

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Revista Chilena de Derecho de Seguros

COMITÉ EDITORIAL

Profesor Dr. Hernán Corral
Profesor Dr. Hugo Botto
Profesor Dr. Emilio Sahurie
Profesor Dr. Marcelo Nasser
Profesor Dr. Pedro Zelaya
Profesor Dr. Cristián Banfi
Profesor Dr. Osvaldo Lagos
Profesor Dr. Carlos Ruiz-Tagle
Profesor Andrés Amunátegui

PRESIDENTE COMITÉ EDITORIAL

Osvaldo Contreras Strauch

DIRECTOR

Roberto Ríos Ossa

EDITOR

Carlos Villagrán Muñoz

La Revista Chilena de Derecho de Seguros es el órgano oficial de expresión de la Sección Chilena de AIDA, Association Internationale de Droit des Assurances.

En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por especialistas que selecciona el Comité Editorial, además de noticias de actualidad en relación con el Derecho de Seguros y la actividad aseguradora y reaseguradora en que aquel se inserta.

Domicilio: Ahumada 341, Piso 2. Teléfonos 2639 6175 - 2633 6720. Fax 2639 5072,
Sede del Colegio de Abogados (Atención, Sra. Ana María Carbone)

ÍNDICE

EDITORIAL	5
LA WEB 2.0 Y LAS REDES SOCIALES EN LA SOCIEDAD Y EN LA EMPRESA: RIESGOS, RESPONSABILIDAD Y SEGURO.	
Félix Benito Osma	7
LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO EN EL PERÚ UNA NORMA NACIDA DE LA REALIDAD	
Alonso Núñez del Prado S.	35
MODIFICACIONES AL SEGURO DE CRÉDITO BAJO LA NUEVA NORMATIVA ASEGURADORA	
Carlos Molina Zaldívar	65
ARBITRAJE: CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN EL CONTRATO DE REASEGURO	
Roberto Ríos Ossa	73
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS EN EL MERCADO ASEGURADOR CHILENO.	
Guillermo Castillo Inostroza	83



EDITORIAL

Estimados asociados, en esta nueva edición de nuestra revista, y luego de haber introducido algunos cambios de forma y contenido, dejo el cargo de Editor en manos de don Carlos Villagrán Muñoz, quien, sin duda, realizará un excelente trabajo. En adelante, y por encargo del Directorio de AIDA - Chile, asumiré el cargo de Director de la Revista en reemplazo de don Osvaldo Contreras Strauch, quien asumirá como Presidente de su Comité Editorial.

Aprovecho esta tribuna para agradecer al Directorio de la asociación, el cual en el año 2011 me honró y dio la oportunidad de hacerme cargo de la edición de nuestra publicación. Unido a ello, aceptó mis sugerencias, las que buscaban introducir algunas mejoras cualitativas, con el fin de cumplir con un estándar aceptable de revista jurídica científica. Sin duda, falta para ello, hay que seguir trabajando.

Una revista sobre Derecho de Seguros, que tenga su impulso en AIDA - Chile debe, insoslayablemente, mostrar una inclinación académica, cumpliendo con ello el objeto de los Estatutos de nuestra asociación y el pensamiento del Fundador de esta asociación internacional, Antígono Donati.

Esta revista, a mi juicio, no debe transformarse en un medio de difusión de opiniones profesionales, sino, más bien, de corte científico. No olvidemos, que el Derecho es una ciencia. Como señalaba Savigny en su debate con Thibaut sobre la Codificación en la Alemania del siglo XIX, debemos ceñirnos por dos elementos centrales: la sistemática y el correcto lenguaje jurídico. Es la ciencia jurídica, en manos de los juristas la que permite crear soluciones a problemas jurídicos.

Es necesario que nuestra asociación, hoy más que nunca, impulse el estudio y la investigación del Derecho de Seguros. Desde el año 2010, con motivo del terremoto que afectó a nuestro país, se impulsaron una serie de iniciativas legislativas que se transformaron en leyes de la República. La de mayor relevancia está representada por la Ley N° 20.667 que sustituyó por completo el Título VIII del Libro II del Código de Comercio.

La modificación que introduce la Ley N° 20.667 tiene su génesis en un Proyecto de Ley que data de 1990. En esta iniciativa participaron destacados abogados dedicados a esta área específica del derecho, y el objetivo central fue ajustar la regulación legal a la práctica del aseguramiento, resolviendo, como señala la historia de la Ley 20.667, un divorcio entre la normativa legal y la práctica del seguro en Chile. No obstante, a mi juicio, el renacer de esta iniciativa legislativa introduce un objetivo antagónico al proyecto de 1990. Hoy, nuestro legislador, sobre la base del orden público de protección, busca tutelar a los asegurados en tanto contratantes débiles o en desventaja frente al asegurador predisponente.

La oposición sustancial entre el proyecto de 1990 y la regulación que introduce la Ley 20.667, resultó en una falta de sistemática e imprecisión, en ocasiones, del lenguaje jurídico. Es la academia, entonces, la llamada a clarificar y despejar dudas, que orienten a los aseguradores, asegurados y jueces sobre el correcto sentido de esta nueva regulación.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer con especial aprecio a Edmundo Agramunt Orrego y Ricardo Peralta Larraín. Su generosidad, respeto y amistad, han sido un estímulo para trabajar en esta ardua tarea de edición.

Roberto Ríos Ossa

Director

LA WEB 2.0 Y LAS REDES SOCIALES EN LA SOCIEDAD Y EN LA EMPRESA: RIESGOS, RESPONSABILIDAD Y SEGURO.¹

Félix Benito Osma^{2*}

SUMARIO: I LAS TIC EN LA SOCIEDAD Y LA EMPRESA. 1. Tecnologías modernas de comunicación en la sociedad y la empresa (web 2.0, redes sociales, etc). 2. Su desarrollo en la empresa y las sociedades mercantiles: página web corporativa y el foro electrónico. 2.1. La página web corporativa. 2.2. Comunicaciones electrónicas y foro electrónico de accionistas. II. LAS REDES SOCIALES. 1. La dimensión jurídica de las redes sociales. 2. Panorama europeo, internacional y español. 3. Tipología. 4. Deberes y derechos. 5. Su problemática jurídica. III LOS RIESGOS Y RESPONSABILIDADES. 1. Los riesgos y responsabilidades de las webs 2.0 y de las redes sociales. 1.1. En el ámbito privado y personal. 1.2. En el ámbito empresarial, profesional y laboral. 2. La gerencia de riesgos. IV. EL SECTOR ASEGURADOR Y EL SEGURO EN ESTE ENTORNO. 1. Estrategias del sector asegurador. 2. Impacto en el seguro. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS TIC EN LA SOCIEDAD Y LA EMPRESA.

1. Tecnologías modernas de comunicación en la sociedad y la empresa (web 2.0, redes sociales, etc).

El modelo de comunicación y marketing que desarrollan las nuevas tecnologías web 2.0 (Read/write o social –blogs, wikis-) ha venido a generar cambios en la escala económica y social, que ha supuesto un impacto generalizado en todos los segmentos, configurando un nuevo paradigma cultural, sociológico y económico en el que el seguro no puede ni debe permanecer ajeno a esta auténtica revolución tecnológica de la comunicación y de la información.

La web 2.0³ representa un nuevo espacio virtual en el que se pueden realizar opiniones y de recibirlas, e incluso mostrarse a sí mismo.

El uso de los medios electrónicos se ha generalizado en lo personal pero mucho antes lo fue en lo económico, producto de la intermediación en las transacciones comerciales, lo

¹ Ponencia presentada con ocasión del III Congreso de Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro (Internet, Biotecnología y Nanotecnología) organizado por la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA), los días 12 y 13 de noviembre de 2012, en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, con la colaboración de la Fundación Mapfre. Igualmente, conferencia impartida, el día 13 de noviembre de 2012, tras la estimable invitación del profesor D. Roberto Ríos, en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Católica de Chile.

² * Doctor en Derecho. Abogado. Profesor Asociado de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Secretario General del Grupo de Trabajo Internacional AIDA "Nueva Tecnologías, Prevención y Seguro"

³ Sobre las características, técnicas, cuestiones jurídicas y responsabilidades sobre la web 2.0, vid. OPPENHEIM, C., *The no-nonsense guide to legal issues in web 2.0 and cloud computing*, Facet Publishing, London, 2012, pp. 1-4; 109-119.

que ha propiciado su interlocución hasta las máximas consecuencias tanto entre privados y administraciones, como entre ambos.

Las tecnologías emergentes relacionadas con la web 2.0 permiten una interacción de las empresas con sus empleados y con sus clientes, lo que reproduce eficiencia e inmediatez en algunos procesos de marketing y de comercialización y contratación de bienes y servicios.

El mercado digital constituye un motor de crecimiento y de creación de empleo⁴. Las TIC deben ser el instrumento para mejorar la productividad y competitividad de las empresas.

El acceso como un uso eficiente y sostenible permite incrementar la visibilidad y la presencia internacional de las empresas.

Pero al mismo tiempo pueden generar la proliferación de riesgos como la pérdida de datos y de la reputación. También la propagación de virus informáticos entre las personas y entidades involucradas.

En qué medida el proveedor externo abordará los riesgos, tales como el mantenimiento del sistema ante posibles problemas o la seguridad de la información sensible, con el fin de evitar sustracciones ilegítimas o accesos no autorizados. Surgen entonces nuevos condicionantes de producción de riesgos tanto en uno como en otro segmento.

La nueva forma de aprovechar la red, permitiendo la participación activa de los usuarios, incorpora un valor añadido en las comunicaciones humanas y comerciales pero se desconoce si éste verdaderamente lo es en iguales términos a los considerados en cuanto a sus posibles consecuencias.

En la actualidad, está en pleno auge el servicio de mensajería móvil WhatsApp, cuyo uso implica un riesgo que los usuarios normalmente no tienen en cuenta como la privacidad de las comunicaciones que hace posible la suplantación de identidad. Este servicio no solicita un nombre de usuario y contraseña, sino que utiliza el propio número de teléfono y una clave que genera en función del móvil.

Igualmente, los portales sociales, como tuenti, myspace y facebook, permiten con la creación de un perfil no sólo la comunicación con grupos y con personas de cualquier parte del mundo sino también la publicación y difusión de cualquier tipo de comentario, información y documentación que puede visualizarse en cualquier ordenador, portátil, smartphone o tableta con las posibles consecuencias que esto puede suponer para los usuarios y los terceros.

En ese sentido, las redes sociales pueden convertirse en el canal de venta más efectivo y directo, teniendo en cuenta, primeramente, que podemos acceder a una cuota de mercado de uso poblacional creciente. A modo indicativo, en España existen 10,5 millones de

⁴ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema <<El mercado digital como motor de crecimiento>> (DOUE C 229, de 31 de julio de 2012).

viviendas familiares con acceso a internet⁵. Los servicios más utilizados se refieren al correo electrónico (79,4%) y la participación en las redes sociales (62,3%). Ello supone que dos de cada tres hogares disponen de banda ancha a internet y que el 72% de los usuarios de internet pertenece al menos a una red social. España ocupa el tercer puesto en el ranking mundial de usuarios activos en redes sociales con un 77%⁶.

Nos encontramos pues con un nuevo paradigma cultural, sociológico y de negocio que incorpora un valor añadido en las relaciones humanas y comerciales con el progresivo incremento de usuarios activos a la red social para compartir y transmitir informaciones de todo tipo.

La estrategia empresarial es poner a disposición los bienes y servicios en el mercado por este canal con fines comerciales y de distribución atendiendo o conociendo los perfiles de los usuarios. De este modo, el negocio empresarial intenta responder o ajustarse a la propia demanda en el mercado ahora digital.

Se pretende que la fabricación, producción y distribución sea acorde con las necesidades de los usuarios y consumidores.

Las empresas -fabricantes, productores, distribuidores- promueven las redes sociales con el ánimo de distinguirse de sus competidores ofreciendo un valor añadido a los consumidores potenciales. En este espacio virtual pueden llegar a conocer las necesidades y las preocupaciones de los individuos que interactúan.

Se está planteando en la organización empresarial la sustitución o la complementariedad de las campañas de marketing y publicidad tradicional, a consecuencia de la eficiencia e inmediatez que ofrecen las redes sociales en los procesos de comunicación, información y comercialización. Así, desde el punto de vista comercial y de marketing, las redes sociales se pueden llevar a convertir en la principal plataforma publicitaria tanto en la red como fuera de ella.

Los empresarios no solo han buscado la utilidad de las redes sociales para llegar al público sino también para aprovechar su potencialidad como medio de comunicación directo, flexible e inmediato dentro de la compañía.

Las compañías a través del fenómeno Social Media Intelligence rastrean las redes sociales para tomar información cuantitativa (evolución de fans, interacciones) y cualitativa (de qué hablan las personas, quienes opinan). Así, pueden saber cómo ve el cliente la marca y qué espera de ella cada uno de los clientes.

La mayoría de las grandes compañías disponen de cuentas de redes sociales, como facebook o twitter, donde tratan de difundir la imagen y las propuestas de la empresa

⁵ Datos INE 2012 de 3 de octubre sobre encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación (TIC) en los Hogares.

⁶ Informe del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información de diciembre de 2011. Se trata del primer estudio sobre el conocimiento y uso de las redes sociales en España. Disponible en www.ontsi.red.es.

y responder a las dudas que plantean potenciales consumidores. También, pueden convertirse en un medio de selección del personal como de búsqueda de empleo.

El uso de los medios sociales dentro de la empresa permite el acercamiento entre los empleados con la comunicación e información inmediata. Es necesario, para ello, contar con normas de conducta dentro de la política organizativa empresarial, que establezca unos límites y unas garantías de uso.

Además, las redes sociales pueden llegar a ser un nuevo poder mediático, pues ofrecen información a tiempo real, llevando a una auténtica revolución en los medios de comunicación, difusión, participación y de opinión pública⁷.

Se ha utilizado, igualmente, para la organización y convocatoria de determinados eventos de participación ciudadana o encuentros masivos⁸, como mecanismo de reflexión y opinión informativa. Incluso son aplicadas por dirigentes de partidos políticos en campañas electorales o fuera de ellas⁹ y también para bloquear determinada propaganda¹⁰.

Esa implantación general de la sociedad de la información en la ciudadanía y en la actividad económica ha impulsado a que decididamente la propia Administración Pública haya llevado desde 2007, con la Ley 11/2007, de 22 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y su normativa de desarrollo (Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos) hasta este momento, un proceso legal de reestructuración informática y electrónica de las comunicaciones y notificaciones con los interesados y profesionales involucrados. La ley 2/2011, de Economía sostenible conmina a las comunidades autónomas y entes locales, que no hayan implementado los servicios públicos electrónicos, a elaborar y aprobar una agenda de trabajo para ello.

La estrategia europea pasa por la agenda digital para 2020¹¹ que pretende impulsar la sociedad de la información como motor de crecimiento y de desarrollo sostenible de la economía digital. Recientemente, España ha aprobado la agenda digital. Sus objetivos

⁷ Vid. RODRIGUEZ, P, "Ciberperiodismo, pseudoperiodismo y tráfico de la información en la web 2.0: definiciones, riesgos y responsabilidades" en SEAIDA., II Congreso de Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología, 2012, pp.29-54.

⁸ Vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción de 4 de octubre de 2012 (JUR 2012/323477) que resuelve el evento convocado a través de la red social con la denominación "ocupa el congreso", en el que se concluye que las convocatorias no suponen la comisión de un delito: <<no cabe prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, máxime ante la convenida decadencia de la denominada clase política>>.

⁹ Diario el País, lunes 18 de marzo 2013, p. 32: <<En la última campaña electoral en EEUU, el equipo de Obama utilizó las redes sociales, sobre todo Facebook, para identificar los votantes indecisos, conocer sus inquietudes y así encontrar "el mejor modo de convencerles". La victoria del reelegido presidente fue, en realidad, el triunfo del data mining (minería de datos)>>.

¹⁰ En Rusia se ordenó a la antigua KGB bloquear la propaganda radical en las redes sociales. Puede verse la noticia en www.elmundo.es/elmundo/2013/02/15/navegante/1360928264.html.

van encaminados a desarrollar la economía digital y mejorar la administración electrónica y los servicios públicos digitales.

La administración electrónica permite una relación directa y cercana con el ciudadano que permite involucrar a la sociedad civil en la gestión, participación y opinión pública.

Existen datos disponibles de que las administraciones públicas y organismos públicos disponen de redes sociales¹¹, pero debemos preguntarnos las razones que motivan su presencia y la finalidad de su progresiva adecuación.

Su entrada puede mejorar la acción pública, para que sea más eficiente, efectiva y cercana a los ciudadanos. Supone la convergencia de la administración electrónica a las redes sociales que son relevantes para el gobierno que afectan tanto al "back office" de los procesos administrativos, como el "front office" con el que los usuarios actúan.

La realidad es que la actividad administrativa en las redes sociales se reconduce a la actualidad informativa y a la comunicación institucional.

2. SU DESARROLLO EN LA EMPRESA Y LAS SOCIEDADES MERCANTILES: PÁGINA WEB CORPORATIVA Y EL FORO ELECTRÓNICO.

El epicentro del uso y desarrollo de las TIC se encuentra en el ámbito de la actividad económica y empresarial. El desarrollo y funcionamiento de las comunicaciones electrónicas ofrece grandes oportunidades de progreso y de negocio.

La realidad es que su utilización contribuye la productividad y la competitividad de las empresas, pues no se conciben al margen de ellas.

La publicidad en este medio y después la comercialización de los bienes y servicios precisa la rapidez y la celeridad que el propio mercado demanda, pero plantea ciertos interrogantes sobre su incidencia y el grado de dependencia en el desarrollo del negocio y otros aspectos que se centran más en la confidencialidad, privacidad y la seguridad de la propia actividad empresarial.

El mercado financiero ha sido el motor de la revolución tecnológica incluso con anterioridad a su introducción general en el ordenamiento jurídico. Concretamente, en el mercado de valores y, posteriormente, en el mercado bancario y de seguros (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del sistema Financiero y, recientemente, la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, así como la Ley 21/2011, de 26 de julio, de Dinero Electrónico).

Los demás sectores se han ido sumando paulatinamente en los dos últimos años, como el Derecho de transportes terrestre, con la carta de porte electrónica [Ley 15/2009,

¹¹ Informe "Indicadores destacados de la Sociedad de la Información" elaborado en abril de 2012 por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/indicadores_destacados_si_abril_2012.pdf.

de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancía y el Instrumento de Adhesión de España la Protocolo Adicional al Convenio relativo al contrato de transporte internacional del mercancías por carretera (CMR), relativo a la carta de porte electrónica, hecho en Ginebra el 20 de febrero de 2008 (BOE nº 141, de 14 de junio de 2011)] y el Derecho de Sociedades (Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, Orden de 9 de diciembre 2010 que aprueba los Estatutos tipo y la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de capital), con la constitución telemática, la convocatoria, asistencia telemática y voto electrónico de las Juntas Generales. Y, por supuesto, la creación de la sede electrónica o página web corporativa.

2.1. La página web corporativa.

La Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de capital introdujo un nuevo artículo 11 bis -sede electrónica- que regula la creación y su traslado -apartado 1º-, así como el régimen de prueba -apartado 2º- que atribuye al administrador la prueba de la certeza tanto del hecho de la inserción de contenidos en la web como de la fecha en que se hicieron.

Para acreditar el mantenimiento de dicho contenido durante el plazo de vigencia será suficiente la manifestación de los administradores que podrá ser desvirtuada por el perjudicado mediante cualquier prueba admisible en Derecho. Por tanto, la carga de la prueba corresponde a los terceros, presumiéndose veraz "iuris tantum" la mera manifestación en tal sentido.

La convocatoria de la Junta podrá realizarse a través de los estatutos mediante anuncio publicado en la web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual o escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios. De este modo, el administrador será responsable del contenido reflejado en la página web y de los perjuicios que ocasione a los terceros por inexactitud, falsedad u error, tanto en la inserción, control, gestión y de la propia comunicación o anuncio de convocatoria de junta general.

La web corporativa que regulaba el art. 11 bis -sede electrónica- se distingue de la página web obligatoria prevista en el art. 539 TRLSC, que impone la obligación a las sociedades cotizadas de disponer de una página web corporativa para atender al ejercicio por parte de los accionistas, del derecho de información y, por otra parte, difundir la información relevante establecida por la Ley del Mercado de Valores. En la página web de las sociedades anónimas cotizadas, se habilitará, además, un foro electrónico de accionistas.

Por su parte, la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de

información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital potencia la página web y las comunicaciones electrónicas de la sociedad con los socios. Establece un régimen jurídico de la página web corporativa (creación, modificación, traslado, supresión de la misma y la previsión expresa de esas comunicaciones electrónicas entre la sociedad y los socios). Igualmente, los deberes de los administradores respecto de lo insertado en ella- anuncio de convocatoria y publicaciones- como de las cuestiones relativas a la interrupción del acceso.

No muestra una definición de página web de la sociedad pues con la expresión corporativa parece dotar de una especialidad, en cuanto al régimen propio y específico sobre determinados actos, acuerdos e información que necesariamente debe hacerse constar en ella.

Se trata, pues, de hacer mención a una de las funciones específicas que puede desplegar una página web que es la identificación corporativa de la sociedad con los socios y los terceros a los efectos de su uso como medio de publicidad con efectos jurídicos¹², sin que, por otra parte, pueda impedirse a otros fines puramente comerciales o publicitarios.

La pretensión legislativa es acentuar esta finalidad. Permite regularizar en un mismo régimen jurídico la página web de las sociedades de capital. Para ello, la sistemática empleada es significativa con la sección "página web", que comprende los artículos 11 bis, 11 ter y 11 quáter.

Las sociedades de capital tienen la potestad y no la obligación de tener página web, salvo las sociedades cotizadas. Para el caso de que decidan libremente crear y mantener la página web deben sujetarse a los preceptos genéricos relativos a la página web.

La Junta tiene la competencia para acordar su creación, debiendo figurar expresamente en el orden del día. Lo lógico es que sea la junta quien determine los contratos de diseño y desarrollo de la página web junto con el registro de dominio. Debe inscribirse en el Registro Mercantil (RM) en la hoja abierta a la sociedad y publicarse en el Boletín oficial del RM, siendo ésta gratuita. Ello significa que con la publicación tendrá efectos jurídicos todo lo insertado en ella. Si no consta no desplegará efecto jurídico alguno.

Su modificación, traslado o la supresión es competencia del órgano de administración, salvo que los estatutos dispusieran lo contrario.

Así pues, los estatutos sociales pueden regular la página web corporativa en el

¹² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la ley 25/2011, de 1 de agosto, Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 56, 2011, p. 16: <<Lo que se pretende, por tanto, es regular la web a los efectos de su utilización como medio de publicidad en los supuestos previstos en la misma ley. Es decir, que los requisitos del 11 bis son sólo a los efectos de considerar la web como web corporativa, es decir, como página web hábil para publicidad con efectos jurídicos; es decir, las publicaciones que exijan la LSC u otras leyes mercantiles. La sociedad podrá por otra parte utilizar una o más direcciones web, con los fines comerciales o publicitarios normales, sin que por supuesto esté sometida su creación, modificación o supresión a los requisitos del 11 bis>>.

momento de la constitución de la sociedad, como también mediante una modificación estatutaria que debe figurar expresamente en los asuntos del orden del día de la Junta.

Los estatutos pueden reservar a la junta que tanto la modificación, traslado o supresión sean de su competencia.

El administrador de la sociedad se encarga de realizar los contratos con los prestadores de servicios para la puesta en marcha de la página. Es quien gestiona la modificación, el traslado y su supresión sin necesidad de que la junta se pronuncie sobre ello.

La sociedad debe garantizar la seguridad del sitio web como la autenticidad de los documentos publicados en ella. También, el acceso y la descarga e impresión de los documentos insertados en ella sean gratuitos.

