurador no es firmante del contrato y, por ende, no es parte en el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, aseguró un contrato que contiene una cláusula arbitral y ambas partes de ese contrato consintieron en que lo hiciera.

En efecto, en la garantía prodigada por el seguro de caución concurren las voluntades del tomador (que la contrata), del asegurado (que la acepta) y del asegurador (que la provee). A su vez, la póliza refiere explícitamente al contrato o relación jurídica asegurada o afianzada y en la hipótesis que analizo, dicho contrato contiene una disposición arbitral pactada expresamente entre el tomador de la póliza y el asegurado.

Un importante número de precedentes jurisprudenciales extranjeros, tanto arbitrales como judiciales, han sostenido que quienes garantizan el cumplimiento de un contrato que contiene una cláusula arbitral están obligados por ella a someterse a esa jurisdicción por aplicación, en algunos casos, de la doctrina del estoppel, asimilable a la de los “actos propios”.¹⁷

Cuando se ha tratado el caso de los aseguradores, se ha recurrido también a la tesis de la “ subrogación”: siempre que un asegurador se subrogue o pueda subrogarse en los derechos del contratante, está vinculado por la cláusula

¹⁵ Art. 7º, Ley 20.091, B.O. 7/2/1973

¹⁶ En octubre de 2005, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata consideró que la acción del asegurado por un seguro de caución puede ser independiente de la seguida al tomador. Véase “Clínica Privada Pueyrredón S.a. c/ Alba Cía. De Seguros Generales s/ Cobro de pesos”, en *Doctrina Judicial* del 31/03/2006.

¹⁷ Véase jurisprudencia y doctrina citadas en *Born, Gary B. International Commercial Arbitration*, 2009, Vol. I, pp. 1181 y ss.

compromisoria del contrato que contiene la obligación incumbente,¹⁸ y aunque no participe del arbitraje, el laudo arbitral le es oponible.

En esta tesitura, Alexis Mourre sostiene que en materia de seguro de responsabilidad, la jurisprudencia de la Corte Casación francesa decide que la condena del asegurado a indemnizar a la víctima constituye la realización del riesgo, y que no es seriamente cuestionado que una sentencia que condene al asegurado sea oponible al asegurador. Para el afianzador y para el asegurador, la oponibilidad se funda en la idea según la cual tanto el afianzador como el asegurado han sido representados por el deudor principal o el asegurado. Se considera, entonces, que el afianzador y el asegurador han participado en el proceso.¹⁹

En nuestro país, la cuestión ha sido tratada en muy escasas oportunidades y con resultados diversos. En general, se ha aplicado una regla de interpretación restrictiva con respecto a los alcances de la cláusula arbitral.

Sin embargo, en octubre de 2010, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se expidió en un caso en el cual un contrato de compraventa contenía una cláusula arbitral y una fianza. En comprador demandó al vendedor y al fiador para que se sometieran al arbitraje, pero el garante interpuso excepción de incompetencia, que fue rechazada en ambas instancias. La sala C consideró, entonces, que la real discusión es si el garante puede invocar la cláusula arbitral, teniendo particularmente en cuenta que no se lo excluyó de esa prerrogativa. Por consiguiente, no caben dudas de que el afianzamiento íntegro de un contrato por parte del fiador, sin exclusión de la comentada prórroga de competencia, lo habilita sustancial y procesalmente a invocarla, aunque el deudor principal nada hubiere dicho al respecto.²⁰

La solución contraria crearía una situación de virtual neutralización jurisdiccional; los contratantes “principales” deberían litigar en arbitraje y el actor debería simultáneamente demandar al asegurador o al fiador en la jurisdicción judicial, tanto para cumplir con las normas propias de la fianza o del seguro de caución como para evitar la extinción de su derecho por prescripción. Pero como la fianza o la caución son accesorias del principal, debería demandar en juicio al tomador y éste opondría la incompetencia basado en la vigencia de una disposición arbitral.

V.- Algunas conclusiones.

El tema que he tratado en estas pocas páginas, presenta tantas facetas de discusión y análisis como escaso tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina argentinas.

La creciente difusión y utilización del arbitraje y la ausencia de una ley que regule el instituto mantienen en la oscuridad ciertos aspectos de la disciplina procesal, como la intervención de terceros, sólidamente establecidos en la práctica judicial argentina.

¹⁸ HANOTIAU, Bernard, *Complex Arbitration*, 2005, p. 20

¹⁹ *L'intervention des tiers á l'arbitrage*, Gaz. Pal., Lextenso, 3.06.2001, n° 123.

²⁰ CNCom., Sala C, *in re* “Cermaedu S.A. c/ Envases EO S.A”, fallo del 19 de octubre de 2010.

La Ley de Seguros, cabe insistir, es una norma sustancial que contiene disposiciones procesales que, allende los sempiternos debates semánticos, son de orden público y, por ello, integran el derecho aplicable al arbitraje, cuando éste discurre por decisión de las partes o de los árbitros en el ámbito nacional. De modo que, cuando los árbitros aplican el derecho nacional a una controversia asegurada, deben considerar imperativamente las normas sobre seguros, aun cuando éstas tengan alcances meramente procesales.

Algunas conclusiones posibles:

- (i) El asegurador está facultado para dirigir la actividad del asegurado en el proceso arbitral donde se debate su responsabilidad (artículo 4 – para todos los seguros- y artículo 117 –para el seguro de responsabilidad civil-).
- (ii) El asegurado puede citar al asegurador en garantía (artículo 118 de la Ley de Seguros⁹ cuando acepta ser llevado a la jurisdicción arbitral.
- (iii) El asegurado está habilitado para citar al asegurador como tercero en un proceso arbitral, cuando demanda al tomador de un seguro de caución que garantiza el cumplimiento de un contrato que contiene una cláusula arbitral.
- (iv) Un laudo arbitral puede ser oponible al asegurador si la prórroga de jurisdicción no está prohibida por la ley o no es incompatible con el contrato de seguro.