Esa garantía establecida a la sociedad implica que “ad cautelam” tenga que probar tanto el contenido de lo que se inserta como el momento o la fecha en que lo realiza en la página web.

El otorgamiento de un acta notarial sería el método eficiente para que cumpla esa salvaguardia pero también existen otros mecanismos como son los sistemas timestamping u otros en que terceros independientes certifican el contenido de una página en una determinada fecha [art. 25 Ley 34/2002, de Servicios de las Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)]. Son medidas que tratan de asegurar que la información que aparece en el sitio web proviene de ella y que no ha sido alterada indebidamente.

La ley omite las consecuencias y responsabilidades del deber de salvaguardia de la sociedad, pues corresponde a ésta la carga de la prueba del hecho de la inserción de los documentos en la página web y de la fecha de inserción.

Los administradores de la sociedad tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término legal y responden solidariamente entre sí y con la sociedad de los perjuicios causados a los socios, acreedores, trabajadores y terceros por la interrupción temporal de acceso a la página, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor. Incumbe la prueba de la concurrencia de estos casos de exoneración de responsabilidad al administrador. Los administradores sólo se exonerarán de responsabilidad por caso fortuito o de fuerza mayor.

Así pues, los administradores son responsables en el caso de que no guarden el tiempo preestablecido, es decir, si lo retiran antes del plazo legal. Se plantean diferentes dudas sobre si la sociedad es quien garantiza el acceso y el administrador el encargado de su mantenimiento, con la responsabilidad solidaria frente a los perjudicados. También, si atendemos a la legitimación y al objeto de las acciones de responsabilidad individual y social que contempla la LSC, con independencia de la problemática para cuantificar y probar los daños patrimoniales generados a los perjudicados.

Otro aspecto discutible es la simple declaración del administrador como prueba suficiente para acreditar el mantenimiento de lo insertado durante el término legal, que

podrá ser desvirtuada por cualquier interesado mediante cualquier prueba admitida en Derecho.

Si la sociedad es quien garantiza el acceso y quien debe acreditar el hecho de la inserción cómo se explica que el administrador tenga el deber y lo cumpla con su simple declaración que es entendida como una presunción “*iuris tantum*” que admite prueba en contrario. Estamos, pues, ante una incoherencia del legislador que no ha sabido muy bien a quién atribuir la carga probatoria y la imputación de responsabilidad a menos que sea la de este último sólo en el caso de no disponer de los documentos de la convocatoria en el tiempo establecido por la ley con una prerrogativa en el cumplimiento de tal deber.

Por otro lado, la Ley contempla a efectos de la convocatoria de la Junta las consecuencias de que el acceso a la página web pudiera interrumpirse durante más de dos días consecutivos o cuatro alternos, en cuyo caso la Junta no podrá celebrarse y, si se celebrase, sería nula.

Sin embargo, este efecto no se produce cuando el total de los días en los que se efectúe la publicación efectiva de la convocatoria fuera igual o superior al término exigido legalmente. En los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la junta general, si se produjera interrupción, debe prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido.

2.2. Comunicaciones electrónicas y foro electrónico de accionistas.

Las comunicaciones entre la sociedad y el socio, incluidas la remisión de documentos e información podrán realizarse por medios electrónicos siempre que el socio lo haya aceptado expresamente. Con esta precisión debe entenderse que las comunicaciones son las que se efectúan en el marco de las relaciones societarias y el socio.

Y, por otra parte, debe destacarse que tales comunicaciones se condicionan al consentimiento expreso del socio, lo que puede suponer un evidente retroceso. No es suficiente la previsión en los estatutos sociales ni en un acuerdo de la junta general la autorización del uso de los medios electrónicos.

Por tanto, cada socio individualmente debe prestar su consentimiento para que la sociedad pueda utilizarse de estos medios. Entonces se puede dar la paradoja de que algunos socios y no todos se comuniquen electrónicamente.

Se deja la libertad al socio la decisión del uso de los medios electrónicos tanto para recibir información de la sociedad como para remitirla a ésta. Otra cuestión es si su consentimiento que debe ser expreso también tiene que ser individual para cada caso concreto o si, por el contrario, la aceptación debe entenderse para el presente y para el futuro.

La sociedad tiene que habilitar, a través de la página web corporativa, un dispositivo

de contacto con la sociedad que permita acreditar la fecha indubitada de la recepción así como el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre los socios y la sociedad.

Las sociedades cotizadas deberán disponer de una página web para atender al ejercicio por parte de los accionistas del derecho de información¹³.

Las sociedades cotizadas deben cumplir los deberes de información por cualquier medio técnico, informático y telemático, sin perjuicio del derecho de los accionistas de recibir impresa la información. Corresponde al Consejo de administración la determinación del contenido de la información disponible en la página web.

Se hace referencia a un Foro Electrónico de Accionistas¹⁴. Constituye una red social corporativa cuya finalidad es compartir información y documentación con carácter previo a la celebración de las juntas generales.

Pueden acceder al mismo los accionistas individuales, como las asociaciones voluntarias que puedan constituirse.

En este foro se pueden realizar propuestas como complemento al orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer los derechos de minoría previsto en la ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria.

Tanto el canal de contacto como el foro de accionistas previstos legalmente pueden ser objeto de desarrollo. El primero no ha sido reconocido pero sí el segundo al gobierno con la audiencia a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

II. LAS REDES SOCIALES.

1. La dimensión jurídica de las redes sociales.

El creciente potencial de las redes sociales a nivel individual y colectivo y su proyección futura conlleva a formular el análisis de impacto y el estudio del uso responsable por los ciudadanos.

El objetivo es prevenir los trastornos asociados a los riesgos que comporta al igual que sus abusos e intromisiones ilegítimas tanto en el ámbito privado como en el empresarial y profesional.

Las redes sociales constituyen verdaderos medios de transmisión de información y de comunicación con varias personas que comparten diversos contenidos. También, permite

¹³ BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", en SEAIDA., II Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología, 2012, p. 135.

¹⁴ Artículo 539 LSC. Instrumentos especiales de información.

un alto grado de participación activa en la vida social, política y económica.

Aunque se reflejen las ventajas en cuanto a la interacción de los individuos y de la rapidez de las mismas no están exentas de riesgos y de amenazas propias de la propia tecnología pero también de la conducta del hombre.

Para ello, se hace necesario contar con normas jurídicas que coadyuven a una regulación global o a una ley modelo, que diera una solución generalizada en cualquier espacio territorial, sea dentro o fuera de la UE, a la vista del desarrollo e impacto de las redes sociales en la sociedad y de la posición de las plataformas en el mercado, así como de los derechos e intereses de las demás empresas y de los consumidores.

2. Panorama europeo, internacional y español.

La Agenda Digital de la UE constituye una de las iniciativas de la estrategia de crecimiento en Europa de aquí a 2020. Propone la potenciación de las TIC para favorecer la innovación, el crecimiento económico y el progreso. Su objeto consiste en desarrollar un mercado único digital hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador¹⁵.

El impacto de las redes sociales y la dimensión espacial que está teniendo ha conllevado que las instituciones europeas estimen prioritario la adopción de una serie de medidas o recomendaciones. Así, el Comité Económico y Social Europeo (CESE)¹⁶ sobre el tema "Uso responsable de las redes sociales y prevención de trastornos asociados" considera que es necesario contar con Leyes modelo, que dieran una regulación global. Pero mientras tanto han de adoptarse medidas que conduzcan a la autorregulación o preferiblemente a la correulación.

Debe ponerse en valor el Acuerdo de Autorregulación "Principios de la UE para unas redes sociales más seguras"¹⁷.

Igualmente, estima necesaria la publicación de un Código de derechos que resuma los derechos de los usuarios digitales existentes en la UE, de manera clara y accesible, para promover un uso responsable de las redes, la prevención de los trastornos asociados y la erradicación de las prácticas desleales o perniciosas.

También, la recopilación, el análisis, el intercambio y el uso indebido de datos y el riesgo de perfiles a consecuencia del desarrollo tecnológico hacen necesarias normas estrictas de protección de datos, como la ley aplicable y la definición de las responsabilidades de todas

¹⁵ Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada <<Agenda digital para Europa>> [COM (2010) 245 final].

¹⁶ Dictamen del CESE sobre el tema <<Uso responsable de las redes sociales y prevención de trastornos asociados>> de 19 de septiembre 2012 (DOUE C 351, de 15 de noviembre de 2012).

¹⁷ Safer Social Networking for the EU, de 10 de febrero 2009.

las partes interesadas¹⁸.

A nivel internacional destaca el documento *Security Issues and Recommendations for Online Social Networks*, elaborado por la European Network and Information Security Agency (ENISA), de octubre de 2007 y dirigido a los reguladores y a los proveedores de servicios de redes sociales.

Igualmente, el memorándum de Montevideo, adoptado en julio de 2009, sobre la protección de los datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet¹⁹.

En el ámbito español, no existe una regulación jurídica específica pero sí se han formulado una pregunta con la consecuente respuesta parlamentaria sobre la necesidad de promover un marco legal que garantizase la protección de las personas respecto a las informaciones en las redes sociales tipo facebook no van a ser usadas por los empleadores a la hora de contratar o despedir²⁰.

Actualmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 13 de marzo de 2012, aprobó por unanimidad una proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a reforzar la prevención del acoso por internet a través de las redes sociales en los jóvenes y adolescentes que ha conllevado en ocasiones al aumento de "cyberbullying" o ha propiciado el abuso de los menores "grooming"²¹.

Entretanto no se establezca una regulación específica de las redes sociales resulta de aplicación con carácter general la LSSICE²², sin perjuicio de las normas de autorregulación y de los principios reguladores existentes en la UE para unas redes sociales más seguras²³.

En el contexto de las nuevas tecnologías y, en concreto de Internet, la norma no se proyecta sobre el instrumento sino sobre el uso y sobre su diseño, por lo que el desarrollo y avance de determinados servicios hacen viable la posible intervención legislativa específica,

¹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre un enfoque global de la protección de los datos personales en la UE [DOUE de 5 de febrero de 2013 (2013/C 33/E10)].

¹⁹ Puede verse en <http://memorandumdemontevideo.ifai.org.mx/index.php/features>.

²⁰BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-456, de 08 de octubre de 2010, p. 73 (184/090219); BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-508, de 14 de enero de 2011, pp. 107-108 (184/090219). En la respuesta se destaca que ya la intimididad y la reserva de los datos personales de los trabajadores son garantizados en las normas laborales, de manera amplia y general y no sólo referida a las redes sociales tipo facebook. Y, por otra parte, la protección de datos, especialmente no generados en la relación laboral, sino fuera de la misma y con carácter voluntario, se garantiza por el régimen general de la protección de datos de carácter personal.

²¹ Se ha propuesto la creación de una subcomisión de estudio como herramienta para establecer de forma consensuada una estrategia nacional de carácter integral que permita afrontar la protección y educación de nuestros menores en la red, y la prevención de delitos cometidos a través de las redes sociales (BOCG núm. 192, de 12 de diciembre de 2012).

²² Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea. Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE parte de considerar que, en sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información según se definen en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE.

²³ MARTOS DÍAZ N., "Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de la edad", en RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2010, pp. 151-153.

a pesar de la existencia de normas generales aplicables a este entorno y de otras muchas por razón de la materia íntimamente relacionadas. A la vista están los diferentes conflictos que día a día son analizados por nuestros Tribunales de Justicia que demuestra el reflejo virtual de la realidad en la que nos movemos y que aparece plasmada en las redes sociales.

El Derecho debe adaptarse y actualizarse, para dar respuesta a los problemas generados en este espacio virtual y digital. La aplicación de la norma existente no puede dejarse al arbitrio de una interpretación obligada y sistemática que puede ser más o menos acertada a los principios establecidos tanto en las normas generales como en las específicas por razón de la materia indirectamente vinculadas. Ha de sujetarse al momento en que deben ser aplicadas, en cumplimiento del principio de legalidad y de seguridad jurídica.

3. TIPOLOGÍA.

Las redes sociales son plataformas o canales que consisten en la prestación de servicios a través de internet que permiten a los usuarios el uso de un perfil público, en el que pueden incorporar datos e información con la finalidad de poder interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado.

La esencia de las redes sociales es compartir e intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente mediante distintas aplicaciones diseñadas por cada tipología de red virtual y conforme a sus condiciones.

Las primeras redes sociales datan entre 1995 a 2001 que permitían a los usuarios generar relaciones personales y profesionales con la creación de perfiles que permitían a los usuarios identificar amigos en sus redes. Desde entonces hasta ahora se han creado diversas redes a partir de la evolución de la web 2.0, donde el usuario de internet se olvida de ser un simple observador y consumidor de contenidos para pasar a un exponente activo y dinámico en la generación de datos, opiniones e informaciones.

El concepto de red social no se encuentra absolutamente cerrado, pues debe tenerse en cuenta previamente el tipo de red a definir. Una red social es una forma de interacción entre miembros y/o espacios sociales que tienen su origen y desarrollo por medios electrónicos- redes sociales on line²⁴.

Dentro de estas últimas, se suelen categorizar atendiendo al público objetivo al que se dirigen o al tipo de contenido que albergan. De tal manera que se distinguen

²⁴ Sobre la definición, vid. ORTÍZ LÓPEZ, P., "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", en RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ R., *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2010, pp. 24-25.

hasta tres grupos de redes sociales: generalistas²⁵, especializadas²⁶ y profesionales²⁷. Cada grupo tiene sus particularidades pero presentan una serie de aspectos comunes²⁸.

4. DEBERES Y DERECHOS.

El acceso de los servicios de redes sociales exige mostrar la conformidad con las condiciones generales predispuestas por la plataforma sobre la utilización y, en especial, a las referidas a la privacidad, así como la cesión del derecho de uso sobre cualquier contenido que podrá ser explotado por la plataforma. Para darse de alta en una red social, los usuarios deben facilitar los datos básicos personales y han de analizar el nivel de acceso al perfil personal y de su configuración que se conoce como privacidad personal y de terceros.

El usuario en el proceso de registro debe obligatoriamente aceptar y prestar su conformidad a los términos y a las condiciones -terms of service- y de las políticas de privacidad -privacy policy-.

Los aspectos relevantes de las condiciones de uso y política de privacidad de las plataformas de servicios de redes sociales son los siguientes: la edad de acceso, la seguridad, las responsabilidades, los usos no permitidos y la protección de datos. La captación de los datos goza de transcendencia en cuanto a su privacidad, pues las plataformas disponen de herramientas de procesamiento y almacenamiento de los datos facilitados por los usuarios.

Las condiciones permiten a la empresa prestadora el control de las informaciones que se publican en su red, cuando sean contrarias a las condiciones de uso como son: la información injuriosa, delictiva e incluso facilitada con fines comerciales o de lucro. Se establece incluso un mecanismo de denuncia ante la propia empresa por los usuarios que pueden considerarse afectados por la información publicada, pudiendo ésta retirarla e incluso dar de baja al usuario.

Los servicios prestados son gratuitos que implican a los usuarios costes no financieros y la posibilidad de que el proveedor reutilice los datos del usuario. La gratuidad del servicio ha permitido a tales empresas adquirir una posición dominante²⁹ que puede resultar perjudicial para los intereses del mercado.

²⁵ Su finalidad principal consiste en facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen. Ofrecen aplicaciones que permiten a los usuarios operar on line.
²⁶ Se centran en unir a un grupo con intereses colectivos. Entre otras, redes sociales de microblogging, de amistad o encuentro de parejas.

²⁷ Se configuran como nuevas herramientas de ayuda para establecer contactos profesionales con otros usuarios. Su finalidad es poner en contacto y mantener una relación a nivel profesional con diferentes sujetos que tengan interés para el usuario.

²⁸ Poner en contacto e interrelacionar a personas, ya sea compartiendo información, permitiendo el contacto directo o facilitando nuevos contactos de interés.

²⁹ Se pone de manifiesto en el Dictamen de 26 de octubre de 2011 del Comité Económico y Social (DOC 28 de enero de 2012) - La computación en nube (cloud computing) en Europa.

Los usuarios con la simple aceptación satisfacen los servicios prestados con la cesión de los datos personales. En algunas ocasiones se les requieren de informaciones adicionales.

Aunque el acceso es voluntario muchos usuarios se sienten abocados a aceptar las condiciones para tener contacto con amigos y estar comunicado e integrado socialmente.

5. SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

El acceso a las redes sociales por los usuarios a través de las condiciones de servicio, que responden a "declaración de derechos y responsabilidades", plantea diferentes problemas jurídicos, principalmente, con la identificación real del usuario y con sus datos personales.

Se establecen condiciones para el registro de la cuenta de usuario y de su mantenimiento que se refieren a la prohibición de proporcionar información personal falsa y que se use por menores de 14 años.

La realidad es que más de una tercera parte de los jóvenes internautas españoles entre 10 y 18 años ha publicado y administra un perfil en una red social. Teniendo en cuenta estos datos, en primer lugar, hay que plantearse si un menor de 14 años puede celebrar un contrato válido sin la intervención de sus padres o tutores conforme a nuestro Código Civil. Además, conforme a la legislación de protección de datos, se requiere la intervención de los padres o tutores legales en la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos³⁰.

Planteadas la cuestión sobre la validez del contrato debemos plantear si los prestadores cuentan con un identificador válido para conocer si en el momento del registro el usuario es menor de 14 años. La carencia de la técnica de identificación conlleva implicaciones jurídicas en términos de publicidad y de responsabilidad.

Todo ello, ha supuesto que la Agencia de Protección de Datos planteara al gobierno la incorporación al DNI electrónico de los menores del certificado de autenticación con el fin de garantizar la identidad y así verificar la edad de éstos a la hora de acceder a las redes sociales³¹. Se ha propuesto la posibilidad de establecer una edad límite por debajo de la cual sean necesarios el consentimiento paterno y un mecanismo para verificar la edad³².

³⁰ Para recabar datos de cualquier menor de 14 años es necesario contar con el consentimiento de los padres o tutores (artículo 13 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). Sobre el consentimiento de los menores en las redes sociales, vid. MARTOS DÍAZ N., "Políticas de privacidad, redes sociales y protección de datos. El problema de la verificación de la edad", op. cit., pp. 158-160.

³¹ www.cincodias.com/articulo/empresas/gobierno/estudia-exigir-dni-menores-acceder-redes-sociales/20121107cdscdsemp_16/

³² Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre un enfoque global de la

Las redes sociales al igual que tienen programado como edad de acceso 14 años tampoco permiten que lo hagan los mayores de 99 años³³.

Y con respecto a las personas con discapacidades, la mayoría de las plataformas presentan problemas sobre la accesibilidad³⁴ a las redes sociales para que no suponga la exclusión a los colectivos de personas con discapacidad y mayores. Pero también se plantean sus correspondientes consecuencias como fueron advertidas con los menores de edad.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad establece que las páginas de internet que sirvan de soporte o canal a las redes sociales en línea, deben satisfacer, a partir del 31 de diciembre de 2012, como mínimo el nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos.

Por otro lado, se suman los derechos y libertades potencialmente vulnerables -el derecho al honor, a la propia imagen, la libertad de expresión y de empresa, etc- en este entorno que se acrecienta con la exoneración de responsabilidad y de limitación de garantías, pues, como recogen las condiciones de uso de las plataformas, se utiliza bajo la responsabilidad del usuario y además el servicio prestado no es seguro.

Tanto el "derecho de rectificación" como el "derecho al olvido" deben gozar de una máxima protección.

Ambos derechos persiguen la rectificación de errores cometidos por las plataformas -divulgación de mensajes y fotos privados, etc- como la eliminación inmediata y completa de los datos de la persona en el caso de que el usuario pretenda la cancelación o desactivación de la cuenta³⁵.

También, la problemática sobre la jurisdicción competente y la ley aplicable en caso de controversia, por el sometimiento a la norma del país del prestador del servicio y de las cláusulas de prórroga de la jurisdicción³⁶.

protección de los datos personales en la UE [DOUE de 5 de febrero de 2013 (2013/C 33/E10)]- nota (1)- p. 107.

³³ Se trata de un caso de una persona de 104 años que ha tenido que introducir la fecha por defecto permitida. Puede verse la noticia www.elmundo.es/elmundo/2013/02/22/navegante/1361536767.html.

³⁴ Se reclama que se puedan acceder a ellas desde distintos dispositivos como el diseño de una única interfaz accesible y compatible con diferentes dispositivos y que integren productos de apoyo para cuando el acceso se realice desde dispositivos no accesibles.

³⁵ Como señala VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Protección de datos personales, redes sociales y menores", *Revista de Derecho de las Nuevas Tecnologías*, n° 29, 2012, pp. 50-51: <<En cuanto a la eliminación o desactivación de la cuenta, existe, en efecto, la posibilidad de eliminarla, pero esos datos no se cancelan sino que, simplemente, se bloquean>>.

³⁶ Sobre los aspectos de Derecho Internacional privado, competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable, vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A., "Derecho Internacional Privado, protección de datos y redes sociales de internet", en RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ R., *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2010, pp.299-318.

Por último, la pérdida de los datos como consecuencia del tratamiento³⁷ y de la deslocalización que conlleva la computación en la nube conocido como cloud computing³⁸, con las implicaciones anteriormente apuntadas sobre la jurisdicción competente y la ley aplicable.

III. LOS RIESGOS Y RESPONSABILIDADES

1. Los riesgos y responsabilidades de las webs 2.0 y de las redes sociales.

Todo adelanto o desarrollo tecnológico entraña posibles beneficios, pero también vienen acompañados de innumerables bondades e inevitablemente, de nuevos riesgos y amenazas. Algunos de los cuales no son fáciles de predecir y menos evitar.

Una de las principales amenazas y principal es la pérdida de control de la información y de los datos que circulan en la red una vez que son publicados o expuestos al público. La información viaja muy rápido y en cuestión de segundos o minutos un comentario, una foto, un vídeo o una opinión pueden estar visualizándose en cualquier parte del mundo con los riesgos y responsabilidades que evidentemente conllevan a efectos jurídicos.

1.1. En el ámbito privado y personal.

Las redes sociales, desde el momento en que el usuario presta consentimiento válido sobre la política de privacidad y condiciones de uso de la plataforma que constan en el formulario de registro, plantean determinados riesgos y responsabilidades en cuanto a su contenido como a sus consecuencias.

Los usuarios deben ser conscientes y valorar qué tipos de datos proporcionan a la plataforma y publican en su perfil, sean de carácter básico o de contenido más sensible como si es propio o ajeno.

Han de establecer mecanismos seguros sobre la protección de la cuenta y de su contraseña. Muchos de los riesgos que pueden existir se refieren al acceso no autorizado por terceros, sustracción ilegítima, suplantación de identidad, secuestro de cuentas, así como transmisión y propagación de virus, malware, phishing, spyware.

Todas estas circunstancias consecuenciales concadenan responsabilidades en materia

³⁷ Sobre la consideración de responsables del tratamiento de los datos hay que tener presente el Dictamen del Grupo de Trabajo 5/2009. Puede verse un comentario al mismo en DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, 2011, pp. 314-318; VILASAU SOLANA, M., ¿Hasta dónde deben regularse las redes sociales?, *Revista Española de protección de datos*, nº 6, 2009, pp. 116-125.

³⁸ Sobre el concepto y la dimensión jurídica de la cloud computing y las redes sociales como una manifestación de ésta, VIDAL PORTABALES, J. I., "Cloud computing: su problemática jurídica", *Actas de Derecho Industrial*, tomo 31 (2010-2011), pp. 449-474.

de privacidad, protección de datos y documentos confidenciales, propiedad intelectual e industrial, reputacionales y patrimoniales.

Para ello deben adoptar las precauciones oportunas pues los riesgos relativos a la falta de información del uso como una conducta imprudente puede conllevar resultados inoportunos y perjudiciales en un determinado momento. Al hilo de lo precedente es factible situar los riesgos relativos a la descontextualización de la información como de los datos que aparecen publicados.

La publicación permanece siempre y resulta casi imposible la cancelación efectiva para el caso de desactivación de la cuenta del interesado, pues quedan al margen los derechos adquiridos por los terceros que la han recibido y no las hubieran eliminado. Y, por otra parte, no se tiene un control pormenorizado de lo que se sube a la red.

Los riesgos de las redes sociales amenazan la esfera privada pero también la personal, en cuanto que pueden generar adiciones, fobias, fatigas amenazas, extorsiones y coacciones que pueden afectar notablemente a la integridad moral, dignidad personal como la salud y la propia vida del afectado. Concretamente, los menores y las personas discapacitadas pueden ser objeto de acoso, abuso -grooming³⁹ y bullying⁴⁰- y corrupción de menores⁴¹.

Las redes sociales se convierten en medios de perpetración ilícitos en cualquier ámbito o esfera jurídica. La invasión de la intimidad con el uso de la contraseña de la red social vinculada a la cuenta de correo electrónico, con la suplantación de la identidad en la red y procediendo a la eliminación de los archivos y a proferir insultos a los contactos⁴². Pueden traducirse en graves riesgos para los derechos fundamentales de las personas, ante las crecientes dimensiones que han experimentado el uso indebido de datos y de perfiles, así como la suplantación o robo de identidades⁴³.

Por ello, se hace preciso incidir en campañas informativas y educativas de carácter preventivo, con consejos relativos a las políticas de uso y de privacidad de los diferentes servicios antes de su utilización. Han de adoptarse medidas eficaces y de protección específica en los menores, ya que, por un lado, son los usuarios más activos y presentes y, por otro lado, son menos conscientes de los riesgos, las consecuencias, las garantías y los derechos en relación con el procesamiento y almacenamiento de los datos.

³⁹ Vid. PARDO ALBIACH, J., "Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros", en GARCÍA GONZÁLEZ J (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 51-84.

⁴⁰ Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, A., "Una aproximación al cyberbullying", en GARCÍA GONZÁLEZ J (Coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 13-50.

⁴¹ Se ha usado el perfil de una red social como cebo en la que usaba imágenes de chicas adolescentes para conseguir que jóvenes y niños se desnudarán ante la cámara web de sus ordenadores o móviles en la creencia de que estaban contactando con dichas chicas y no con él. [SAP de Zaragoza, sección 1ª, núm. 137/2012, de 9 de mayo 2912 (JUR 2012/185633)].

⁴² SAP de Málaga, núm. 22/2012, de 30 de enero de 2012, sección 8ª (JUR 2012/76363).

⁴³ Vid. VV.AA., *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi, 2010.

1.2. En el ámbito empresarial, profesional y laboral.

Las redes sociales ofrecen a las empresas y los profesionales muchas ventajas competitivas y oportunidades de negocio, pero también conllevan determinados riesgos siempre que no sean mitigados o gestionados correctamente.

Las empresas como los profesionales buscan, entre otros objetivos, la obtención de beneficios diversos, como la reducción de costes en el servicio de publicidad, atención al cliente, la mejora de sus estudios de mercado, la involucración de los consumidores en los procesos de diseño de nuevos productos y un aumento de la notoriedad de la marca.

No todo son luces en las redes sociales. También, se muestran sombras que pueden llegar a difuminar toda las grandes ventajas que pueden experimentar. Entre ellas, podemos deslumbrar la pérdida de la reputación social y corporativa, como el desprestigio profesional. Igualmente, un impacto en la seguridad en sus sistemas y equipos informáticos, pero también de terceros, que pueden afectar a la protección de los datos propios de la actividad como ajenos, sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, que pueden conllevar a actos de descubrimiento de revelación de secretos de actividades empresariales y profesionales registrados.

La presencia de los trabajadores puede resultar muy provechosa para la empresa pero puede implicar graves consecuencias.

Los empleados pueden formular, a través de los nuevos canales de comunicación proporcionados por la empresa, como los blogs y las redes sociales, informaciones, comentarios o valoraciones, incluso imágenes que pueden tener consecuencias negativas para la empresa y el propio trabajador, con independencia de que se efectúen durante la jornada laboral y de que sus finalidades sean ajenas a lo profesional⁴⁴. Incluso si no es proporcionada por la empresa sino a través del asesoramiento propio y externo sobre la implantación y su posicionamiento en las redes sociales que puso en conocimiento de aquella una página de facebook sobre comentarios de una de sus trabajadoras⁴⁵.

Y, por otro lado, pueden constituir pruebas reputadas de otros incumplimientos laborales que son sancionables con el despido, como la creación de un perfil y una cuenta de usuario a nombre del director gerente de la empresa, sin su conocimiento ni consentimiento, utilizando sus datos personales y emitiendo en su nombre, expresiones objetivamente injuriosas a la empresa en la que presta sus servicios, con la intención de

⁴⁴ Sobre la utilización de las redes sociales en la empresa y sus efectos en las relaciones laborales, vid. CARDONA RUBERT, M^a B., "La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa", *Revista de Derecho Social*, n^o 52, 2010, pp. 67-77; NÚÑEZ ABOITIZ, V., "Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral", *Relaciones Laborales*, n^o 13, 2012, pp. 17-41.

⁴⁵ Una trabajadora que a través de su perfil en una red social realiza comentarios sobre la clientela de la empresa para la que trabajaba pero el Tribunal los considera meras anécdotas en el trabajo y que no constaba que algún cliente formulara queja alguna, por lo que declaró la improcedencia del despido [STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 254/2012, de 30 de marzo 2012 (JUR 2012/322079)].

difundirlas⁴⁶.

También, sancionable con el despido es el conocimiento por la empresa a través de fotografías colgadas por un trabajador celebrando una fiesta cuando se encontraba en situación de incapacidad laboral, lo que evidencia un estado de salud suficiente para la vuelta al trabajo⁴⁷.

La seguridad de las redes informáticas puede verse comprometida por el uso indebido e irracional de los empleados de las redes sociales, cuando su uso está prohibido por la empresa⁴⁸. Estas potenciales intromisiones externas podrían comportar alteraciones en el servicio informático e incluso las pérdidas de datos confidenciales e información relevante de la actividad empresarial u ajena de clientes y de proveedores, como también de la propia clientela y de su reputación corporativa.

2. LA GERENCIA DE RIESGOS.

La gestión de los riesgos relacionados con las TIC ha de ser administrada como un negocio dentro de la empresa o institución, en el que tanto uno como otro no puede ser considerado separadamente y en distintas disciplinas.

Es una parte integral de la estrategia empresarial, profesional e institucional que contribuye a la satisfacción de los objetivos marcados por ellas.

Así, las empresas cuentan con un código de conducta o de reglas internas referidas a las políticas de uso de las redes sociales para el perfil corporativo y del empleado.

Estas reglas internas de conducta contienen las directrices de uso de las redes sociales y también del uso correcto de cuentas de correo electrónico y de mensajería instantánea -seguridad y confidencialidad-.

Muchas empresas han bloqueado el acceso a las páginas webs que conectan con las redes sociales para intentar proteger la imagen y evitar el descenso de productividad de los empleados. Esta iniciativa empresarial puede ser entendida como ineficaz debido a la existencia de internet en los teléfonos inteligentes y tabletas. Por ello, es necesario y aconsejable adoptar una política corporativa que regule el uso de las redes sociales con unas normas de comportamiento básicas que sean perfectamente conocidas por las

⁴⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena, núm. 517/2011, de 6 de julio de 2011 (AS 2011/1167).

⁴⁷ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 5601/2012, de 16 de noviembre 2012 (JUR 2012/401461).

⁴⁸ Se declara procedente el despido de un trabajador que engañaba a la empresa accediendo a las redes sociales o de ocio cuando sabía que estaba prohibido, no solo porque su propio ordenador tenía cortafuegos contra tales accesos a través de los servidores de los clientes de la empresa, y además es un profesional de la informática que conoce la prohibición y los daños que puede causar en las relaciones de la empresa con el cliente afectado y con el resto si no hubiesen conocido. [STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 841/2011, de 3 de febrero de 2011 (JUR 2011/161884)].

personas a las que deban ser de aplicación.

La libertad de las redes sociales debe ir acompañada de unos principios de uso responsable, con obligaciones de respeto a los derechos de terceros, para evitar abusos o usos irregulares no vinculados a la prestación laboral.

Las empresas desconocen las consecuencias potenciales de los riesgos y de sus consecuencias. Deben abordar medidas de prevención de manera global, pues afectan a muchos departamentos y no están suficientemente identificados ni cuantificados, en cuanto al impacto económico-financiero y reputacional que pueden llegar a ocasionar.

Estamos presentes ante un proceso de transformación estratégica comercial y de negocio empresarial como también de intercomunicación de la información en el que se desconocen cualitativa y cuantitativamente los riesgos. Han de tomar medidas decisorias que conlleven a un punto medio o de compensación entre la inversión en seguridad y en el riesgo asumido⁴⁹.

Para evitar los riesgos empresariales en las redes sociales ha de ejecutarse planes adecuados de acción preventiva con la finalidad de que los objetivos de la estrategia de las redes social sean exitosos.

En el ámbito privado, la mejor medida en lo que se refiere a la protección de datos personales es la precaución, con la concienciación de los riesgos y la prudencia. No sólo ha de venir dada de uno mismo- autocontrol- sino que es necesario igualmente seguir las recomendaciones y consejos sobre las medidas de seguridad que deben adoptarse.

IV. EL SECTOR ASEGURADOR Y EL SEGURO EN ESTE ENTORNO.

1. ESTRATEGIAS DEL SECTOR ASEGURADOR

La mayoría de las compañías de seguros disponen de página web y ven las redes sociales como una oportunidad de negocio en todos los sentidos, con el fin de comunicar y de recibir información múltiple de partners, clientes y proveedores.

Ciertas entidades aseguradoras utilizan un perfil en las plataformas- facebook o twitter- como estrategia de marketing digital y canal de comunicación directo con los clientes y además como principal punto de venta o comercialización del seguro.

Pueden aceptar la cobertura de riesgos, sin la intervención de un mediador de seguros, a través de su propia web u otras creadas "ad hoc". Igualmente, se encuentran en un proceso de implementación de computación en la nube "cloud computing", lo que plantea controversias sobre la seguridad y propiedad de los datos, el acceso no autorizado y

⁴⁹ Vid. BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., pp. 125,132-134.

ataques o fallos⁵⁰.

Las compañías de seguros podrán conocer y analizar cualquier información u opinión que se hace sobre su marca, producto o servicio por los usuarios en las redes sociales. En base a ello, podrán elaborar un estudio sobre la reputación on line de la marca.

Por otro lado, las aseguradoras pueden conocer las preferencias, los gustos, la edad, los estilos de vida y de ocio de los usuarios, así como una información personal relevante de especial importancia para que el sector asegurador pueda hacer uso de estos datos personales a la hora de calcular la prima o el precio del seguro, especialmente, en los seguros de personas (salud, vida y pensiones) y, también, por ejemplo, en los seguros del automóvil.

De este modo, podríamos contemplar otros factores de riesgo en la tarificación influyentes que pueden ser utilizados por las entidades aseguradoras que son distintos o digamos diferentes de la propia técnica aseguradora en la valoración y evaluación de los riesgos.

El conocimiento de datos personales y las propias preferencias y estilos de vida del usuario y potencial cliente influye notablemente en el deber de declaración del riesgo de los tomadores en el momento de la contratación del seguro. Como también pueden ser usadas las redes sociales para conocer las circunstancias del siniestro y del responsable del mismo para poder ejercitar las correspondientes acciones.

Igualmente, las redes sociales pueden propiciar que las aseguradoras dispongan de una herramienta utilísima para prevenir, detectar y perseguir el fraude de seguro.

Se han utilizado de forma frecuente como vía de seguimiento e investigación de los siniestros. Las indiscreciones en internet de los defraudadores han posibilitado la detección del fraude en el seguro⁵¹.

También, los intermediarios de seguros están en plena fase de reestructuración y de capacitación profesional. Están buscando alternativas a su negocio con un multitarifificador en tiempo real unido a su página web, al igual que ven la conexión a las principales redes sociales y profesionales (facebook, youtube, twitter, linkedIn) como un medio o una herramienta que les permita incrementar la productividad y la competitividad con el objeto de obtener fuentes de mercado y una red de contactos que les sitúe en un asesoramiento más integral y personalizado.

El reto último de los mediadores es convertirse en los verdaderos intermediarios de la contratación del seguro en la red con la compañía de seguros y la clientela. Y, para ello, han de conseguir una relación estable y duradera con los clientes en esa tarea de fidelización, con la puesta en conocimiento durante la vigencia del contrato de nuevos

⁵⁰ BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., p. 123.

⁵¹ Vid. Informe sobre le Fraude al Seguro Español 2011 ICEA.

servicios y de nuevas coberturas, adelantándose y ajustándose a las necesidades personales y profesionales de la clientela.

También, la clientela puede directamente hacer uso de las redes sociales para ponerse en contacto con la compañía o con el mediador para solicitar nuevas prestaciones o como vía de acceso en la comunicación y tramitación del siniestro.

2. IMPACTO EN EL SEGURO.

Internet y las redes sociales están generando nuevas realidades y oportunidades de negocio, con la creación y desarrollo de nuevos seguros ante el uso creciente de la sociedad desde cualquier dispositivo.

La complejidad de su expansión en todos los niveles afecta incluso a las propias pólizas vigentes, que pueden quedar desfasadas desde el momento de su emisión, generándose conflictos en relación a la inexistencia de una exclusión expresa ni tampoco una delimitación específicamente del riesgo susceptible de cobertura⁵².

Su uso afecta especialmente a nuevos riesgos asegurables contra daños⁵³ y multirriesgos, pero también a los seguros de personas, especialmente, los seguros de salud, accidentes y de vida, por el uso descontrolado, mal uso, dependencia, adicción, acoso, estrés, ansiedad, fatiga, fobias, suicidios, etc. Como también otros específicos del entorno electrónico como los seguros de equipos informáticos, seguros de pérdida de datos, consultoría informática, seguro de protección de datos, seguro de asistencia informática⁵⁴ y, por supuesto, los seguros específicos de redes sociales⁵⁵.

También, los seguros de defensa jurídica, responsabilidad empresarial y de los administradores sociales incluso medioambiental por contaminación⁵⁶.

⁵² BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., p.125-126.

⁵³ Vid. ILLESCAS ORTÍZ, R., "Efectos jurídicos sobre el contrato de seguro del uso generalizado de las tecnologías de la información en VV.AA., I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología, organizado por SEAIDA con el patrocinio de Fundación Mapfre, abril 2010, Cuadernos de la Fundación Mapfre, nº 162, 2011, pp. 75-76; BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., p. 126.

⁵⁴ Sobre estos seguros, vid. BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., pp. 126-132.

⁵⁵ BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., p. 132: <<La cobertura asegurativa se centra en la responsabilidad civil por daños y perjuicios del asegurado y en los gastos de defensa por reclamaciones basadas en difamación, descrédito, falta de reputación o fama, violación de secretos, derechos de propiedad intelectual e industrial, transmisión negligente de virus informáticos o código malicioso, cualquier acto negligente, error, omisión, fallo, declaración falsa, etc>>.

⁵⁶ BENITO OSMA, F., "Los riesgos electrónicos, responsabilidades y aseguramiento en determinados sectores por el impulso y desarrollo de las TIC", op. cit., p. 126, 132-135.

En consecuencia, los riesgos generados en este entorno afectan a casi todos los ramos de seguro.

VI. CONCLUSIONES.

Las páginas webs 2.0 y las redes sociales han transformado completamente los servicios de comunicación e información como los hábitos de conducta privada y de consumo de la ciudadanía y de la sociedad en general. Las empresas interactúan con sus empleados, proveedores, clientes y con sus socios, generando dinamismo mediante un aprovechamiento notable de las redes con una mejora en la productividad y en la competitividad.

Este escenario al que estamos siendo dirigidos por las plataformas desde el momento de su adhesión a su condicionado virtual hace que nos encontremos ante un laberinto en el que el usuario en muchas ocasiones desconoce el contenido de las obligaciones y derechos que le corresponden del uso como de las consecuencias.

En este caso, los usuarios se ven amenazados de la propia inseguridad que genera la prestación de servicios relativa a la protección de los datos, la intimidad y la propia imagen. Cualquiera puede suplantarnos y robarnos libremente la identidad pudiendo ser susceptible de reproche penal por usurpación del estado civil. Como también pueden recibir coacciones, amenazas, injurias, calumnias, etc.

Todas estas situaciones indeseadas son consecuencia de una falta absoluta de medidas específicas que no han de ser restrictivas sino que limiten objetivamente el uso descontrolado o abusivo de la red. Se han establecido consejos y guías de recomendaciones preventivas por la Agencia de Protección de Datos⁵⁷ que eviten futuros daños y perjuicios a los usuarios, especialmente, a los más débiles como los menores.

Los asuntos conflictivos se circunscriben a las herramientas asociadas a política de privacidad, aspectos relativos con el funcionamiento de los servicios, fundamentalmente el tratamiento de los datos de menores y, en especial, la implementación de mecanismos fiables de verificación de los datos personales para asegurarse de la edad de menores de 14 años.

Las empresas han tomado medidas incluso prohibitivas en el uso de las redes sociales en el trabajo como también otras han adoptado normas de uso dentro de la política de personal, con la finalidad de que exista transparencia y verdadera seguridad jurídica para las partes sujetas a la aplicación de la norma.

La insostenibilidad de las redes sociales se aproxima en breve espacio de tiempo si no se establecen las medidas legislativas específicas oportunas. Mientras no existan las mismas nos encontraremos con intromisiones indeseables e ilegítimas, por una

⁵⁷ Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online.

falta absoluta de garantías legales específicas. Afectan ni más ni menos a derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, que ocasionan graves trastornos y perjuicios personales y patrimoniales.

Los riesgos están ahí y los seguros también, que sirven de amortiguación a la monstruosidad que se han ido convirtiendo las redes sociales, que atesoran una posición dominante y de control en el mercado y en la sociedad.

Estamos inmersos en una auténtica burbuja que está a punto de explotar por la propia naturaleza que ha sido concebida y mantenida. Para que el seguro pueda constituir un instrumento complementario y coadyuvante a este nuevo paradigma cultural, social, económico y financiero necesita de unas mínimas garantías. De lo contrario, estaremos presentes ante una inmensa y crítica nube que puede generar en nefastas consecuencias patrimoniales y, por su puesto, personales y sociales a pequeña, mediana y gran escala. Esperemos que no sea demasiado tarde.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *LA WEB CORPORATIVA Y OTRAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO, CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO*, N° 56, 2011.

BENITO OSMA, F., "LOS RIESGOS ELECTRÓNICOS, RESPONSABILIDADES Y ASEGURAMIENTO EN DETERMINADOS SECTORES POR EL IMPULSO Y DESARROLLO DE LAS TIC", EN *SEAIDA, II CONGRESO SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SUS REPERCUSIONES EN EL SEGURO: INTERNET, BIOTECNOLOGÍA Y NANOTECNOLOGÍA*, 2012, p. 135.

CARDONA RUBERT, M^a B., "LA UTILIZACIÓN DE LAS REDES SOCIALES EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA", *REVISTA DE DERECHO SOCIAL*, N° 52, 2010.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *DERECHO PRIVADO DE INTERNET*, 4^a ED., CIVITAS, 2011.

ILLESCAS ORTÍZ, R., "EFECTOS JURÍDICOS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DEL USO GENERALIZADO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN VV.AA., I CONGRESO SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SUS REPERCUSIONES EN EL SEGURO: INTERNET, BIOTECNOLOGÍA Y NANOTECNOLOGÍA, ORGANIZADO POR SEAIDA CON EL PATROCINIO DE FUNDACIÓN MAPFRE, ABRIL 2010, CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN MAPFRE, N° 162, 2011.

MARTOS DÍAZ N., "POLÍTICAS DE PRIVACIDAD, REDES SOCIALES Y PROTECCIÓN DE DATOS. EL PROBLEMA DE LA VERIFICACIÓN DE LA EDAD", EN *RALLO LOMBARTE, A Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., DERECHO Y REDES SOCIALES*, CIVITAS, 2010.

NUÑEZ ABOITIZ, V., "USO EXTRALABORAL DE NUEVAS TECNOLOGÍAS DE INTERNET: EFECTOS SOBRE LA RELACIÓN LABORAL", *RELACIONES LABORALES*, N° 13, 2012.

OPPENHEIM, C., *THE NO-NONSENSE GUIDE TO LEGAL ISSUES IN WEB 2.0 AND CLOUD COMPUTING*, FACET PUBLISHING, LONDON, 2012.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., "DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, PROTECCIÓN DE DATOS Y REDES SOCIALES DE INTERNET", EN *RALLO LOMBARTE, A Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ R., DERECHO Y REDES SOCIALES*, CIVITAS, 2010.

ORTÍZ LÓPEZ, P., "REDES SOCIALES: FUNCIONAMIENTO Y TRATAMIENTO DE INFORMACIÓN PERSONAL", EN *RALLO LOMBARTE, A Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ R., DERECHO Y REDES SOCIALES*, CIVITAS, 2010.

PARDO ALBIACH, J., "CIBERACOSO: CYBERBULLING, GROOMING, REDES SOCIALES Y OTROS PELIGROS", EN *GARCÍA GONZÁLEZ J (COORD.), CIBERACOSO: LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD SEXUAL EN INTERNET*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2010.

PÉREZ MARTÍNEZ, A., "UNA APROXIMACIÓN AL CIBERBUYLLING", EN *GARCÍA GONZÁLEZ J (COORD.), CIBERACOSO: LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD, LA INTEGRIDAD Y LA LIBERTAD SEXUAL EN INTERNET*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2010.

RODRIGUEZ, P., "CIBERPERIODISMO, PSEUDOPERIODISMO Y TRÁFICO DE LA INFORMACIÓN EN LA WEB 2.0:

DEFINICIONES, RIESGOS Y RESPONSABILIDADES" EN SEAIDA., II CONGRESO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SUS REPERCUSIONES EN EL SEGURO: INTERNET, BIOTECNOLOGÍA Y NANOTECNOLOGÍA, 2012, PP.29-54.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, REDES SOCIALES Y MENORES", REVISTA DE DERECHO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, N° 29, 2012.

VIDAL PORTABALES, J. I., "CLOUD COMPUTING: SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA", ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL, TOMO 31 (2010-2011).

VILASAU SOLANA, M., ¿HASTA DÓNDE DEBEN REGULARSE LAS REDES SOCIALES?, REVISTA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, N° 6, 2009.

VV.AA., ROBO DE IDENTIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS, ARANZADI, 2010.

LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO EN EL PERÚ UNA NORMA NACIDA DE LA REALIDAD

Alonso Núñez del Prado S.¹

RESUMEN. El autor analiza los orígenes de la Ley de contrato de seguro (N° 29946) recientemente promulgada en el Perú y comenta los problemas reales que presenta el mercado asegurador peruano que motivaron la redacción de varios de los artículos de esta novísima e importante norma. Luego realiza un somero análisis, siempre salpicado de interesantes anécdotas (ya que seleccionó y conformó la Comisión que redactó el Proyecto, por encargo del Congreso de la República), de los aspectos más relevantes de la Ley del Contrato de Seguro, como son el establecimiento de principios y de criterios de interpretación del contrato, la renovación automática, la opción por la preservación del contrato, la suspensión automática de cobertura, los condicionados mínimos, las cláusulas y prácticas abusivas y la continuidad de cobertura de preexistencias en seguros médicos, entre otros.

ABSTRACT. The author analyzes the origin of the recently promulgated Insurance Contract Act, in Peru and mentions the problems of the Peruvian insurance market which caused several articles of this important Act to be written. Afterwards, using interesting anecdotes (since it was him, after all, who selected, shaped, and formed part of the very committee that wrote the draft for the Peruvian Congress) he explain the most relevant parts of the Law, like the insurance principles that govern the entire Act, the interpretation criteria for the contract, automatic renewal, preservation of the contract choice, suspension of coverage due to lack of premium payment, wording minimums, prohibition of abusive clauses and practices, and continuing of coverage of preexisting diseases in medical insurance, among others.

PALABRAS CLAVE. Ley de contrato de seguro, mercado asegurador peruano, Principios de seguros, criterios de interpretación, renovación automática, condicionados mínimos, cláusulas y prácticas abusivas, continuidad de cobertura de preexistencia en seguros médicos

KEYWORDS. Insurance Contract Act, Peruvian Insurance Market, insurance principles, interpretation criteria, automatic renewal, preservation of the contract choice, suspension of coverage due to lack of premium payment, wording minimums, prohibition of abusive

¹ Abogado, Magíster en Derecho de la Integración y en Derecho Constitucional, Master of Business Administration (MBA), graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, en que también es Magíster. Es fundador y Director Ejecutivo del '*Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno*', profesor universitario, árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y conferencista. Publica habitualmente en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Asimismo, seleccionó y conformó la Comisión que por encargo del Congreso de la República redactó el proyecto que luego se convirtió en '*Ley de contrato de seguro*' (29946), es Presidente de la '*Asociación Peruana de Derecho de Seguros*', Capítulo de AIDA en el Perú y director de varias entidades del sistema asegurador.

clauses and practices, continuity of coverage of preexistence diseases in medical insurance.

1. ANTECEDENTES.

Hasta el año 1992 el sistema de seguros peruano era cerrado, existía una sola empresa reaseguradora (Reaseguradora Peruana S. A.), propiedad del Estado, con la que las compañías de seguro estaban obligadas a reasegurar. La RP o Respa, como se le llamaba a esta empresa, en el Perú y el extranjero, respectivamente, centralizaba las operaciones de todo el país y negociaba el paquete en los grandes mercados, en especial en Londres. Mas lo que parecía una ventaja, resultó siendo una fuente de corrupción y los precios de los seguros en el Perú estaban por encima de los internacionales. Por lo demás, el mercado tenía condicionados de pólizas únicos –con frecuencia malas traducciones de los ingleses– y las tarifas eran también obligatorias para todos, aunque para los grandes riesgos, cuyos valores declarados excedieran ciertos límites, existían los comités de la Asociación Peruana de Seguros (APESEG) que fijaban los precios, empero siempre de manera conservadora y tratando de ajustarse a las tarifas sobre las que se otorgaban descuentos. Excepcionalmente, se conseguían cotizaciones directamente en el extranjero y se trabajaba con ‘fronting’, es decir a través de una aseguradora local que no retenía nada y sólo emitía la póliza, ya que era obligatorio asegurar en el Perú los riesgos locales en esa época.

La liberalización del mercado trajo consigo, originalmente, desconcierto y muchos problemas, ya que de pronto dejaron de estar vigentes las tarifas y las aseguradoras podían cobrar lo que les pareciera conveniente. Al principio, la reacción fue conservadora y la mayor parte seguía usando las tarifas. Un caso paradigmático fue lo ocurrido con el Instituto de Capacitación en Seguros, creado varios años antes y donde, básicamente, se enseñaba a usar la tarifas existentes, que se encontró de un día para el otro con que la mayor parte de sus profesores no estaban preparados para la nueva tarea y poco tiempo después en una decisión, a mi entender, apresurada, cerró sus puertas por determinación de sus propios fundadores, los miembros de la APESEG que notaron que había dejado de cumplir sus funciones. La competencia hizo que poco a poco los precios fueran bajando hasta llegar a costos que estaban por debajo del mercado internacional y, por otro lado, el ente regulador, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's (SBS), se encontró con circunstancias que no estaba acostumbrada a enfrentar. El período de adecuación tomó algún tiempo, pero de a pocos todos se fueron acomodando, unos mejor que otros. El número de aseguradoras se redujo drásticamente por fusiones, adquisiciones y similares a la vez que también se separaban las operaciones de vida y riesgos generales, que todavía no ha terminado.

Al mismo tiempo, entre los corredores, los grandes absorbieron a los pequeños y las operaciones internacionales empezaron a tener mayor importancia. Se dio lo que

podríamos llamar un proceso de concentración y dos aseguradoras tienen hoy una participación de mercado inimaginable en otros tiempos y en otras latitudes. Todo esto ocurrió al mismo tiempo que el país despegaba económicamente lo que tuvo un fuerte impacto en la industria que ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, aunque se sigue teniendo un bajo nivel de penetración de los seguros en relación al PBI, que está por debajo de la mayor parte de países de la región. Podemos concluir en que no se está siendo suficientemente exitoso en el intento de incrementar la conciencia aseguradora en nuestro país.

En mi propia lectura y entiendo que en la de varias otras personas, parte de la explicación está en la mala imagen que tienen las compañías de seguros en la población, donde son vistas como eficientes vendedoras de pólizas, pero malas pagadoras de reclamaciones. Aunque resulte difícil en el Perú, tenemos que aprender lo que saben y practican desde hace muchos años los ingleses y otros países desarrollados: la mejor propaganda y forma de crear conciencia aseguradora es pagando con rapidez las pérdidas y reclamaciones de los asegurados. Las personas que ven o saben de alguien que ha sido indemnizado satisfactoriamente por su asegurador son potencialmente los mejores clientes. La esposa de un trabajador que ha visto como su amiga o vecina recibió el pago por el seguro de vida de su difunto esposo, exigirá al suyo que adquiera uno. Algo similar ocurrirá con los seguros médicos, los de automóviles, de accidentes y los de otros ramos. Hay que tener presente que si no hubiera pérdidas, tampoco existirían seguros.

Una de las causas de la mala imagen de los aseguradores ha sido la falta de una legislación moderna y adecuada que pusiera coto a lo que venía ocurriendo en medio de la ley de la selva de la competencia, pero que en el caso peruano tenía varios ingredientes adicionales, como la existencia de pocas compañías y dos que tienen un pedazo demasiado grande de la torta, a lo que hay que agregar una SBS eficiente en la supervisión de la solidez financiera, pero incapaz de evitar que las cláusulas no solo abusivas, sino ilegales circularan en el mercado, porque tiene registradas alrededor de mil quinientas pólizas. En efecto, ha sido muchas veces el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) el que ha indicado los derroteros a seguir, como en los límites que estableció a las cláusulas de arbitraje, que se habían venido incluyendo indiscriminadamente en todas las pólizas y que hacían imposible que los asegurados sin recursos demandaran a las aseguradoras, especialmente los de provincias que no tenían recursos para venir a litigar a Lima. Es necesario reconocer que en este aspecto el INDECOPI ha jugado un papel importante, sobre todo, a partir de la promulgación del Código de Protección al Consumidor.

Con el mercado liberado, la SBS empezó tener problemas y es así como mediante la Ley N° 26595 del año 1996, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de elaborar un nuevo Código de Comercio –donde se regulaba el contrato de seguro–, debido a que el vigente databa del año 1902 y como es obvio es obsoleto, ya

que ese cuerpo legal fue en buena parte copia del español del siglo XIX. Esta norma facultó además a la Comisión Especial encargada de elaborarlo, para coordinar con los diversos sectores, instituciones y personas que tuvieran interés en hacer conocer sus opiniones y sugerencias.²

En el año 1998 el artículo 2° de la Ley N° 26936 estableció que a la delegación de facultades para elaborar un nuevo Código de Comercio, se incorporen la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, y la Ley del Contrato de Seguros. Ello originó una serie de trabajos y esfuerzos para cristalizar la legislación requerida.³ La comisión especial creada al efecto elaboró dos anteproyectos de ley que complementaban la reforma del mencionado Código, el de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, y el de la Ley del Contrato de Seguros, debido a que al producirse la derogatoria del Código de Comercio dichas materias no tendrían regulación en otro cuerpo legal.

Lo que vino después respecto al contrato de seguro fue una serie de proyectos que tuvieron como base el que el Profesor Juan Carlos Felix Morandi preparó por encargo de la Sección Latinoamericana de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) y que nunca pudieron convertirse en ley. Los cinco proyectos presentados en el Congreso en esos años se parecen mucho entre ellos, con algunos agregados en el caso del propuesto por el congresista Aíta y algunas variaciones en el proyecto presentado por la APESEG, que muestran que el patrón fue el primero, preparado por la Comisión presidida por el congresista Jorge Muñoz, que fuera luego seguido por los de los señores Farah, Aíta y Florian

De otro lado, en el 2004 y 2005 la SBS impulsó la elaboración de un Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros, encargando por invitación dicho texto al Dr. Luis Meza Carbajal, quien gestionó la donación de su propio proyecto por el Profesor Rubén Stiglitz – una de las eminencias argentinas en Derecho de Seguros– y organizó las Primeras Jornadas de Derecho de Seguros, promovidas por la SBS en las que fui uno de los ponentes⁴. De éstas últimas, la SBS extrajo algunas conclusiones y modificó, a su entender, lo necesario del Proyecto Stiglitz para adecuarlo a nuestra realidad⁵. Este nuevo texto fue el que luego se usó de base en la Comisión del 2006 que volvió a cambiarlo en muchos aspectos.

² Según el artículo 3° de la Ley, la Comisión estaría creada por 3 miembros del Congreso, 2 de las facultades de Derecho, 1 de la Cámara de Comercio de Lima, 1 de la Confederación Nacional de Cámaras de Comercio, 1 del Ministerio de Justicia, 1 de APEMIPE, 1 de INDECOPI y 1 de CONASEV.

³ Ley 26936. "Artículo 2°.- Ampliación de facultades. Delégase en la Comisión Permanente del Congreso de la República la facultad de aprobar las siguientes leyes: -Ley del Contrato de Seguros. -Ley de Navegación y Comercio Marítimo."

⁴ Mi ponencia se tituló 'Criterios de interpretación del contrato de seguro' que revisaba este tema en los proyectos presentados en el Congreso, el Proyecto Morandi y algún otro. Mis conclusiones de ese trabajo sirvieron de base para el artículo IV de las 'Disposiciones Generales' de la Ley promulgada. Fue publicada en Bogotá por la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, N° 24, Junio 2006. Pág. 11 y un resumen en el diario oficial El Peruano (Revista Jurídica), Adenda, el 31 de enero de 2006.

⁵ Según las informaciones que me llegaron, las personas de la SBS que trabajaron ese texto fueron las doctoras Mila Guillén, Miryam Aragón, Augusta Villa García y Mirla Barreto.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Ministerial N° 024-2006-JUS, de 26 de enero del 2006, dispuso la creación de una Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros, la que fue integrada por representantes de los diferentes sectores de la actividad aseguradora pública y privada.⁶

Como puede verse de su composición, se trató de una Comisión que contó no solamente con la presencia de entidades estatales especializadas, sino además con la participación de los gremios correspondientes. Fue presidida por un gran conciliador, el doctor Jaime Zavala Costa, y la SBS hizo las funciones de Secretaría Técnica,⁷ partiéndose del proyecto del profesor Stiglitz, modificado, y de las conclusiones de las Jornadas mencionadas. Resulté participando en esta Comisión de manera casi casual, porque en un encuentro accidental, sabiendo de mi interés en el tema, el doctor Zavala me invitó a integrarme, sin imaginarse el rol que terminaría desempeñando y que incomodó mucho a los aseguradores, por tener yo, según ellos, una posición pro-asegurado, que considero razonable dada la asimetría que existe entre las partes en este tipo de contrato.

La Comisión concluyó su labor y presentó su Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguros y a través de la Resolución Ministerial N° 288-2006-JUS del 7 de julio del 2006, el Ministerio de Justicia dispuso la publicación en su página web por el plazo de 15 días.⁸ Tal como señala la parte considerativa de la Resolución Ministerial mencionada, era necesario pre-publicar la propuesta a efectos de que pueda ser revisada y analizada integralmente por los operadores del Derecho y la ciudadanía en general. Lamentablemente, el Anteproyecto señalado no llegó a ser presentado al Congreso⁹ entre otras razones porque poderosos intereses lograron mantenerlo encarpetaado muchos años, incluso luego de que con la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos estuviera a punto de ser promulgado.

El de la Comisión del 2006, fue un Anteproyecto que a pesar de los defectos resultantes de haber sido negociado en muchos aspectos entre las dos grandes facciones

⁶ La Comisión estaba conformada por un representante de cada una de las siguientes instituciones:

Ministerio de Justicia, quien preside.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

INDECOPI.

SBS.

Una asociación de consumidores y usuarios.

Defensoría del Asegurado.

Asociación Peruana de Empresas de Seguros.

Asociación de Corredores de Seguros del Perú.

Colegio de Abogados de Lima vinculado con la materia.

Asociación Peruana de Corredores de Seguros.

⁷ Fuente: cuadro resumen de MINJUS publicado en:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CAoXHqrQOk4J:www.minjus.gob.pe/transparencia2/comisiones%2520multisectoriales%2520JULIO%25202009%2520nuevo%2520formato.xls+resolucion+ministerial+024-2006-jus&cd=2&hl=es&ct=clnk&source=www.google.com>

⁸ Cabe mencionar que la Resolución Ministerial, en su artículo 2°, dejó constancia de su reconocimiento a diversos profesionales por los servicios prestados al país al haber integrado y/o participado activamente en la Comisión encargada de la elaboración del Anteproyecto.

⁹ Otra razón para que se presentara fue la época en que se realizó el trabajo, que coincidió con los últimos días del período parlamentario y del gobierno. La Resolución Ministerial que dispone la pre-publicación del Anteproyecto es de los primeros días de julio del 2006.

–pro-asegurados y pro-aseguradores– enfrentadas, permanentemente, durante las deliberaciones, fue, en mi modesta opinión, más completo y superior a los anteriores e incluso a algún otro que se ha publicado con posterioridad; y, contaba con la legitimidad de la aprobación consensuada de representantes de las diversas instituciones y gremios vinculados con la industria del seguro. Recuerdo que al término de la última sesión el abogado de una de las aseguradoras, me dijo: ‘Alonso, éste es un Proyecto muy malo’; y yo le respondí que, probablemente, tenía razón y que la causa era ser el resultado de múltiples negociaciones, sin embargo, agregué: ‘es el mejor que se ha preparado hasta ahora’.

El tema más debatido –y que en consecuencia se dejó para el último día en esa Comisión– fue el que planteé cuestionando el abuso que constituye que las aseguradoras cobren primas por períodos en que no dan cobertura. Recuerdo que la primera vez que lo hice notar, los abogados de las compañías aceptaron que no podía continuar y que en esos casos las aseguradoras debían devolver las primas, por lo que les pedí que consultaran con sus áreas de operaciones sobre la factibilidad de tal alternativa. Por supuesto, al día siguiente regresaron diciendo que era imposible. Luego de arduos debates en la última sesión se pactó una solución ‘intermedia’ estableciéndose un plazo de 15 días para que funcionara la suspensión automática de cobertura por mora en el pago de la prima.

Contra lo que hubieran esperado algunos, la nueva Ley ha ‘endurecido’ el proceso y ahora el artículo 21° ha fijado 30 días y la necesidad de una comunicación escrita al asegurado para la suspensión de cobertura, lo que fue propuesto por la SBS al Congreso, copiando la legislación española. Hay que aplaudir la evolución del ente supervisor que fue uno de los aliados de los aseguradores el 2006, mientras que mi propia propuesta¹⁰ –que tenía similitudes a las legislaciones francesa y chilena y exigía que las aseguradoras resolvieran el contrato para suspender la cobertura– contó desde el primer momento con el apoyo de Carlos Fisher, Jaime Andrade y los representantes de la Asociación Peruana de Corredores de Seguros (APECOSE) y entre otros también del delegado de INDECOPI, Juan Francisco Rojas, gran defensor de los consumidores.

A pesar de los esfuerzos posteriores que hicimos muchos de los integrantes de aquella Comisión, haciendo gestiones a todos los niveles y publicando artículos que reclamaban su promulgación, el Anteproyecto durmió el sueño de los justos hasta que con la firma de TLC con los Estados Unidos estuvo a punto de ser promulgado, pero una vez más se enteraron y lograron bloquearlo.

Más recientemente, en agosto del 2011 el congresista Javier Bedoya de Vivanco visitó la SBS para pedir asesoría sobre un proyecto que permitía a los asegurados renovar sus pólizas de seguro médico sin límite de edad, que después se convirtió en ley (29878 publicada el 5-6-2012, reglamentada por el D. S. 174-2012-EF publicado el 6-9-2012),

¹⁰ Contenida en mi artículo ‘La suspensión automática de cobertura por mora en el pago de la prima’ publicada en Bogotá por la *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 26, 2007. Pág. 29 y un resumen en el diario oficial *El Peruano* (Revista Jurídica), Adenda, en las páginas 4 y 5, el martes 10 de octubre de 2006.

se enteró de la existencia del Anteproyecto del 2006 y luego de revisarlo y encontrarlo valioso y de origen legítimo, en una actitud valiente y digna de encomio, lo hizo suyo, presentándolo al Congreso sin ocultar su origen, como correspondía, mediante el Proyecto de Ley N° 028/2011-CR. En algún momento, por esos tiempos, leyó la transcripción de un comentario que había hecho yo –enterado del ‘renacimiento’ y presentación del Proyecto– en una radioemisora, en que dije: ‘Ojala que esta vez se promulgue ‘sin que los grandes intereses lo modifiquen a su gusto’; y me envió un mensaje diciendo que él también había empezado a sentir las presiones de los ‘grandes intereses’, solicitando que los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto ‘le diéramos una mano’.

Por razones que no corresponde explicar en este artículo, conformé una pequeña Comisión en la que sólo integré a dos ex-miembros de la del 2006¹¹, los señores Carlos Fisher García, jubilado, ex-Director Gerente de los corredores más grandes del país (Inti, Vidal-Inti y Marsh) y Jaime Andrade Mendoza, ex-Gerente General de la Compañía de seguros Rímac, actual Gerente General de Otes, Corredores de Seguros y Presidente de la Confederación Panamericana de Productores de Seguros (COPAPROSE). Incluí, asimismo, al doctor Rodolfo Gordillo Tordoya, abogado y ex-Gerente General de la Compañía de seguros Panamericana y luego Director de Mapfre Perú, al señor Víctor Hoyos Ramírez, ex-Gerente General de la Compañía de Seguros Atlas y actual Gerente General de APECOSE y al doctor Luis Meza Carbajal, abogado y Master en Derecho de Seguros, ex-Gerente Legal de Mapfre Perú y que, como dije, fue contratado por la SBS un par de años antes. Más adelante, asistió y colaboró con la Comisión, el señor César Rizo Patrón Carrasco, entonces Presidente de APECOSE, ya que el grupo sesionaba en las instalaciones de esa institución debido a la buena disposición y apoyo de Víctor Hoyos, quien contaba con la aprobación del nombrado Presidente. Este pequeño grupo se integró muy bien y en él se juntaron la experiencia y conocimiento del negocio de la mayor parte, con la visión más académica, legal y desde el asegurado de Lucho Meza. Por otro lado, éramos tres abogados, dos de ellos con experiencia en el negocio mismo, tres ex-gerentes generales de aseguradoras y los corredores en ejercicio. A pesar del número, la comisión resultó bastante completa y aunque no faltaron diferencias, primó el interés general y de la industria. Como muchos somos independientes y otros jubilados se tuvo la ventaja de que no hubieran grandes intereses a defenderse, como ocurrió en la Comisión del 2006.

Cuando frente a una invitación de Javier Bedoya llevé a este grupo de personas al Congreso, éste nos presentó a Alberto Beingolea, entonces Presidente de la Comisión de Justicia, que era la principal dictaminadora y ambos nos pidieron que actualizáramos el Proyecto a partir de los aportes de las instituciones consultadas (SBS, INDECOPI, Poder Judicial, APESEG, ASBANC, APECOSE, Bomberos, etc.) y que les habían llegado respondiendo a la consulta del Congreso. A pesar de lo que acabo de mencionar y de la conformación de la Comisión del 2006, es sorprendente comprobar que luego de la promulgación de la ley, se hayan publicado artículos afirmando que los ‘errores’ cometidos en la ley se deben a que

¹¹ No pude ubicar a los otros, porque la mayor parte ya no estaba vinculado a la actividad y no tenía tiempo o disposición para trabajar ad-honorem como lo hicimos nosotros.

no se contó con la opinión técnica legal de la SBS y la APESEG. Antes de hacer afirmaciones de ese tipo debería verificarse la información con que se cuenta.

Nos reunimos entre noviembre de 2011 y febrero de 2012 una vez por semana y dos en marzo del mismo año para terminar. Resultó un Proyecto que si bien tenía como base el del 2006, lo había superado por la ventaja, ya aludida, de no tener que hacer concesiones a los diferentes grupos y porque primaron en todo momento los conceptos técnicos y el interés general.

El texto fue remitido al Congreso y al poco tiempo dictaminó la Comisión de Economía, donde tuvieron injerencia directa la SBS y la APESEG, haciendo modificaciones poco convenientes a nuestro texto. Felizmente, la cercanía de uno de los nuestros con alguno de los asesores, le permitió argumentar y convencerlos de las virtudes de nuestra propuesta, que fue sostenida casi íntegramente por la Comisión de Justicia, aunque, al final, terceros lograron hacerle algunos inconvenientes e interesados cambios, que comentaré más adelante.

La falta de tiempo hizo que el Proyecto dictaminado por las comisiones de Justicia y Economía no pudiera verse en el pleno de la primera legislatura de 2012, pero logró ponerse en agenda para la segunda y, sorprendentemente, se aprobó prácticamente por unanimidad (81 a favor, 0 en contra y 1 abstención). No estábamos terminando de festejar cuando nos empezaron a llegar las noticias de los 'lobbying' de los aseguradores en el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) e incluso en el Ministerio de Justicia (MINJUS), donde habían llegado a consultar la inconstitucionalidad,¹² además del comunicado en la Página Web de APESEG pidiendo que la Ley fuera observada, lo que desató una batalla mediática con entrevistas en Televisión y en la Radio, artículos de opinión¹³ en los diarios e incluso algunos comentarios en las redes sociales. Como sabemos, al final, el 27 de diciembre último el Poder Ejecutivo promulgó la Ley 29946 y ahora tenemos que tener cuidado con el Reglamento, ya que en el Perú se han modificado normas mediante otras de rango inferior¹⁴.

2. LA SITUACIÓN DE LOS SEGUROS EN EL PERÚ.

La Constitución Política establece en su artículo 87° la supervisión del sistema financiero,

¹² Esa noticia motivo mi artículo 'Constitucionalidad de la ley de contrato de seguro' publicado en el Boletín Diario de Seguros de América Latina (BDSAL) de INESE.ES http://www.inese.es/noticias/bdsal/detalle-bdsal/-/asset_publisher/D1xZ/content/la-constitucionalidad-de-la-ley-de-contrato-de-seguros y en la Revista Ideele en su número 225 (03-12-2012) en: <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-ley-de-contrato-de-seguros-es-constitucional>

¹³ Publiqué por lo menos seis artículos en diferentes medios (BDSAL-INESE, Semana económica, Gestión y la Revista Ideele) además de varias entrevistas en radio y televisión, en todos los casos defendiendo la necesidad y conveniencia de la Ley

¹⁴ Así lo hice notar en mi artículo 'La ley de contrato de seguro es autoaplicativa' publicado en BDSAL e INESE el 17 de diciembre de 2012: http://www.inese.es/noticias/bdsal/detalle-bdsal/-/asset_publisher/D1xZ/content/la-ley-de-contrato-de-seguro-es-autoaplicativa y en la Revista Ideele con el título 'Seguros: cuidado que el reglamento modifique la ley' el 27 de diciembre de 2012 <http://www.revistaideele.com/ideele/content/seguros-cuidado-que-el-reglamento-modifique-la-ley>

tanto de los bancos como de las AFP y también de los seguros. ¿Por qué? Es importante recordar que es porque las compañías de seguros administran fondos del público.

En el ámbito de los seguros la noción básica es que los asegurados aportan, por especialidad o por ramo, a un fondo común que sirve para pagar las pérdidas o siniestros que se les presenten a algunos de los miembros del grupo. Las aseguradoras administran ese fondo. Este concepto esencial en la institución y que es reiterativo en los tratados y en la doctrina de Seguros y de Derecho de seguros, desafortunadamente, ha sido olvidado en el Perú, incluso por quienes forman parte del sistema y las aseguradoras, difícilmente, admiten que administran fondos del público, salvo cuando no tienen cómo explicar el motivo de su supervisión.

A lo expuesto hay que agregar que la Constitución vigente en su artículo 65° establece que 'El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios...' principio que se ha materializado en el Código de Protección al Consumidor (Ley 29571).

En la realidad misma, la percepción de los miembros de la Comisión de lo que pasaba en el mercado y era necesario corregir a través de la Ley que estábamos redactando, no era muy alentadora. Como ya hemos señalado, tenemos un mercado de pocas aseguradoras y muy concentrado en dos, con una legislación obsoleta que permite que los condicionados y cláusulas de las pólizas sean con frecuencia abusivos y la única ley, y una SBS que está muy lejos de cumplir su rol cabalmente, sobre todo respecto de los mencionados condicionados –donde el doctor Luis Meza ha mostrado que existen cláusulas ilegales circulando– además de que se tiende a reducir coberturas, como el caso de continuidad de las enfermedades pre-existentes cuando se cambia de plan o de aseguradora; y la demora y rechazo en el pago de reclamos (INDECOPI cumple un papel más efectivo en este campo), ya que en el control de solvencia es bastante aceptable. Por otro lado, la Defensoría del asegurado, que había cumplido un papel decoroso en sus primeros años, se había convertido en un instrumento de los aseguradores y la proporción de reclamos resueltos a favor de los asegurados se había reducido de 2/3 a la mitad (1/3). Por último, fuimos testigos de cómo la APESEG consiguió que se promulgara una ley (29549) injusta respecto de los seguros de vida ley para los jubilados y cesantes¹⁵, con la aquiescencia y hasta complicidad de la SBS.

En efecto, fue a partir de esa realidad que redactamos muchos de los artículos que hoy son parte de la 'Ley de contrato de seguro' promulgada el 27 de noviembre de 2012 y que entrará en vigencia 180 días después, es decir el 27 de mayo de 2013.

¹⁵ En su momento publiqué un artículo (*'No se hace lo que debe, sino lo que no se debe hacer'*) criticando esta norma en *El Comercio* el 8 de septiembre de 2010 bajo el título *'Seguros y jubilados'*

3. ALGUNOS ASPECTOS RESALTANTES DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO.

La Ley está dividida en cuatro partes o Títulos: Disposiciones Generales, Disposiciones sobre el Contrato de Seguro, Disposiciones sobre el Contrato de Reaseguro, y Disposiciones Finales.

A. DISPOSICIONES GENERALES.

El artículo I de las Disposiciones Generales establece que la Ley se aplica a todas las clases de seguros y que tiene carácter imperativo salvo que admita expresamente lo contrario. Asimismo, que es supletoria en los seguros obligatorios y en los que se encuentren regulados por leyes especiales.

Una de las novedades que ha traído esta norma, incluso a nivel internacional, es la incorporación de los principios que rigen la institución de los seguros¹⁶ en el artículo II de las 'Disposiciones Generales'. A los cuatro clásicos (Buena fe, indemnización, interés asegurable y doctrina de la causa adecuada ('Proximate Cause' en la legislación inglesa), le agregamos el de mutualidad, porque en el Perú se estaba olvidando hasta el punto que algunas aseguradoras hacían incrementos de prima por alta siniestralidad en seguros médicos, como si los asegurados pudieran tener control de sus enfermedades. La Comisión del 2006 decidió incluir también el 'in dubio contra stipulatorem', que en realidad ya está en los criterios (mal llamados 'reglas' en la Ley) de interpretación del contrato (artículo II). En este caso discutimos si convenía desarrollar o definir cada uno de los conceptos en el propio texto legal y convinimos en dejarlos abiertos a la interpretación de los jueces, tribunales y la doctrina. La desventaja es que no se explica que el principio de indemnización tiene excepciones como el seguro de vida, los seguros a valor de reposición y a valor convenido.

a) Causa adecuada o causa próxima.

Estando ya el Proyecto en el Congreso, se desató una polémica al interior de la Asociación Peruana de Derecho de Seguros, Capítulo de AIDA en el Perú, sobre si debimos haber incluido entre los principios la doctrina de la causa próxima (propia del Derecho inglés) en vez de la causa adecuada. El cuestionamiento vino de un especialista en Seguro marítimo, quien partía de que la mayor parte de controversias sobre el tema se sometían a los tribunales ingleses.

En mi percepción las nociones de 'causa adecuada' y 'causa próxima', son muy parecidas y no hay diferencias sustanciales. Es más un tema de denominación que otra cosa.

¹⁶ Desarrollados ampliamente en mi artículo 'Principios jurídicos de seguros', publicado en la Revista Ibero Latinoamericana de Seguros (RIS) N° 35 (Edición 20 años), Pág. 49 y más recientemente en la página web de APECOSE: <http://www.apecose.com/2012/06/principios-juridicos-del-seguro/>

La 'Causa próxima' es una doctrina del Derecho Anglosajón, que está explicada y desarrollada en la jurisprudencia y doctrina de Derecho de seguros inglesa, mientras que la 'Causa adecuada' es una teoría originada en el Derecho Continental Europeo, específicamente en el alemán —por el filósofo Johannes von Kries— y que al principio se refirió al ámbito penal. Mas si se investiga cada una por su lado, resulta habiendo grandes coincidencias. Mi posición de optar por la causa adecuada se fundó en que nuestra legislación (Art. 1260 y siguientes del Código Civil) ya la tenía incorporada y no hacía mucho sentido optar por una denominación diferente.

Hay otra serie de teorías también con mucho parecido, como la de la equivalencia o de la conditio sine qua non (von Bury), la de la causa típica (Beling, Mezger), la de la causa necesaria, la de la causa más eficaz y la de la causa más eficiente que ponen el acento en diversos aspectos y que la jurisprudencia anglosajona ha incorporado a la doctrina de la causa próxima.

Sin embargo, parece haber habido en algún momento en nuestra doctrina (Fernando de Trazegnies, Juan Espinoza, Carlos Cárdenas) una traducción textual de la expresión 'Proximate Cause' (Causa próxima) que la vinculó casi exclusivamente con la 'proximidad' y que ha llevado a una interpretación equivocada o por lo menos diferente de lo significa para los anglosajones. Aunque lo consideraría improbable, sería también posible que hubiera surgido en el Derecho Continental Europeo un concepto de 'causa próxima' diferente al del Derecho inglés.

Es importante diferenciar las interpretaciones textuales que se puedan hacer al leer un texto, de las que han hecho los tribunales ingleses respecto de lo que es 'immediate' y 'remote'. A continuación transcribo los relatos de algunos casos que son frecuentemente citados en las escuelas de seguros del Londres y el mundo.s

En 1908 en Jamaica, a causa de un terremoto, se desató un incendio en un edificio relativamente alejado de otro. El segundo edificio estaba asegurado bajo una póliza de incendio a la que no se había adicionado la cobertura de terremoto, ni la de incendio consecutivo de terremoto, por lo que estaban excluidas. El incendio del primer edificio cundió por todo el pueblo e hizo presa del segundo. Los propietarios reclamaron sosteniendo que la pérdida se debía a un incendio, los aseguradores retrucaron arguyendo que la causa directa había sido el terremoto. El juez falló afirmando que no había habido interrupción en la cadena entre el inicio del incendio, debido al terremoto y la destrucción del edificio asegurado. El incendio había cundido de manera natural y que en consecuencia, como el incendio causado por terremoto, era un riesgo excluido bajo la póliza, la pérdida no era pagadera. En su sentencia, el juez comparó lo ocurrido con la situación que podría haber surgido si alguien que le tuviera inquina al propietario del edificio asegurado, hubiera tomado una tea encendida del inmueble en el que se había iniciado el incendio y se la hubiera llevado al edificio asegurado y la hubiera tirado adentro. Aquí —sostuvo— hubiera habido intervención de una nueva fuerza —el hombre rencoroso— y ésta hubiera sido la causa directa. El terremoto se hubiera convertido en la remota.

Para mostrar cuán importante es distinguir entre la causa directa y la remota, consideremos el caso de *Marsden vs. City & County Assurance Co.* de 1865. Aprovechándose de que a poca distancia ocurría un incendio, unos rufianes rompieron las lunas de una tienda en el deseo de robarse los artículos en exhibición. Las pólizas de vidrios excluyen los daños causados por incendio —ya que deben ser cubiertas por las para ese riesgo— y cuando el tendero presentó su reclamo bajo su seguro de vidrios para que le reemplazaran la luna rota, los aseguradores se negaron a pagar argumentando que la causa de la pérdida era el incendio ocurrido en las cercanías. El juez falló sosteniendo que este último era sólo la causa remota y que la directa de la pérdida era la rotura del vidrio por los rufianes.

En el primer caso la causa próxima para el juez fue el terremoto (en apariencia causa remota), porque no hubo la intervención de una fuente nueva e independiente. Está claro que fue por la exclusión que no se cubrió, pero el análisis del juez fue de causa próxima. En el segundo el juez consideró que la causa próxima fue la rotura de lunas por los ladrones, porque, evidentemente, intervino ‘una fuente nueva e independiente’ y no porque era la causa inmediata.

En 1908, en un caso conocido como *Pawsey vs. Scottish Union & National*, el juez Lamb dio una definición que todavía se cita en las facultades de Derecho y en los fallos judiciales, de lo que constituye ‘Causa próxima’. Dijo: “La causa próxima es la causa eficiente y activa que pone en marcha una cadena de acontecimientos, que producen un resultado sin intervención de alguna otra fuerza, que se iniciara y trabajara activamente originada en una fuente nueva e independiente”¹⁷.

A mi entender esta definición deja claro que salvo sus orígenes (anglosajón y germano) no hay mayores diferencias entre ‘Causa próxima’ y ‘Causa adecuada’; y que ‘Causa próxima’ no es igual a causa inmediata. Es importante recalcar que fue ese concepto de ‘Causa próxima’ el que se usó para resolver los dos casos narrados, aunque la elaboración de la definición es posterior en uno y casi paralela en el otro.

A raíz de esta pequeña polémica hice una pesquisa entre diferentes especialistas de algunos países latinoamericanos y concluí en que no había claridad legal, jurisprudencial, ni doctrinaria en la mayor parte de sistemas jurídicos. De Argentina, me informaron que en materia de responsabilidad civil, se aplica la teoría de la causalidad adecuada y que ocurría lo mismo en seguros de propiedad, accidentes y transporte. De Uruguay comentaron que no quedaba claro cual doctrina de causalidad sigue su Código de Comercio, que regula a los seguros, aunque ciertamente se inspira en las doctrinas clásicas, ya que es del año 1865. Agregaron que no estaba pacíficamente consensuada la seguida por el legislador y que lo mismo ocurría con la jurisprudencia, pero se animaron a decirme que el concepto manejando hoy principalmente es el de causa eficaz. Es decir, por ejemplo en los seguros

¹⁷ “Proximate Cause means the active, efficient cause that sets in motion a train of events, which brings about a result, without the intervention of any force started and working actively from a new and independent source”

de responsabilidad civil la necesidad es de probar el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño causado que debe ser eficaz para producir el daño ocurrido. Por su parte de Chile, señalaron que no había nada en la ley y que la jurisprudencia arbitral es difícil de pesquisar, porque no hay registros que hayan llegado a tribunales superiores. En todo caso, finalizaron, por experiencia podemos 'decir que rige la causa próxima', aunque es probable que se haya discutido en juicio la incidencia de la remota o adecuada. Desde México me dijeron que no existía en la legislación mexicana una definición de causalidad. Se le trata de manera pragmática atendiendo al sentido común del caso concreto, sustentado por evidencias creíbles y que se encuentren disponibles para poder decidir cuál es la causa natural, directa e inmediata del daño sufrido. Se ha tratado atendiendo a la causa relevante del siniestro ocurrido y a que su consecuencia natural, directa e inmediata, resulte en un daño cubierto. En la medida en la que la consecuencia natural, directa e inmediata de la primera causa resulte en un daño cubierto, los factores subsecuentes no deben de ser relevantes en la determinación del riesgo. En ese mismo orden de ideas, agregaron, si la consecuencia natural, directa e inmediata de la primera causa resulta en un daño cubierto, otras causas son irrelevantes o no deberán de ser consideradas de importancia para el propósito de determinar si el daño fue causado por éstas, ya que el daño es una consecuencia natural de la primera causa.

B) CONTRATO POR ADHESIÓN.

El artículo III textualmente dice:

Artículo III: El contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las pre redactadas.

Aunque lo afirmado sea casi una verdad de Perogrullo en la doctrina, la inclusión de este artículo en el texto nació de la realidad vivida en nuestro mercado por varios de los miembros de la Comisión en que tuvimos noticia de que en un laudo arbitral e incluso en alguna normativa¹⁸ se había desarrollado una especie de 'doctrina' que nadie se ha atrevido a sustentar en los medios académicos, ni se conoce en el extranjero. Se sostenía, contradiciendo el principio de primacía de la realidad, que un contrato de seguros deja de ser de adhesión cuando interviene un bróker o corredor de seguros. Yo quisiera pedirles a quienes afirman semejante cosa que me muestren los casos en que la intervención de un asesor ha logrado modificar o eliminar términos importantes del contrato pre-redactado por el asegurador. Lo que un bróker consigue, y muchas veces con dificultad, es que se incorporen algunas cláusulas, también pre-redactadas por la compañía. Las

¹⁸ Art. 24 de la Res. SBS 1797-2011 es: "El corredor de seguros realiza una actividad de intermediación y asesoría en la contratación de coberturas de seguro en el mercado nacional, con independencia de las empresas de seguros, disminuyendo, con su participación, las diferencias provenientes de la asimetría de información existente entre los contratantes o potenciales contratantes y asegurados y las empresas de seguros, lo cual mejora las condiciones de transparencia en la contratación de seguros".

modificaciones relevantes sólo se obtienen —como lo ha dejado entrever la SBS— en los denominados ‘seguros de grandes riesgos’ —que son muy pocos en el país— los que por su capacidad de negociación (pagan primas muy grandes) logran las denominadas ‘self made policies’ (pólizas hechas a medida).

Una alternativa, relacionada con lo que acabo de exponer, que se discutió al interior de la Comisión fue la de incorporar una normativa especial para lo que se denomina ‘Grandes riesgos’, que no son otra cosa que las pólizas de las grandes empresas o grupos económicos, como lo había sugerido la SBS a partir de un Proyecto que se está discutiendo, actualmente, en España. Lo solucionamos mediante el comentado artículo III, es decir que en caso de conflicto el asegurador deberá probar que el asegurado consiguió cambiar sustancialmente los textos pre-redactados, para que en caso de duda deje de aplicarse la ‘interpretación contra stipulatorem’.

C) CONDICIONES GENERALES, ESPECIALES Y PARTICULARES.

Como ya indiqué, el artículo IV de la Ley establece los criterios de interpretación del contrato de seguro, texto que en buena parte sigue la propuesta que hice en las ‘Primeras Jornadas de Derecho de Seguros’, pero, desafortunadamente, hay un error en la ‘Sexta’ donde equivocadamente se dice:

“Sexta. Las condiciones especiales prevalecen sobre las condiciones particulares y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

cuando lo correcto debió ser:

“Sexta. Las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones especiales y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

Sustenta la corrección el principio de primacía de lo específico sobre lo general. En el ámbito de seguros peruano el error que estoy señalando es reiterativo, tanto en los condicionados de las pólizas como en textos de la SBS y ese es el motivo de que así aparezca en la Ley.

Pareciera que en algún momento alguien confundió los conceptos de lo que son las condiciones particulares y las especiales. Veamos lo que dice la doctrina:

Por ejemplo, en el ámbito internacional, el ilustre tratadista colombiano José Efrén Ossa a la letra dice:

“III. Condiciones de la póliza. La póliza de seguro ofrece ordinariamente dos clases de condiciones: a) las condiciones particulares y b) las condiciones generales. Subclase de éstas es la de las condiciones especiales que suelen incorporarse en determinados tipos de pólizas en armonía con su función específica o con la naturaleza de los bienes asegurados.

- A. Condiciones particulares
 - 1. Condiciones ineludibles
 - a) La razón o denominación social del asegurador
 - b) El nombre del tomador
 - c) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro
 - d) La suma asegurada o el modo de precizarla
 - e) La prima o el modo de calcularla
 - f) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo
 - 2. Condiciones subsanables
 - a) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador
 - b) La calidad en que actúe el tomador del seguro
 - c) La vigencia del contrato, con la indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar unas y otras
 - d) La forma de pago de la prima
 - e) La fecha en que se extiende la póliza
 - f) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes... Es preciso agregar que insertas en dicho documento, con tal que no sean contrarias a la ley, están llamadas a prevalecer sobre las condiciones generales en caso de conflicto.

B. Condiciones Generales. En contraste con las condiciones particulares en que descansa la individualización de cada contrato de seguro con sus respectivos elementos específicos (las partes, el objeto, la causa, la prima, la vigencia, etc.), pero integradas a él con sus propios efectos jurídicos, aparecen las condiciones generales que, como su nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aun por los aseguradores de un mismo mercado.

Condiciones especiales ... condiciones que sin ser generales *strictu sensu*, participan de su naturaleza más que de las condiciones particulares, en cuanto concebidas como reglamento específico de seguros sobre determinadas clases de intereses o de determinada modalidad de pólizas... Como especiales están llamadas a prevalecer sobre las generales propiamente dichas, pero han de entenderse, en todo caso, subordinadas a las condiciones particulares si es que, de un modo u otro, las contravienen o ignoran.”¹⁹

Por su parte, el profesor argentino Rubén Stiglitz, sostiene:

“En este sentido, a las normas indisponibles, les deben suceder en una imaginaria escala de valores, las cláusulas particulares, específicas o anexos, que constituyen el resultado de una negociación individual entre las partes prefiriéndolas.

Prelación normativa

¹⁹ Efrén Ossa, J. Teoría General del Seguro. El Contrato. Págs. 227-235

Artículo 32.- El contenido del contrato de seguros, se halla sometido al siguiente orden de prelación:

- a) Las normas imperativas o relativamente imperativas previstas en los Códigos de fondo y en la presente ley.
- b) Las cláusulas del contrato negociadas individualmente.
- c) Las cláusulas predisuestas por el asegurador o por la autoridad de control, cualquiera sea su naturaleza.
- d) Las normas supletorias de esta ley
- e) Las normas supletorias de los códigos de fondo.²⁰

En el ámbito Nacional, el doctor Walter Villa Zapata, quien fuera Presidente del 'Instituto Peruano de Derecho de Seguros', insiste en lo mismo:²¹

"NORMAS INTERPRETATIVAS

Art. 26.- Los pactos y convenciones contenidos en el contrato de seguros se interpretarán en base a las siguientes reglas:

- i) Las condiciones especiales prevalecerán sobre las condiciones generales y las condiciones particulares priman sobre las anteriores. Las cláusulas manuscritas y las mecanografiadas predominan sobre las impresas."

También el doctor Günther Gonzales Barrón, afirma:

- b) Las cláusulas especiales son las que se refieren a una determinada especie de cobertura o a aspectos especiales de una cobertura común. Estas condiciones especiales se formulan, no para una causa particular, sino en vista de una determinada categoría de relaciones. Estas condiciones especiales tienen también el carácter de cláusulas generales, porque están ya preformuladas por el asegurador para una serie de contratos aunque en otro ámbito más reducido que el de cláusulas generales.

Por ello mismo se caracterizan estas cláusulas por estar ya impresas, y son también objeto de aprobación administrativa.

El origen del término y concepto de 'condiciones especiales' se encuentra en el derecho vivo, en las mismas pólizas y de allí pasó a la doctrina jurídica. La ley 26702 reconoce legislativamente esta clasificación en el artículo 326.

- c) Cláusulas particulares son el complemento a las dos anteriores y se caracterizan por ser establecidas específicamente para cada contrato, ya que se refieren a aspectos

²⁰ Derecho de Seguros. Tomo I. Pág. 465

²¹ Comentarios a la legislación de Seguros. Pág. 530-531

singulares que no pueden ser tipificados de antemano.”²²

Asimismo, Zaida Osorio Ruiz, nos dice: Contrato de Seguro. Págs. 138-141

2.1 Condiciones Generales. Son condiciones generales de la póliza aquellas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora. Representan un conjunto de reglas que establece el asegurador para regular la operación jurídica de cada contrato que emita. Debe ser uniformes para todos los contratos de seguro de un mismo tipo emitidos por una empresa de seguros.

2.2 Condiciones particulares. Las condiciones particulares son aquellas que individualizan el seguro y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes y dan origen, con su forma externa, al correspondiente contrato de seguro. Prevalecen sobre las condiciones generales por su carácter específico.

2.3 Condiciones Especiales. Las condiciones especiales suelen introducirse en determinadas clases de pólizas de conformidad con su función específica o la naturaleza de los objetos o personas asegurados. Tienden a delimitar determinada cláusula o conjunto de cláusulas. Prevalecen sobre las condiciones generales.

San Isidro, 29 de mayo de 2012

Creo que con todos los autores citados queda claro que las condiciones particulares, que son las que individualizan el riesgo, no pueden ser modificadas por las especiales, que en nuestro mercado son las que conocemos como cláusulas adicionales (pre-impresas) que pueden adicionarse o no al contrato y que eventualmente tienen costo. Resulta obvio que las condiciones especiales modifican las condiciones generales, pero nunca las particulares.

B. Disposiciones sobre el Contrato de Seguro.

a) La renovación automática.

Como sabemos quienes estamos vinculados al negocio de los seguros, el mercado funciona con un sistema de renovación automática, ya que sería imposible, operativamente, que se hiciera de otro modo. Las pólizas en general son renovadas automáticamente por las compañías de seguros, pero se empezó a ver que éstas se hacían cambiando condiciones y condicionados y muchas veces sin advertencia, ni mayor explicación, de tal manera que el asegurado o su asesor recibía la renovación en nuevos términos y si no se daba el trabajo de revisarlos con detalle se encontraba con que lo que negoció originalmente había quedado en el olvido. El artículo 7 tal como lo redactamos decía así:

Artículo 7: El contrato de seguro se renueva automáticamente, en las mismas condiciones vigentes en el período anterior, salvo que el asegurador curse aviso escrito al contratante, detallando las modificaciones en caracteres destacados, con una anticipación

²² El contrato de seguros en el Perú. Pág. 153-155

no menor a cuarenta y cinco (45) días previos al vencimiento del contrato.

El contratante tiene un plazo no menor a treinta (30) días previos al vencimiento del contrato para manifestar su rechazo de la propuesta, en caso contrario se entienden aceptadas las nuevas condiciones propuestas por el asegurador. En este último caso, el asegurador debe emitir la póliza consignando en caracteres destacados las modificaciones.

El incumplimiento de las formalidades previstas en el presente artículo, determina la ineficacia de las comunicaciones.

En el Congreso, sin embargo, alguien logró introducir una frase que casi hace inservible el artículo. Se agregó 'siempre que el condicionado general tenga la cláusula de renovación automática'. Para empezar la cláusula en mención no es parte del condicionado general, sino independiente. Es muy probable que las aseguradoras no la incluyan nunca o casi nunca, lo que convertirá al artículo en un adorno dentro de la ley. Esta es por eso una de las modificaciones que se tiene que hacer de forma inmediata. Se dejó pasar para que saliera la Ley, pero regresarlo a su texto original es imperativo si queremos que se dejen de cometer abusos en las renovaciones, sobre todo a los pequeños asegurados.

b) Preservación del contrato y nulidad por dolo o falta grave.

Los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto consideramos adecuado optar por la preservación del contrato (artículo 15°) abandonando la doctrina inglesa que había prevalecido en el Código de Comercio de 1902. Decidimos seguir el camino del Derecho Continental Europeo (Alemania, Francia, España, Italia), del que el nuestro es heredero, que busca preservar el contrato en los casos de reticencias o declaraciones inexactas no dolosas. El Derecho inglés y el Código de Comercio vigente (artículo 376°), hasta que entre en vigencia la nueva Ley, permiten que el asegurador deduzca la nulidad del contrato si la reticencia o información inexacta es relevante. En otras palabras, preferimos limitar la opción de nulidad del contrato a sólo casos de dolo y culpa inexcusable, lo que con frecuencia han olvidado mencionar los aseguradores cuando criticaban el giro que se estaba haciendo con la nueva Ley. Lo que en realidad incomoda de este cambio es que se está limitando la enorme discrecionalidad con que cuentan actualmente los aseguradores para decidir su posición frente a los siniestros en que exista alguna falta del asegurado.

Los artículos 13 y 14 de la nueva Ley establecen las reglas para los casos de reticencia y/o declaración inexacta no dolosa y a la letra dicen:

Reticencia y/o declaración inexacta no dolosa

Artículo 13: Si la reticencia y/o declaración inexacta no obedece a dolo del contratante y/o asegurado y es constatada antes que se produzca el siniestro, el asegurador debe ofrecer al contratante la revisión del contrato en un plazo de treinta (30) días computado desde la referida constatación. El ofrecimiento debe contener un ajuste de primas y/o en la cobertura y otorgar un plazo de diez (10) días para que el contratante se pronuncie por la aceptación o el rechazo. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima se paga según lo acordado.

A falta de aceptación, el asegurador puede resolver el contrato mediante comunicación dirigida al contratante, en el plazo de treinta (30) días computado desde el vencimiento del plazo de diez (10) días fijado en el párrafo anterior.

Corresponden al asegurador las primas devengadas a prorrata, hasta el momento en que efectuó la resolución.

REVISIÓN NO ACEPTADA

Artículo 14: Si la constatación de la reticencia y/o declaración inexacta señaladas en el artículo precedente, es posterior a la producción de un siniestro, la indemnización debida se reduce en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo.

Subsistencia del contrato

Artículo 15: En los casos de reticencia y/o declaración inexacta no procede la nulidad, revisión o resolución del contrato cuando:

- a) Al tiempo del perfeccionamiento del contrato, el asegurador conoce o debe conocer el verdadero estado del riesgo.
- b) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro o cuando, la reticencia o declaración inexacta no dolosa, no influyó en la producción del siniestro ni en la medida de la indemnización o prestación debida.
- c) Las circunstancias omitidas fueron contenido de una pregunta expresa no respondida en el cuestionario y el asegurador igualmente celebró el contrato.
- d) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta disminuyen el riesgo.

Como se puede apreciar se ha optado por la solución propia del Derecho Continental Europeo y en caso de siniestro se reduce la indemnización 'en proporción a la diferencia de prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo'. En la actualidad una compañía aseguradora si la reticencia o declaración inexacta revestían importancia, podría considerar nulo el contrato y negar el pago del íntegro de la pérdida. Este camino, todavía vigente en el Derecho inglés, está siendo revisado, ya que se han percatado que el resto de países europeos han legislado buscando la preservación del contrato y la reducción proporcional de la indemnización, como en nuestra Ley.

- c) Suspensión de cobertura por mora en el pago de la prima.

Como ya he indicado este tema de la Ley es, probablemente, el que más incomoda a las aseguradoras. Ya no podrán seguir cobrando por períodos no cubiertos, salvo después de pasados los 30 días y de haber cursado una comunicación cierta al asegurado. Para los usuarios y consumidores significa que si se atrasan en el pago por menos de 30 días, no perderán la cobertura.

Los aseguradores tienen que ser conscientes que este es un artículo justo y que pone coto a un abuso que nunca se debió cometer. Es inaceptable que en un contrato por adhesión, como es el de seguros, se sancione al moroso suspendiéndole la contraprestación sobre todo si luego se le cobra por el período no cubierto. Los aseguradores debieron haber emitido notas de abono por las primas de los períodos no cubiertos; pero alguien debería hacer el cálculo aproximado de los montos que han estado cobrando sin dar nada a cambio. Sin duda deben ser de varios millones de dólares.

Mi propia posición, como ya he indicado, es que en los casos que las aseguradoras consideran incobrables, deberían resolver el contrato para poner fin a la cobertura. Es probable que la resolución después de pasado un pequeño plazo, traería los mismos efectos logrados con la suspensión, pero con la ventaja de que no se cobrarían primas por períodos sin cobertura. En la Comisión que redactó el texto que en su mayor parte luego se convertiría en la Ley, no quise insistir para respetar el acuerdo transaccional al que se llegó en la del 2006 Sin embargo en mi modesta opinión el artículo 21° debería decir lo siguiente:

Art. 21°.- El pago de la prima puede realizarse por el íntegro o en forma fraccionada en las fechas que expresamente se establezcan para ello. Si el pago de la prima no se efectuara en la fecha acordada y siempre que transcurrieran treinta (30) días desde la fecha de vencimiento, el asegurador podrá resolver el contrato mediante una notificación por escrito al tomador o asegurado. La resolución operará 15 días después de la recepción de la comunicación.

El asegurador tendrá derecho al cobro de los intereses legales correspondientes, si el tomador o asegurado pagara en fecha posterior a la acordada. Es potestad del asegurador recibir el pago, una vez remitida la comunicación de resolución de la póliza, en cuyo caso la póliza continuará vigente.

d) Condicionados mínimos de las pólizas.

En el afán de ordenar el mercado peruano que a raíz de la liberación se ha desarrollado en algunos aspectos de manera caótica y las aseguradoras han tomado ventaja variando los condicionados de sus pólizas para en el futuro no pagar siniestros que se ven obligados a afrontar con sus textos actuales, los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto optamos por incorporar un artículo (27) creando un proceso de redacción de condicionados mínimos (condiciones generales y cláusulas adicionales). Para estos efectos, establecimos un plazo máximo de dos años durante los cuales la SBS redactaría los condicionados y cláusulas de todas las pólizas a partir de los que se usan en el Perú y los del mercado internacional, en especial los de países más desarrollados y a la vez cercanos al nuestro, como sería el caso de España y los de los mercados donde reaseguramos (Inglaterra) y tienen preeminencia en algunos riesgos (Alemania en Ramos Técnicos). Para estos efectos consideramos necesario que mientras durara el proceso fuera necesaria la aprobación previa.

Lastimosamente, nos encontramos con la oposición de un sector de la SBS que defendía el libre mercado y la no intervención. Con las dos posiciones enfrentadas se llegó a una solución transaccional que es como ha quedado la Ley. El artículo 27 establece que en los seguros personales, obligatorios y masivos las pólizas deberán sujetarse a los condicionados y cláusulas mínimos que establezca la SBS. En otras palabras, se siguió nuestra receta, pero se limitó a los seguros señalados. No logramos que mientras esto ocurre fuera obligatorio el control previo, pero considero que hemos dado un paso adelante, porque los mínimos que fije la SBS servirán de parangón frente a las pólizas que no los tengan.

Lo que no se logró fue introducir la aprobación previa de las pólizas durante el período de establecimiento de condicionados y cláusulas mínimas. La SBS se opuso argumentando que el TLC con los Estados Unidos no lo permitía, pero quedó claro que esa era una interpretación antojadiza.

Insisto en la necesidad de ordenar el mercado y que tengamos condicionados mínimos aprobados por la SBS que obliguen a que la competencia se dé hacia arriba y no solapadamente reduciendo coberturas, como se ha venido haciendo.

En alguna entrevista televisiva se me pidieron ejemplos y los dos que recordé en ese momento fueron la exclusión del desvanecimiento como causa en las pólizas de accidentes personales y la eliminación de la cobertura de preexistencias en los seguros médicos. Las coberturas deberían aumentar y no disminuir como vino ocurriendo en nuestro mercado.

En la pequeña investigación que hice entre los países de la región, de Colombia, me comunicaron que el control sobre los textos de la pólizas sólo es previo cuando se trata de un nuevo ramo, en los demás casos es posterior.

De Argentina, me indicaron que el control es previo y lo realiza la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN). El asegurador presenta el contrato y si la SSN no lo observa dentro del plazo de 15 días, queda aprobado, pero que en todos los casos la SSN lo observa para suspender el plazo y luego lo estudia.

De México, señalaron que en resumen y en términos generales, tratándose de productos de adhesión, el control del clausulado general es previo a la suscripción y requiere del registro de las condiciones generales ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF). El registro se hace vía electrónica con un dictamen legal y actuarial y un análisis de congruencia. El producto queda registrado desde que se ingresa y la CNSF tiene 30 días para hacer comentarios a las condiciones generales y nota técnica, en caso de tener comentarios, el producto debe volver a registrarse corregido para poder seguir comercializándose. En el caso de productos que no sean de adhesión es un proceso más expedito, ya que se registra el proyecto de nota técnica y condiciones generales y posteriormente se registra el documento final. Si bien la CNSF puede hacer comentarios también, son respecto de un producto que ya se emitió y surtió efectos y no está siendo distribuido, no obstante lo anterior, deben de tomarse las medidas para reflejar los cambios

ordenados por la CNSF.

De Chile, me informaron que los textos de las pólizas deben ser previamente incorporados –por compañías de seguro o la Asociación de Aseguradores– al Depósito de Pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) (art. 3º, letra c, DFL 251). En teoría no hay control previo, aunque en ocasiones la SVS propone modificaciones a los textos propuestos. Sin embargo, para seguros con primas superiores a 200 unidades de fomento (US\$ 9.000 aprox.) tomados por personas jurídicas, se pueden utilizar textos no depositados.

e) Cláusulas y prácticas abusivas.

La introducción de los artículos relacionados a estos temas son uno de los aspectos que la Ley le debe al Proyecto Stiglitz y sin duda son un gran avance en un mercado en que como lo ha demostrado con detalle el doctor Luis Meza circulan no sólo cláusulas y se dan prácticas abusivas, sino incluso ilegales como la incorporación de cláusulas de prescripción en las pólizas, cuando es sabido por todos que ésta sólo puede ser establecida por la ley en el Perú y en la mayor parte de países vinculados.

El dictamen de la Comisión de Economía había reducido algunas de las cláusulas abusivas que se enumeraban y había eliminado la parte de las prácticas abusivas, haciendo evidente que los aseguradores habían tenido influencia en la redacción, pero, felizmente, prevaleció el de la Comisión de Justicia y nuestra redacción. Ahora la SBS tiene todos los instrumentos para controlar este problema y sancionar a quienes infrinjan la norma.

Las cláusulas abusivas son las estipulaciones no negociadas que aún cuando no hayan sido observadas por la SBS causen, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante. El carácter abusivo subsiste aún cuando el contratante y/o asegurado la haya aprobado por escrito o haya participado un corredor de seguros en la contratación.

El articulado (39 a 43) trae una lista abierta de las estipulaciones prohibidas, como por ejemplo la de renuncia a la jurisdicción o las leyes que le favorezcan, establecimiento de plazos de prescripción o caducidad distintos a los que dispone la ley, o pérdida de derechos del asegurado en caso de incumplimiento de cargas excesivamente difíciles o imposibles de cumplir, entre otras.

f) Vías judicial o arbitral.

Frente a los serios problemas de nuestro Poder Judicial, derivados principalmente a la sobrecarga procesal las compañías aseguradoras optaron hace varios años por incorporar cláusulas de arbitraje a todas las pólizas, lo que sin duda es un exceso, ya que no resiste análisis que, por ejemplo, las controversias en pólizas de automóviles y asistencia médica tuvieran siempre que ser sometidas a arbitraje, ya que con mucha frecuencia al asegurado ‘le resultaba más cara la lavada que la camisa’, lo que limitaba su accionar cuando discrepaba del rechazo de un siniestro por su asegurador.

Por lo expuesto, es que en la Comisión se decidió mantener la vía judicial como regla

general (artículo 40.c), permitiendo los arbitrajes pactados después de ocurridas las pérdidas (artículo 46), siempre que se superaran los límites económicos por tramos que deberá fijar las SBS, ya que nos constaba que los aseguradores pueden tener ‘argumentos convincentes’ para persuadir a los asegurados en el momento de la contratación de las pólizas.

Parcialmente vinculado con lo que acabamos de exponer, considero relevante resaltar lo dispuesto en el artículo 40.a que a la letra dice:

ESTIPULACIONES PROHIBIDAS

Artículo 40: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, con carácter enunciativo, las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

a) Cláusulas mediante las cuales los asegurados y/o beneficiarios renuncien a la jurisdicción y/o leyes que les favorezcan.

De lo que se puede concluir que ya no será posible que las aseguradoras incluyan cláusulas que sometan las controversias a tribunales extranjeros.

g) Derecho de arrepentimiento.

Otra materia que es importante destacar es que se consagra el llamado “derecho de arrepentimiento” (artículo 41.1), de acuerdo con el cual las personas que adquieren o contratan un seguro en espacios diferentes a los locales de las empresas de seguros, tienen un plazo en el cual puedan devolver la póliza sin expresión de causa. Esta es una práctica generalizada en otros países como Estados Unidos donde existe un plazo de 30 días para proceder en este sentido en las pólizas de seguros de vida.

h) Eliminación del período corto.

La Ley (artículo 50°) ha eliminado, como en la mayor parte de países de mundo, el cobro por los aseguradores de primas no proporcionales cuando quien resuelve el contrato es el tomador o asegurado. Actualmente, si esto ocurre las aseguradoras cobran proporciones mayores y tienen incorporada una tabla en las pólizas, en donde por ejemplo si el período transcurrido es un mes, no cobran $1/12$ sino $1/4$ (25%) y si son dos meses, no $2/12$, etc. En cambio si es la aseguradora la que resuelve la prima que devuelve es proporcional. Esto se justificaba a partir de que las primas son anuales y las aseguradoras hacen sus cálculos a partir de éstas, pero en la práctica eso no ocurre y si alguien deja de pagar una póliza, simplemente, se queda sin cobertura. No se cobran los períodos cubiertos, que es una opción que podrían ejercer las aseguradoras, sino que las pólizas no pagadas quedan en el olvido.

i) Caducidad convencional.

Se trata de caducidad convencional cuando se estipulan formas de poner fin a los derechos del asegurado por alguna razón. Por ejemplo, cuando se establece que el asegurado pierde su derecho a ser indemnizado si no cumple con informar de la ocurrencia de un siniestro en un plazo determinado. Lamentablemente, la experiencia demuestra que las aseguradoras abusan de esta posibilidad.

El artículo 59° de la Ley ha reducido la posibilidad del abuso limitándolo a los casos en que el incumplimiento obedezca a dolo o culpa grave.

j) Aviso del siniestro.

El artículo 68° de la Ley ha trasladado a la SBS la responsabilidad de fijar los plazos acorde con la naturaleza o tipo de seguro. Es importante recordar en este tema que el principio de buena fe que rige el contrato de seguro no es sólo aplicable de un solo lado. Me temo que algunos aseguradores desconfían de sus propios asegurados y necesitan verificar que no les están mintiendo. Así, por ejemplo, en los siniestros de automóviles desconfían de la Policía y envían a sus procuradores más con la intención de verificar la forma en que se ha producido el accidente y que el conductor no ha ingerido licor, que de aliviarle los trámites a su cliente. En otras partes (Ejem. USA), basta con la declaración de los involucrados para que las compañías atiendan el reclamo. Los casos de fraude tendrían mejor solución en un reporte al mercado que hiciera imposible que quien lo intentó volviera a contratar una póliza en el sistema por un plazo determinado y que la reincidencia pudiera resultar en una inhabilitación definitiva.

k) Plazo para pronunciamiento de la aseguradora sobre el siniestro..

Fue muy criticado por los aseguradores el plazo de 30 días para que se pronunciaran sobre la cobertura de un siniestro establecido en el artículo 74°, pero ‘olvidaron’ mencionar que la inmensa mayoría de siniestros pueden ser liquidados y resueltos en ese plazo y que el mismo artículo faculta al ajustador para pedir una ampliación a la SBS debidamente sustentado. En pocas palabras se pretendió convertir en regla las excepciones. Otra parte del artículo 74 que se ha obviado en las críticas es que el asegurador y el asegurado pueden pactar un plazo adicional. Tal cosa se desprende del texto que en la parte pertinente dice así:

“Asimismo, cuando la aseguradora requiera contar con un plazo mayor para realizar investigaciones adicionales u obtener evidencias suficientes sobre la procedencia del siniestro o para la adecuada determinación de su monto, y el asegurado no apruebe, en el caso específico, la ampliación de dicho plazo...”

Contrario sensu, asegurador y asegurado pueden pactar la extensión del plazo cuando el caso lo amerite. No me imagino a ningún corredor o asegurado oponiéndose a tal alternativa frente a un siniestro complejo.

Cuando discutimos este tema en la Comisión mi propuesta fue hacer un cambio radical en el sistema de nombramiento de ajustadores, ya que actualmente, aunque son independientes, están demasiado sujetos a las aseguradoras que son las que los nombran

en la mayoría de los casos y que, en consecuencia, pueden sacarlos de sus listas y ponerlos en problemas. En mi opinión, quien debería nombrar al ajustador es el asegurado, escogiéndolo de los inscritos en la SBS por especialidades. Si algún ajustador actuara incorrectamente los aseguradores tienen todo el poder para hacer una investigación, denunciarlo y que sea sancionado incluso con la cancelación de su registro, mientras que los asegurados, sobre todo los más pequeños, no tienen medios, ni conocimientos para hacer algo similar. Creo que esta propuesta les daría verdadera independencia a los ajustadores, quienes tendrían que actuar con absoluta imparcialidad para evitar que los propios asegurados y corredores dejen de nombrarlos y los saquen del mercado.

l) Seguro de responsabilidad civil.

Cuando en la Comisión discutimos el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, mi propuesta fue de que adoptáramos de una vez la forma que se está imponiendo en el mundo, es decir el 'Claims made' que considera que el siniestro ocurre cuando se presenta el reclamo. Como hubo algunas discrepancias frente a la posibilidad de dar semejante paso, optamos por considerar que se daba cuando se producía el daño, que es el que tenemos vigente, sobre todo en los países en vías de desarrollo, pero también acordamos permitir expresamente la alternativa del 'Claims made' y el artículo 109 quedó redactado de la manera siguiente:

Artículo 109: Existe siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado. Son válidas las estipulaciones contractuales que establecen que la cobertura opera en función de la reclamación indemnizatoria del tercero damnificado.

Para indemnizar los siniestros no se requerirá de sentencia firme.

Son nulas las cláusulas de reembolso según las cuales la obligación principal del asegurador únicamente consiste en reembolsar al asegurado una vez que éste haya asumido y pagado los daños.

Desafortunadamente, durante el trámite en la Comisión de Justicia el texto fue cambiado y se eliminó la frase que he resaltado.

El fundamento de la póliza 'Claims made' es económico como lo expliqué en la Comisión. Surgió como una necesidad frente a casos en que los reclamos se presentaban y excedían la reserva de 'incurridos pero no reportados', IBNR es la sigla en inglés, varios años después de que el balance de la aseguradora estaba cerrado e incluso se habían repartido dividendos, estando ésta registrada en la bolsa neoyorquina. Tarde o temprano tendremos el mismo problema y en esta ley nos estábamos adelantando.

m) Cobertura de preexistencias por continuidad de seguro médico.

En el Perú la cobertura de enfermedades preexistentes cuando eran adquiridas durante la vigencia de una póliza era respetada por todo el sistema. Así tenemos que si un asegurado contraía, por ejemplo, una hepatitis mientras estaba cubierto por una

póliza de seguro médico en la aseguradora A, si cambiaba en algún momento a otra B, por cualquier razón, como podía ser el cambio de empleo, la segunda cubría la enfermedades relacionadas con el hígado, pero con la liberalización esto empezó a dejar de ocurrir y ahora lo que hace la aseguradora B es excluirle las enfermedades hepáticas. Si a lo expuesto le agregamos que se crearon las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) el problema se agravó, porque ya los cambios también se daban entre ambos sistemas. En pocas palabras, se había involucionado del concepto de aseguradores actuando como sistema al nuevo en que cada compañía buscaba su propio beneficio en detrimento de los asegurados que quedaban con enfermedades sin cobertura al verse obligados a migrar a otra aseguradora o EPS.

Recuerdo perfectamente que cuando propuse la continuidad de cobertura incluyendo a las EPS, algunos de los otros miembros de la Comisión me miraron con escepticismo porque de cierta forma estábamos involucrando a empresas que técnicamente no eran parte del sistema asegurador y además están supervisadas por otra Superintendencia (Superintendencia Nacional de Salud – SUNASA). Sin embargo, la mayoría me apoyó cuando expliqué que la perspectiva que teníamos que asumir era la del asegurado o usuario que, además, tenía sustento constitucional.

En mi modesta opinión es mejor que los enfermos tengan cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador. Me gusta por eso la propuesta del filósofo norteamericano John Rawls que sostiene que tenemos que legislar ‘tras un velo de ignorancia’, es decir sin saber cuál es nuestra situación en la vida.

En la justicia como imparcialidad —noción primordial en Rawls— la posición original corresponde al estado de naturaleza de las teorías tradicionales. Obviamente, la posición original es puramente hipotética y es concebida con la única intención de facilitar la elaboración de la concepción de justicia. Rawls caracteriza esta situación hasta llevarla a que los principios de la justicia se esconden “tras un velo de ignorancia”, siguiendo la imagen ciega que de la justicia tenían los romanos. Esto significa que hipotéticamente nadie conoce su situación en la sociedad (posición, status, etc.), ni sus cualidades naturales, ni siquiera su concepción acerca del bien.

Para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales” y en consecuencia no importa si las leyes o las instituciones son eficientes cuando éstas son injustas. Siguiendo a Kant sostiene que cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad no puede atropellar. En consecuencia, los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo de intereses sociales. La verdad y la justicia, como las primeras virtudes de la actividad humana, no están sujetas a transacciones.

Rawls asume, siguiendo la teoría del contrato social de Rousseau, que la sociedad es una especie de asociación, con ciertas reglas para que los miembros puedan obtener

ventajas mutuas y en consecuencia se caracteriza, tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Esto hace necesarios un conjunto de principios en base a los cuales la distribución de beneficios y cargas sea equitativa y correcta. Una sociedad está bien ordenada no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando está efectivamente regulada por un concepto de justicia, es decir que se trata de una sociedad en la que: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”. El deseo que tienen todos de justicia limita la persecución de otros fines.

Regresando a nuestro tema, más adelante, el Congreso me pidió un sustento a modo de exposición de motivos que asumí con mucho gusto desde la perspectiva constitucional y que a continuación transcribo:

“Teniendo en cuenta que Artículo 1° de la Constitución vigente señala que ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’ y los artículos 7, 9, 10 y 11 establecen el derecho a la salud y que en consecuencia éste debe ser considerado parte de los derechos humanos y que el Estado debe supervisar y tutelarlos buscando la mejora progresiva de su cobertura cuantitativa y cualitativamente; que, además, el artículo 65 de la misma carta constitucional obliga al Estado a defender el interés de los usuarios y consumidores; que en la actualidad muchas personas se quedan sin cobertura de enfermedades que adquirieron mientras estaban aseguradas, por el sólo hecho de migrar de compañía de seguros o de sistema, por ejemplo a las Empresas Prestadoras de Salud o a la inversa, a veces involuntariamente, como cuando cambian de trabajo; es conveniente que en este aspecto todos los sistemas e instituciones involucradas se solidaricen en la continuidad de cobertura de las pre-existencias, evitando dejar en desamparo a personas enfermas.”

No puedo escapar a la tentación de narrar una anécdota de lo que me contaron que ocurrió en el Congreso durante el cuarto intermedio acordado en el Pleno que aprobó el Proyecto. La nueva Presidente de la Comisión de Justicia, congresista Marisol Pérez Tello –quien había contado con poco tiempo para estudiar y presentar el proyecto, ya que la etapa previa del Dictamen la Comisión había estado presidida por su compañero de bancada Alberto Beingolea– comprendió con rapidez que el artículo 118, que estableció la continuidad de las preexistencias, era especialmente importante para el público asegurado. Actuando en consecuencia, apenas se inició la reunión de negociación final con los representantes de la Comisión de Economía y las diferentes bancadas, que en algunos casos representaban los intereses de quienes no querían que la norma fuera aprobada, empezó la reunión con esta frase que quedará para el recuerdo: “Todo es negociable, menos pre-existencias”, dejando así cerrado este tema al que junto con otros le habían puesto la puntería los aseguradores y la propia SBS.

n) Exámenes genéticos prohibidos.

El artículo 119° de la Ley prohíbe expresamente que el asegurador exija exámenes

genéticos previos a la celebración de contratos de seguros, no pudiéndose condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas a la realización de dichos exámenes.

Después de que la Comisión terminó de redactar el Proyecto y lo envió al Congreso, el Comité de Nuevas Tecnologías y Seguros de AIDA me invitó a dar una conferencia en Santiago de Chile que titulé 'Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación' y que me obligó a investigar el tema. Si bien considero que la prohibición, similar a la que se ha hecho en varios países, es válida hoy día, terminará por ser superada.

La información genética es parte del derecho a la intimidad de la persona y un test genético no puede ser tomado sin su consentimiento, ni la información que resulte divulgada, salvo que medien razones de fuerza mayor o sea necesaria para el bienestar social.

Resulta bastante obvia la información que puede proporcionar la genética para los seguros, especialmente para las pólizas de vida y de salud. Así como se extienda en la población la toma del examen, las aseguradoras verán la forma de exigirlo, porque les proporcionará el código genético del potencial cliente y estarán en posición de rechazar la emisión de la póliza o, eventualmente, incrementar la prima. El problema que se enfrentará, entonces, es el de la posible discriminación por tal motivo. Considero que más tarde o más temprano se podrá exigir el examen, ya que si revisamos la historia veremos que así como avanza la técnica se ha ido incrementando la cantidad de exámenes que los aseguradores requieren a sus solicitantes y difícilmente éste será la excepción.

La contratación de un seguro implica una decisión de quien lo requiere con todas sus consecuencias. Los exámenes hoy exigidos pudieron ser considerados también parte del ámbito del derecho a la intimidad, pero han terminado por imponerse. De otro lado, no es posible oponerse a que terceros conozcan este tipo de información, si el posible asegurado desea proporcionarla, aunque siempre podría alegarse el derecho de los familiares. Si como en nuestro caso, la ley opta por prohibir que los aseguradores exijan las pruebas, éstos pueden decidir dar descuentos o beneficios a quienes acepten someterse y se llegaría a casi lo mismo.

En mi opinión, la solución tendría que ir por prohibir el rechazo por un asegurador de un candidato, por razones genéticas, obligándolo a emitir la póliza con el recargo respectivo, pero limitando también tal incremento para evitar que se convierta en un argumento disuasivo de la contratación. Me imagino que lo que se argüirá en contra es que de esa manera se incrementarán las primas para quienes tienen un mejor código genético o una mejor salud, lo que, si se sustenta técnicamente con cifras, tendría sentido. Sin embargo, considero que al final, es mejor que todos tengan cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador.

- o) Suicidio y muerte del tercero por el contratante y/o beneficiario.

El artículo 125 dispone que el suicidio consciente y voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigencia ininterrumpidamente por 2 años. Agrega que en el seguro sobre la vida de un tercero, está excluida de cobertura la muerte dolosamente provocada por un acto del contratante y/o beneficiario.

Esta norma incluido el plazo no es novedosa, sino un tema aceptado en el Derecho comparado. En general, internacionalmente se cubre el suicidio y el fundamento es que es muy difícil o casi imposible pensar que alguien contrate un seguro para suicidarse dentro de dos años, es más bien probable que antes resulte internado en una institución mental. Asimismo, es bastante difícil que si tiene una enfermedad crónica e incurable, sea posible de contratar una póliza de seguro de vida, que implica una serie de exámenes para que le den la cobertura.

p) Contrato de Reaseguro.

El título III que trata del contrato de reaseguro sólo contiene dos artículos (138 y 139). En el primero se define 'Por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga al pago, dentro de los límites acordados, de la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación asumida por éste en su carácter de asegurador en un contrato de seguro. El 139 establece la autonomía e independencia de ambos contratos indicando que 'El contrato de reaseguro no subordina las relaciones que emanan del contrato de seguro. En consecuencia, el pago de un siniestro derivado del contrato de seguro no puede quedar condicionado a las relaciones existentes entre el asegurador y el reasegurador.

Desafortunadamente, se eliminó el artículo 140 que, siguiendo a la legislación brasilera, establecía que 'El contrato de reaseguro se somete a la legislación peruana y a la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales del Perú', lo que en la práctica ya ocurre, tanto en los contratos automáticos como en casi la totalidad de los facultativos, porque las aseguradoras así se lo exigen a los corredores de reaseguro. Hubiera sido conveniente incluirlo para que no hubieran excepciones y para que nuestro mercado desarrollara un 'expertise' que todavía es patrimonio de poca gente en el ambiente legal de nuestro medio.

q) Disposiciones Finales y Complementarias.

– Potestad para atender reclamos y potestad sancionadora de la Superintendencia.

La Cuarta Disposición Complementaria de la Ley señala que la SBS promoverá la protección de los intereses de los asegurados a través de mecanismos legales de defensa del asegurado, que contemplarán la conformación de órganos colegiados que se pronuncien en la solución de controversias.

Mi propuesta dentro de la Comisión fue que tratáramos de reencaminar el trabajo de la Defensoría del asegurado y legisláramos sobre ésta, pero algunos de los otros miembros se sintieron incómodos frente a la posibilidad de regular el funcionamiento

de una institución que ha sido formada por el gremio asegurador, y es una persona jurídica de derecho privado, pero, en mi opinión, era y es lícito a partir de que la actividad aseguradora maneja fondos del público, por lo que el Estado tiene todo el derecho a inmiscuirse en el funcionamiento de todas sus instituciones. La ventaja que hubiera traído regular la Defensoría es bastante obvia y es que sus decisiones son vinculantes para los aseguradores.

La opción que se tomó tiene justamente ese defecto, ya que las decisiones que adopte el tribunal administrativo que conforme la SBS, podrán ser siempre cuestionadas en la vía judicial por cualquiera de las dos partes.

En todo caso, deseo que el trabajo que realicen estos organismos colegiados sean exitosos y para el bien del mercado y de la industria

- Aplicación de la ley en el tiempo.

La Novena Disposición Complementaria de la Ley dispone que ésta entrará en vigencia a partir de los 180 días contados desde su publicación, es decir el 27 de mayo de 2013. Es posible que el plazo que nosotros mismos establecimos sea excesivo, pero permitirá que todas las empresas vinculadas y la propia SBS se adecúen.

4. COMENTARIO FINAL.

Resumiendo, es de una Ley moderna y que a pesar de las modificaciones poco técnicas realizadas en el camino final por las presiones conocidas y que hemos comentado, en buena parte responde a nuestra realidad concreta y estoy convencido que sólo resultará beneficiando a todos. A los asegurados porque tendrán mayor protección legal que evitará eventuales abusos y a los aseguradores y corredores, porque, como lo ha mostrado la experiencia internacional, mejorará su deteriorada imagen, se incrementará la conciencia aseguradora, se venderán más pólizas, aumentando la penetración y la participación del sector seguros en el Producto Bruto Interno (PBI), y al final los resultados, incluidas las utilidades, serán mejores.

MODIFICACIONES AL SEGURO DE CRÉDITO BAJO LA NUEVA NORMATIVA ASEGURADORA

Carlos Molina Zaldívar

I. INTRODUCCIÓN

La dictación de la Ley 20.667 que entrará en vigencia a fines del presente año, por la cual se reemplazará el Título VIII del Libro II del Código de Comercio, constituye una importante actualización del derecho comercial, poniendo al día nuestra antigua legislación de seguros.

Esta nueva normativa no sólo moderniza el derecho de seguros, sino que también suple algunos silencios u omisiones de nuestra legislación. No en vano pasaron más de 20 años desde que se presentara el primer proyecto de ley y varios intentos frustrados en el intertanto, esfuerzo en el que participaron destacados abogados y profesionales relacionados al mundo del seguro.

La nueva legislación reconoce la existencia tanto de los seguros de daños reales como de los patrimoniales así como el referido a las personas, haciendo expresa referencia a los seguros masivos y al reaseguro. Resulta pertinente señalar que este nuevo cuerpo legal conceptualiza los distintos tipos de seguro de que trata, haciendo referencia a los elementos distintivos de cada uno de ellos.

De esta manera, en la sección Segunda del título VIII del libro II del nuevo Código de Comercio, se reconoce expresamente la existencia del seguro de crédito, pero atendido su alta complejidad y transferencia de riesgo involucrada en sus operaciones, nuestra legislación, al igual que en el derecho comparado, autoriza la comercialización de este tipo de pólizas a Compañías de Seguros de giro exclusivo, cuyo único objeto consiste en la intermediación de seguros de crédito ya sea nacional o de exportación, estando facultada adicionalmente para comercializar seguros de caución y de fidelidad.

Así, el Art. 11 del DFL 251 del año 1931, dispone que “los riesgos de crédito deberán ser asegurados sólo por compañías del primer grupo que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgos, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad. Las aseguradoras de crédito no podrán otorgar esta cobertura ni aceptar su reaseguro, cuando el asegurado o el deudor de éste sea persona relacionada con la Compañía Aseguradora o Reaseguradora, según el caso. Se exceptuarán de esta prohibición los Seguros de Crédito a las Exportaciones”.

De la referida disposición, fluye que las Compañías de Seguro de Crédito no pueden intermediar ni comercializar Seguros Generales ni de Personas, lo cual deja en evidencia que estamos frente a un asegurador que tiene características y fisonomía propia en relación al tipo de riesgo que asegura, correspondiéndole en consecuencia un tratamiento especial,

tanto de parte del legislador como del ente fiscalizador.

II. CONCEPTO DEL SEGURO DE CRÉDITO

Nuestra llamada ley de seguros se refería al seguro de crédito como “aquel que cubre los riesgos de pérdida o deterioro en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de una obligación en dinero o de crédito de dinero”.¹ El nuevo Art. 579 del Código de Comercio define el Seguro de Crédito en cambio como aquel por el cual “el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por una obligación de dinero”.

Lamentablemente este nuevo concepto incurre en el mismo error que el anterior, ya que no consigna el elemento distintivo del seguro de crédito, cual es la insolvencia definitiva del deudor, que causará una pérdida patrimonial indemnizable por el asegurador. Tampoco se hace referencia directa a la cesación de pago como causal de fondo aplicable, limitándose a señalar que la obligación de indemnizar emana de las pérdidas que sufre el asegurado del mero incumplimiento de una obligación de dinero.

En el derecho comparado moderno, el seguro de crédito cubre las pérdidas económicas que sufre el asegurado a consecuencia de la insolvencia de su deudor, y conforme a la cual éste se encuentra imposibilitado de pagar los créditos asegurados por la póliza.

A estos efectos, resulta ilustrativo tener a la vista lo dispuesto en la Ley de Seguros de España, la cual en su Art. 69 dispone que “por el Seguro de Crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar al asegurado por las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de su deudor”.

Como hemos venido insinuando, las causales por las cuales se produce la pérdida o perjuicio patrimonial del asegurado y en virtud de lo cual nace la obligación del asegurador de indemnizar los daños sufridos por el asegurado, tienen su origen en la insolvencia o cesación de pago del deudor. Es por ello, que en nuestra opinión debe entenderse por Seguro de Crédito “aquel por el cual el asegurado transfiere al asegurador, el riesgo que emana de la falta de pago de sus créditos, ya sea que ésta se produzca por la insolvencia o la cesación de pago de su deudor”.

El objeto o cobertura del seguro no es otro que proteger el patrimonio del asegurado de la falta de pago de sus créditos, ya sea que ésta tenga su origen en la insolvencia o en la cesación de pago de parte de sus deudores.

¹ Art. 11 DFL 251, 1931

III. RIESGO ASEGURADO

Reconociendo que tanto la insolvencia como la cesación de pago constituyen el riesgo asegurado, el nuevo Art. 580 del Código de Comercio señala las causales por las que habrá lugar al pago de la indemnización del seguro.

En primer término, establece que procede la indemnización “cuando el deudor haya sido declarado en quiebra mediante resolución judicial firme”. Esta causal hace alusión directa a la insolvencia definitiva del deudor, quien al ser declarado en quiebra, se le presume una incapacidad patrimonial para hacer frente a sus obligaciones.

Tal como lo sostienen Gómez y Eyzaguirre “el supuesto de la quiebra es la hipótesis de un deudor cuyo patrimonio es incapaz de satisfacer sus obligaciones. Esta incapacidad patrimonial se denomina insolvencia”².

Por su parte, Salvatore Satta nos dice que “la insolvencia es a la quiebra, lo que el incumplimiento es a la ejecución forzada. En consecuencia, la insolvencia es el presupuesto o causa genérica de la quiebra”³.

Si bien el nuevo Art. 580 dispone que habrá lugar al pago del seguro, una vez declarada la quiebra del deudor, estimamos que el asegurador puede exigir al asegurado que cumpla con la obligación de verificar sus créditos, o a lo menos le otorgue poder suficiente, para que éste en su nombre y representación los verifique en el concurso.

Como sabemos, uno de los efectos de la sentencia que declara la quiebra de un deudor, es la obligación que nace para los acreedores, en este caso el asegurado, de verificar sus créditos en la quiebra, debiendo acompañar los documentos justificativos del crédito y demás antecedentes que acrediten su derecho.

Lo anterior resulta pertinente, ya que en el evento que el crédito asegurado sea rechazado o impugnado por cualquier causa, el asegurador quedará eximido de su obligación de indemnizar, por cuanto el asegurado no posee un crédito o título que justifique el pago de la indemnización.

De lo razonado, se confirma que esta causal por la que nace la obligación de indemnizar al asegurado, tiene su origen en la insolvencia que supone la quiebra y no en el mero incumplimiento de una obligación de dinero.

A continuación, el citado Art. 580 del Código de Comercio dispone que habrá lugar al pago de la indemnización del seguro “cuando haya celebrado con sus acreedores, convenios regulados por la Ley de Quiebras que le otorguen condonaciones”. Si bien la ley no lo señala expresamente, debe entenderse que esta causal se refiere a la suscripción de un convenio bajo la legislación concursal entre el deudor del asegurado y sus acreedores.

² Gómez B. Rafael y Eyzaguirre S. Gonzalo, *El Derecho de Quiera*, Pág. 36, Editorial Jurídica de Chile.

³ Satta, Salvatore, *Instituto de Derecho de Quiebra, Notas de Derecho Argentino*, por Rodolfo Fontanarrosa, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

Es requisito, para que nazca la obligación de indemnizar, que el convenio imponga al asegurado la condonación total o parcial de su crédito. En el evento que el convenio tenga un objeto diverso, como la prórroga de plazo para el pago del crédito asegurado, la continuidad total o parcial del giro del deudor u otro que se convenga, el asegurador se encuentra exento de su obligación de indemnizar.

En otras palabras, el asegurado sólo tiene derecho a exigir el pago de la póliza cuando el convenio imponga la condonación, ya que es esto lo que conlleva un detrimento patrimonial al asegurado, al verse privado del pago –total o parcial– de un crédito.

Se justifica esta causal de insolvencia, ya que la condonación es un modo de extinguir las obligaciones, por la cual se presume extinguida la obligación, sin haberse obtenido el pago de la misma. El profesor Abeliuk ha sostenido que la remisión o condonación “es la renuncia o perdón que efectúa el acreedor de su crédito de acuerdo con el deudor”⁴.

Igual que en la causal anterior, estimamos que resulta exigible al asegurado que éste haya verificado sus créditos, y ellos no hayan sido objetados o impugnados.

La totalidad o parte del crédito condonado, y que en consecuencia, no será pagado al asegurado; representa una pérdida definitiva para éste, que podrá ser indemnizado conforme a la póliza de seguro contratada.

Luego el referido Art. 580 dispone que habrá lugar al pago del seguro “cuando habiendo sido demandado ejecutivamente, se establezca que el deudor no posee bienes suficientes para solucionar la deuda o que, por su ocultamiento, se haga imposible la prosecución del juicio”. Al igual que las anteriores, esta causal no hace alusión a la pérdida que experimenta el asegurado por el simple incumplimiento de una obligación de dinero, sino que apunta a la cuestión de fondo, cual es, la imposibilidad total y absoluta del asegurado de obtener el pago del crédito, debido a que su deudor habiendo sido judicialmente requerido de pago, se encuentra imposibilitado de hacer frente a sus compromisos, ya que simplemente carece de bienes suficientes para ello.

Adicionalmente, en la misma letra C) del Art. 580 se refiere al ocultamiento de bienes por parte del deudor, como causal de pago de la póliza, en la medida que se haga imposible la prosecución del juicio. La pregunta que fluye ante esta causal es ¿cuándo se entiende que existe un ocultamiento de bienes? o bien, ¿cuándo el tribunal podrá determinar que el ejecutado ha ocultado sus bienes haciendo imposible la prosecución del juicio? En nuestra opinión, esto impone una carga al asegurado, cual es la de efectuar las gestiones o diligencias que habitualmente se requieren para obtener el pago de una obligación de dinero en un juicio ejecutivo, sin que corresponda en consecuencia que el asegurador solicite o exija pruebas fehacientes frente al ocultamiento de los bienes por parte del deudor.

⁴ Abeliuk M., René, Las Obligaciones, Tomo II, Pág. 968, Editorial Jurídica de Chile.

Ante la discrepancia en la configuración de esta causal, estimamos que ella debe resolverse bajo el amparo del principio de la Máxima Buena Fe, conforme al cual bastará que el asegurado haya realizado las gestiones útiles y necesarias para ejecutar a su deudor, sin haberlo logrado, para que nazca la obligación de indemnizar por parte del asegurador.

En directa relación con la causal anterior, el Art. 580 en su letra d) dispone que corresponderá el pago de la indemnización cuando “asegurado y asegurador acuerden que el crédito resulta incobrable”. La pregunta natural ante esta causal es ¿cuándo debe entenderse incobrable un crédito? En nuestra opinión, conforme a los usos y costumbres mercantiles, debe entenderse que un crédito es incobrable cuando el acreedor -en este caso el asegurado- ha realizado las gestiones extrajudiciales y judiciales pertinentes para obtener el pago del crédito adeudado, habiendo resultado todas ellas infructuosas.

De lo señalado se desprende que esta causal tampoco apunta al mero incumplimiento de una obligación de dinero, sino que hace referencia a la pérdida neta definitiva que sufrirá el asegurado a consecuencia de la falta de pago oportuno de su crédito, el cual resultará incobrable una vez agotadas prudencialmente todas las gestiones de cobro. En otras palabras, esta causal tampoco apunta al simple incumplimiento de la obligación, sino que se refiere a la pérdida patrimonial que sufre el asegurado ante la imposibilidad absoluta de obtener el pago del crédito asegurado.

Por último, la ley establece que habrá lugar al pago del seguro en los casos “que acuerden las partes”. Esta disposición deja abierta a la voluntad de los contratantes la posibilidad de hacer más extensivo el seguro de crédito, razón por la cual esta causal puede llegar a ser de gran utilidad para el desarrollo y expansión del seguro de crédito tanto nacional como internacional.

Concluido el análisis de las distintas causales que hacen lugar al pago del seguro, queda en evidencia que el legislador incurrió en una omisión al no considerar el mero transcurso del tiempo, sin que el crédito haya sido pagado, como una causal que genera la obligación de indemnizar al asegurado.

Un número importante de pólizas que hoy se comercializan tanto en Chile como en los mercados internacionales, consideran como causal de pago de la indemnización cuando transcurren 12 meses o en algunos casos 6 meses, y en el extremo incluso un plazo inferior, desde la fecha del vencimiento original del crédito asegurado, y éste continuara siendo adeudado al asegurado. Esta causal se refiere al retraso en el pago de la obligación, reconociendo que la cesación de pago del deudor causa un perjuicio patrimonial al asegurado, el cual emana de la mora o retardo prolongado en el pago de la obligación del crédito asegurado.

Esto es lo que algunos llaman “la mora prolongada”, la cual exige el transcurso de un determinado lapso de tiempo, ocurrido lo cual se presume la incapacidad del deudor para hacer frente al pago de su crédito.

Si bien resulta discutible que el mero transcurso del tiempo transforme en insolvente a un deudor o permita suponer su incapacidad para cumplir con sus obligaciones dinerarias, no es menos cierto que el retardo prolongado de sus compromisos causa un perjuicio a sus acreedores, ya que estos no podrán disponer de los pagos prometidos en el tiempo convenido conforme al crédito asegurado.

El riesgo de la falta de pago oportuno del crédito, es lo que da origen al interés del asegurado de obtener la protección mediante la contratación de un seguro de crédito.

Lo razonado deja al descubierto la omisión en que incurrió el legislador, lo cual entendemos, sin embargo, podrá ser suplido mediante la incorporación de esta causal en las pólizas de seguro de crédito, tal como se realiza hoy en día.

IV. GASTOS DE COBRANZA

El nuevo Art. 581 consagra expresamente la facultad de las partes de convenir que la suma asegurada cubra también los gastos que tengan su origen en la cobranza tanto judicial como extrajudicial del crédito. Al efecto, la disposición señala que “las partes podrán convenir que, además del monto de la deuda impaga, la suma asegurada cubra también los gastos originados por las gestiones de cobranza y cualquiera otras”.

Se trata de una disposición que atiende una cuestión meramente práctica, ya que atendido los riesgos cubiertos por el seguro de crédito, muchas veces es necesario incurrir en una serie de gastos tales como solicitud de informes comerciales de los deudores del asegurado, tanto dentro de Chile como en el extranjero. Asimismo, es de habitual ocurrencia que para obtener el pago del crédito deban pagarse los honorarios profesionales y gastos inherentes a una cobranza judicial o extrajudicial. Lo anterior tiene mayor relevancia, si se considera el seguro de crédito a la exportación, en el cual deberán efectuarse las gestiones de cobro, fuera del territorio de la República, en algunos casos en latitudes lejanas, con usos y costumbres distintos, y muchas veces con costos elevados; razón por la cual la posibilidad de incluir dentro de la suma asegurada estos gastos, resulta del todo conveniente para el asegurado.

V. AGRAVACIÓN DEL RIESGO

De acuerdo al nuevo Art. 526, el asegurado deberá informar al asegurador los hechos y circunstancias que agraven sustancialmente el riesgo declarado, y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato.

Luego, la misma disposición agrega que “se presume que el asegurado conoce las agravaciones de riesgo que provienen de hechos ocurridos con su directa participación”.

Esta nueva disposición impone una mayor exigencia al asegurado, quien al mantener

una relación comercial con su deudor, ante cualquier hecho o circunstancia que agrave sustancialmente los riesgos deberá informarlo inmediatamente al asegurador, so pena que éste pueda rescindir el contrato o promover una modificación a los términos del mismo para adecuar el monto de la prima o las condiciones de cobertura de la póliza.

En nuestra opinión en el seguro de crédito esta obligación de no agravar el riesgo se traduce en el deber del asegurado de informar a la Compañía respecto de todo hecho o circunstancia que suponga un menoscabo o detrimento de la capacidad económica o financiera del deudor, o de cualquier otra obligación que pusiese en riesgo el pago del crédito asegurado.

Debe tenerse presente que en este tipo de pólizas es el asegurado quien mantiene la relación comercial con su deudor, y es éste, quien en consecuencia normalmente podrá acceder con mayor rapidez y facilidad a dicha información. Así por ejemplo, cuando el asegurado tiene noticias que su cliente o deudor ha cesado en el pago de sus créditos con otros acreedores, se encuentra obligado a actuar con la debida diligencia y cuidado equivalente a la de un buen padre de familia, lo que se traduce en que suspenda sus operaciones a crédito con dicho deudor, o a lo menos tome las medidas pertinentes que permitan disminuir la exposición del riesgo asegurado.

En el seguro de crédito entonces, esta obligación puede representar una carga adicional para el asegurado, ya que por regla general este tipo de seguro se contrata bajo una póliza de seguro flotante, en la cual quedan incorporados todos o la mayoría de los clientes o deudores del asegurado. En otros términos, el riesgo asegurado es la cartera de clientes del asegurado, la cual en algunos casos puede ser muy numerosa, haciendo de suyo complejo dar cumplimiento a la exigencia a que se refiere el nuevo Art. 526.

ARBITRAJE: CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN EL CONTRATO DE REASEGURO

Roberto Ríos Ossa¹

Sumario: I. Introducción. II. La cláusula de jurisdicción en el contexto del arbitraje comercial internacional. 1. La determinación de la ley procesal aplicable al arbitraje comercial internacional (Lex arbitri). 2. La determinación de la ley material aplicable al arbitraje comercial internacional (Lex contractus o Lex Causae). 3. La cláusula de jurisdicción y el arbitraje comercial internacional en el Derecho chileno. 3.1. Preliminar. 3.2. Determinación de la ley formal y material aplicable al reaseguro IV. Conclusiones

Introducción

En el contexto de nuestra investigación, es insoslayable advertir que el reaseguro contiene una doble particularidad: es un contrato mercantil o comercial y, además, se trata de un negocio jurídico internacional. Ello, nos obliga a revisar ciertos tópicos como el orden público internacional y, los diversos instrumentos que se observan tanto en los derechos internos como en el contexto de la regulación comercial internacional, que buscan instaurar soluciones a las controversias que puedan surgir durante el iter contractual de un contrato comercial internacional.

Tradicionalmente el Orden público internacional (en adelante OPI)² tiende a excluir la arbitrabilidad en la contratación comercial internacional, por el celo del legislador y de los tribunales estatales o nacionales que ven arrebatada de su facultad jurisdiccional la resolución de determinadas controversias. Esta ha sido la postura de los países de Latinoamérica, no obstante cambios relevantes en último tiempo. Podemos observar como los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica han introducido mecanismos de solución de controversias, acogiendo la figura del arbitraje comercial internacional. El reaseguro no es una excepción³.

¹ * Este trabajo corresponde a la primera parte de la ponencia dictada por AIDA sección chilena en el Congreso CILA 2013, Portugal. Es autor, el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Roberto Ríos Ossa, rrioso@uc.cl. El autor agradece los comentarios y observaciones del profesor y director de AIDA Chile Edmundo Agramunt Orrego.

² Evitaremos conceptualizar el OPI. Se trata, de un tópico jurídico – en su vocablo orden público, ordre public, public policy – que la doctrina no ha precisado, es más bien oscilante, desde los discursos de Portalis pasando por Savigny, Ripert hasta nuestros tiempos. En consecuencia, seguiremos la propuesta de Gonzalo Quiroga. A juicio de la autora, el contenido o extensión del OPI lo determinará el juez caso a caso sobre la base de determinados principios universalmente reconocidos. Gonzalo Quiroga, Marta, Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial, Dickinson, Madrid, 2003, pp. 64 y ss. A juicio de Mantilla-Serrano, “el orden público internacional parte de una concepción nacional del orden público, obviamente depurada y mucho más restringida en su ámbito, y que se aplica exclusivamente a las transacciones y al arbitraje internacionales”. Mantilla-Serrano, Fernando, La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo? en Arbitraje Internacional, Tendencia Actuales, Legis, 2007, p. 219.

³ Véanse Gonzalo Quiroga, Marta: Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial, Dickinson, Madrid, 2003, pp. 64 y ss.; Fernández Rozas, José:

El OPI constituye una limitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, una restricción al encargo del árbitro⁴. Se produce en este punto una tensión entre el origen convencional del arbitraje y los mandatos del OPI.

La pluralidad de remedios contenidos en los derechos nacionales, convenios internacionales y la *lex mercatoria* internacional, demuestra la dificultad de establecer una regla clara y uniforme en la determinación de la ley formal y material aplicable a la resolución de una controversia en asuntos de contratación mercantil internacional. Sólo a modo ejemplar enunciamos: la regla del domicilio del demandado, la regla *locus contractus*, la regla *locus solutionis*, la regla del domicilio del cedente o del retrocedente, la regla del riesgo de origen, la regla del domicilio del reasegurador y finalmente la regla que deriva del principio vínculos más estrechos⁵.

No obstante, y como advierten Redfern y Hunter, ello no quiere decir vacío legal, o dicho de otro modo, que no existan reglas jurídicas aplicables⁶.

A nuestro parecer, tanto la Ley modelo UNCITRAL (en adelante LMU) como los principios UNIDROIT, constituyen remedios que provocan una mayor uniformidad⁷.

II. La cláusula de jurisdicción en el contexto del arbitraje comercial internacional

Conceptualizaremos la cláusula de jurisdicción como la estipulación contenida en un contrato comercial internacional, cuyo objeto es determinar la sede o foro donde se resolverá una controversia entre contratantes, denominada en doctrina como *derogatio* o *prorogatio fori* o de efecto negativo⁸.

La cláusula de jurisdicción provoca la deslocalización del tribunal⁹. Es la

Tratado del arbitraje comercial en América Latina, Iustel, 2008, p. 872; Vázquez Palma, María Fernanda: Arbitraje en Chile, Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia, Legalpublishing, 2009, pp. 30 y ss.; Mantilla-Serrano, Fernando: La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo? en Arbitraje Internacional, Tendencia Actuales, Legis, 2007, p. 219. Bueno, Silvia y De Almeida, Lise: La evolución del Arbitraje en Brasil y su Aceptación por el Poder Judicial, Revista Peruana de Arbitraje, 2006, p. 302.

⁴ Ver en este sentido Fernández Rozas, ob. cit., p. 872, 2008.

⁵ Véanse Vara Parra, José Joaquín: Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de reaseguro internacional, Comares, 2005 p. 137; Picand Albónico, Eduardo: Arbitraje Comercial Internacional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 73 y ss.; Cantuarias, Fernando: Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica, Revista de Derecho Procesal, Madrid, 2006, pp. 149 y ss.; Aguirrezábal, Maite, Pérez Ragone, Álvaro y Romero Seguel, Alejandro: Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: Un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el Derecho positivo chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, p. 431.

⁶ Redfern, Alan y Hunter, Martin: Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, La Ley, Traducción de Noina Marigo y Felipe Ossa, 2007, p. 152.

⁷ Véanse García Pujol, Ignacio, La Lex Mercatoria y Los principios Unidroit en el Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial, en Estudios de Arbitraje, Libro en homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 609 y ss.; Sandoval López, Ricardo, La normativa de Unicitral sobre Arbitraje Comercial Internacional como Instrumento de Unificación, en Estudios de Arbitraje, Libro en homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 487.

⁸ Ver Fernández Rozas, ob. cit., p. 672, 2008.

⁹ Sobre la deslocalización del tribunal arbitral, a juicio de Gonzalo Quiroga, "un laudo está

deslocalización del tribunal que resolverá la controversia, lo que da origen a la problemática de determinar que ley, tanto en su dimensión material como formal, se deberá seguir para resolver la disputa. Luego, nos preguntamos si el pacto de una cláusula de jurisdicción permite per se determinar la problemática sobre la aplicación de la ley al conflicto.

En la doctrina francesa, a juicio de Clay, "La elección de la sede del tribunal arbitral no conlleva ninguna consecuencia sobre la ley aplicable al fondo del litigio o sobre la ley aplicable al procedimiento"¹⁰.

En la doctrina ius privatista internacional, Vara Parra, sostiene que "a través de la cláusula de jurisdicción, las partes contratantes pretenden acordar un posible espacio físico judicial, pero no un régimen jurídico del contrato"¹¹.

Por su parte, en el sistema del Common Law, a juicio de Redfern y Hunter, la máxima *qui indicem forum elegit ius*, no permite presumir de modo contundente, que la cláusula de solución de controversias que remite el arbitraje a un determinado país, importe resolver la disputa de conformidad a la ley del país sede del tribunal arbitral¹².

De esta revisión ejemplar, podemos arribar a una conclusión preliminar: La cláusula de jurisdicción permite a los contratantes entregar un futuro conflicto que pueda surgir en el iter contractual, a un tribunal arbitral con una sede determinada que les da confianza, sin que ello implique la elección del derecho que resolverá la controversia, en su dimensión formal y material.

A continuación, abordaremos en específico que reglas podemos encontrar tanto en los derechos internos como en el contexto internacional, para resolver qué ley formal y material se aplica en el caso de un controversia comercial internacional.

1. La determinación de la ley procesal aplicable al arbitraje comercial (*Lex arbitri*)

En materia de ley adjetiva o formal, hemos observado que los convenios internacionales han conformado reglas en las que confluyen principios universalmente aceptados, otorgando de este modo una mayor uniformidad y certeza jurídica en la determinación de la *lex arbitri* que regirá la controversia.

Por su parte, en la práctica se observa que los contratantes, por lo general,

deslocalizado cuando éste no debe pasar por el control de los Estados". Gonzalo Quiroga, Marta, Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial, Dickinson, Madrid, 2003, p. 45.

¹⁰ Clay, Thomas, La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿Es todavía relevante? en Arbitraje Internacional, Tendencia Actuales, Legis, 2007, pp. 194 y ss.

¹¹ Vara Parra, José Joaquín, La Ley aplicable al Contrato de Reaseguro Internacional, Revista Española de Seguros, N° 149, 2009, p. 638.

¹² Redfern y Hunter, ob. cit. p. 205; a juicio de Gonzalo Quiroga, "la mera elección de la sede del arbitraje constituye un criterio bajo e impreciso en la elección o determinación del derecho aplicable a una controversia". Gonzalo Quiroga, ob. cit., p. 199.

acuerdan sujetarse a un árbitro ad hoc o a un arbitraje institucional que contempla un reglamento arbitral específico, con el fin de resolver cualquier controversia. Pacta sunt servanda.

¿Qué ocurre a falta de pacto? Se aplicará la ley que determine el tribunal siguiendo, a nuestro parecer, la *lex mercatoria* internacional y los principios que han sido consensuados y aceptados en el contexto internacional. Nos parece, en este sentido, que la facultad otorgada a un tribunal arbitral para resolver la controversia, no impone a este la obligatoriedad de seguir normas procedimentales del país sede. Ello obedece a la deslocalización del tribunal arbitral como ya hemos señalado.

Hemos observado que la mayoría de los países de Iberoamérica contienen en sus ordenamientos jurídicos normas que hacen primar el principio de la autonomía de la voluntad en materia de determinación de la ley formal y material que regirá el arbitraje. Ello queda claro en aquellos ordenamientos que contemplan una ley especial de arbitraje comercial internacional, como ocurre en los casos de Bolivia, Brasil¹³, Colombia, Chile, Ecuador, España¹⁴, Perú¹⁵, Paraguay, Portugal, entre otros, ya sean sistemas monistas o dualistas. En aquellos países que no contemplan una ley especial sobre arbitraje comercial internacional, como Argentina y México, se aplican normas internas que dan primacía a la voluntad de los contratantes. En el caso particular de Argentina, por ejemplo, la norma que contempla la facultad de las partes para fijar las reglas del procedimiento arbitral, se desprende, a juicio de Macchia, del artículo 1197 del Código civil argentino¹⁶. Por su parte, en el caso de México, se repite la regla enunciada en los artículos 1434 y 1435 del Código de comercio mexicano¹⁷.

2. La determinación de la ley material aplicable al arbitraje comercial en el caso del

¹³ La Ley de Arbitraje de Brasil (en adelante LAB) en su artículo 2, § 1º, señala que “*poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*”.

¹⁴ En el caso de la Ley 60/2003 de arbitraje española (modificada por Ley 11/2011), se sigue el criterio dominante que hemos enunciado al dar primacía al atributo volitivo de los contratantes en la determinación del derecho adjetivo aplicable a la controversia. Como sostiene Hinojosa, “el protagonismo de la autonomía de la voluntad en el diseño del procedimiento es absoluto”. Hinojosa, Rafael, Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencial, en Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, La ley, 2012, p. 434. Esta libertad en la determinación de la *lex arbitri* se extiende, a juicio de Mantilla-Serrano, a las instituciones arbitrales en la confección de sus reglamentos, a falta de pacto el árbitro podrá actuar con libertad, salvo las limitaciones que hemos referido como principio de trato igualitario de las partes y contradictoriedad. Mantilla-Serrano, Fernando: Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional, Iustel, Madrid, 2005, p. 154.

¹⁵ La nueva Ley peruana de arbitraje (en adelante LAP), en su artículo 23 establece que “las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

¹⁶ Macchia, Valeria, Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: Marco legal y jurisprudencial, en Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, La ley, 2012, pp. 313 y ss.

¹⁷ Ver Arbitraje Comercial Internacional en México: Marco legal y jurisprudencial, en Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, La ley, 2012, pp. 521 y ss.

reaseguro (La *lex contractus* o *lex causae*)

Las tendencias doctrinarias en el contexto de la determinación del derecho de fondo que resuelve una controversia en la contratación mercantil internacional, se observan en dos dimensiones: aquellos que buscan resolver la cuestión sobre la ley de fondo aplicable en el contexto de los usos mercantiles y, los autores que buscan una solución en el contexto del derecho internacional privado (en adelante DIPr).

La doctrina comercialista internacional sostiene que en este ámbito las normas del DIPr han sido desplazadas por la *lex mercatoria* internacional y que los tratados o convenios internacionales no establecen normas claras que resuelvan la determinación del derecho aplicable, según los casos. En consecuencia, queda al criterio del tribunal determinar qué derecho de fondo será considerado para resolver el conflicto¹⁸. Por su parte, a juicio de Gonzalo Quiroga, se observa que tanto la doctrina como la jurisprudencia arbitral internacional, tienden a dejar de lado los métodos propios del DIPr para la determinación del derecho de fondo aplicable, y han optado por criterios de mayor libertad¹⁹.

En la doctrina *ius privatista* internacional, Vara Parra se inclina por aplicar el denominado principio general de los vínculos más estrechos del apartado 3° del artículo 4° del Reglamento de Roma I. Ello implica, a su juicio, que la resolución de la controversia que pueda surgir de un contrato de reaseguro, se resuelva por el derecho del país correspondiente al mercado de reaseguro aglutinador de la transacción²⁰. El criterio que nos muestra Vara Parra, se aparta, a nuestro juicio, de la LAE. En este sentido, es opinión de Mantilla-Serrano, que frente a un conflicto que surja de la ejecución de un contrato comercial internacional, a falta de pacto de las partes, el árbitro puede aplicar las normas jurídicas que estime apropiadas²¹.

Ribeiro en la doctrina portuguesa sostiene, que sobre la ley aplicable al contrato de reaseguro rige el Convenio de Roma I, en concreto su reglamento N° 539/2008²².

En la doctrina argentina, Vilá y López, señalan, que "si las partes, en el respectivo contrato de reaseguro, no hubieran convenido cuál es la ley aplicable al mismo, ella será la que corresponda al domicilio del asegurador-reasegurado, pues es allí, en donde se debe cumplir la obligación más característica, siguiendo con ello los criterios del DIPr²³.

En el sistema jurídico brasileiro, las partes tienen plena libertad para pactar las normas que resolverán la controversia, con la limitación del orden público. En este sentido, el artículo 2 § 2° de la LAB, señala que "poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas

¹⁸ En este sentido vid por todos Redfern y Hunter, ob. cit. p. 204 y ss.

¹⁹ Gonzalo Quiroga, ob. cit., pp. 182 y ss.

²⁰ Vara Parra, José Joaquín, ob. cit., p. 647, 2009.

²¹ Mantilla-Serrano, ob. cit., p. 192, 2005.

²² Ribeiro, Eduarda: Lei do Contrato de Seguro, Almedina, 2011, pp. 319-320.

²³ Vilá, Nancy y López, Domingo: Ley Aplicable al Contrato de Reaseguro, Publicación de la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros y Fianza, IX Congreso CILA, 2005, p. 20.

regras internacionais de comercio”²⁴.

En el Derecho peruano, en cuanto a la ley de fondo aplicable a la resolución de la controversia, el artículo 57 de la LAP, confiere plena libertad a los contratantes, y a falta de pacto establece que el tribunal “decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello”. En caso contrario, el tribunal arbitral “decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables”.

En el sistema del Common law, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (The London Court of International Arbitration- LCIA) recomienda el uso en los contratos de reaseguro de la London Following Clause, que sujeta la resolución de la controversia al derecho del reasegurador líder²⁵.

Como hemos observado, la tendencia de los distintos ordenamientos jurídicos, es dar primacía a las voluntades de los contratantes en la determinación de la ley de fondo que resolverá una posible controversia entre partes de un contrato comercial internacional. A falta de pacto, los sistemas jurídicos han optado por reglas de mayor flexibilidad y confieren al tribunal arbitral cierta libertad en la determinación de la *lex causae*, con la limitación que impone el OPI.

3. LA CLAUSULA DE JURISDICCIÓN Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO CHILENO

3.1. Preliminar

En materia de arbitraje comercial internacional, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la ley 19.971 vigente desde el año 2004 (en adelante LCHACI). Es esta la norma que se debe observar en el caso de un conflicto de reaseguro²⁶.

²⁴ Ver Mello, ob. cit., pp. 31-83 y ss. Nos advierten Bueno y De Almeida, que el legislador brasileiro, no adoptó de modo íntegro la normativa de la LMU, no obstante se observa su influencia. Bueno y De Almeida, ob. cit. p. 302 y ss.

²⁵ Véanse Malcolm a. Clarke: *The Law of Insurance Contract*, Lloyd's of London Press, 1989, pp. 20 y ss.; Vara Parra, ob. cit., 2009, p. 637.

²⁶ Es insoslayable referirnos al principio de intervención mínima que rige nuestro ordenamiento en materia de arbitraje comercial internacional. Sobre el principio de intervención mínima en el arbitraje comercial internacional ver por todos Fernández Rozas, ob. cit., 2008, p. 672 y ss. Nuestro sistema jurídico consagra este principio de modo claro en el artículo 5° de la LCHACI, al disponer, que “en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”. Se trata de un principio que ha sido recogido por nuestra jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Santiago señala, que “mediante la acción de nulidad se busca dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, reduciendo el control del arbitraje por parte de la judicatura ordinaria fundamentalmente a la regularidad procesal del arbitraje” Corte de Apelaciones de Santiago, *Ann Arbor Foods S.A. con Dominos Pizza Internacional Inc.*, 09/10/2012, Rol 1420-2010, cita online: CL/JUR/2254/2012; 62905. En www.legalpublishing.cl. Sobre la autonomía del Poder Judicial chileno en materia de arbitraje comercial internacional ver por todos Vásquez Palma, María Fernanda: *Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N° 2, 2011, pp. 349-370).

Nuestro legislador en su afán de convertir a nuestro país en una sede atractiva en materia de arbitraje comercial internacional, matizó el principio de territorialidad del artículo 14 del Código civil al introducir cambios radicales mediante la LCHACI vigente desde el año 2004. Esta norma permite a los contratantes sustraer del conocimiento de los tribunales estatales materias sobre contratación internacional. Este es el sentido del artículo 7° de la LCHACI, que señala: “El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

Con todo, y para el caso específico del reaseguro, el criterio que introduce la LCHACI es reforzado en las modificaciones introducidas por la Ley 20.667, que en su artículo 4° transitorio, señala: “Artículo 4°. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, del Ministerio de Hacienda: b) Agrégase en su artículo 29, el siguiente inciso segundo: No obstante, producida una controversia sobre reaseguros, las partes podrán acordar que ella se resuelva conforme a las normas sobre arbitraje mercantil internacional previstas en la ley chilena”.

3.2. Determinación de la ley formal y material aplicable a la controversia de reaseguro

En cuanto a la determinación de la ley formal aplicable al arbitraje comercial internacional, la LCHACI recoge los criterios contenidos en LMU. La ley chilena en su artículo 19 señala: “Determinación del procedimiento. 1) con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

Podemos observar, sin lugar a dudas, que en la determinación de las reglas del procedimiento prima el principio de la autonomía de la voluntad²⁷.

Por su parte, nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en un reciente fallo refrendan el contenido de la norma legal citada al señalar, que “en el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, aparece de manifiesto el principio de autonomía de la voluntad. De ello resulta que las partes son libres de crear las reglas del procedimiento al que ajustarán su actuación, con las limitaciones que al efecto

²⁷ Véanse Romero Seguel, Alejandro y Díaz Villalobos, José Ignacio, *El Arbitraje interno y comercial internacional*, Lexis Nexis, Santiago-Chile, 2007, p. 107 y ss.; Picand Albónico, ob. cit., Tomo II, p. 12; Figueroa Valdés, Juan Eduardo, *Tópicos de la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Estudios de Arbitraje, Libro en homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 392; Vásquez Palma, ob. cit., 2012, p. 41.

la misma normativa consagra²⁸.

En cuanto a la problemática sobre la determinación de la ley material aplicable en el caso de una disputa originada en el iter contractual de un reaseguro, la LCHACI incorpora, a nuestro parecer, un método objetivo que permite determinar la ley de fondo que resolverá la controversia. En este sentido el tribunal debe ajustarse al contenido del contrato y los usos mercantiles. Nuestra formulación, queda reforzada si revisamos la exposición de motivos de la norma legal citada, que señala que “las partes deben elegir, según el artículo 28, las normas de derecho que debe aplicar el tribunal arbitral en la controversia. En todo caso, el tribunal debe decidir el litigio según las cláusulas contractuales y deberá tener en cuenta los usos mercantiles. El tribunal sólo actuará como amigable componedor ex aequo et bono, si las partes lo autorizan para ello²⁹”.

Lo que hemos apuntado se ajusta, a nuestro juicio, al contenido del artículo 584 que introduce la Ley 20.667 en nuestro Código de comercio, que señala lo siguiente: “En estos contratos, servirán para interpretar la voluntad de las partes los usos y costumbres internacionales sobre reaseguros”.

IV. CONCLUSIONES

1. La cláusula de jurisdicción en el contexto de la contratación comercial internacional – incluimos en consecuencia el reaseguro – no resuelve per se la problemática de la ley formal y material aplicable a una controversia que pueda surgir durante el iter contractual.

2. La fijación de la sede arbitral en el contexto de la contratación mercantil internacional, busca resolver la controversia entre las partes en un contexto de confianza que confiere el árbitro internacional. Qué duda cabe, se trata de una entidad autónoma que nace al alero de una convención, y su sede está apartada de los territorios nacionales de los contratantes, por lo general. No obstante, ello no conlleva la aplicación del derecho nacional del tribunal elegido por las partes.

3. En la determinación de la ley formal y material, prima la autonomía de la voluntad de los contratantes, con la limitación que impone el OPI. Consecuencia de ello, si las partes pactaron el derecho que resolverá una eventual disputa, la problemática que hemos analizado queda aniquilada, se desvanece.

4. Si las partes no pactaron normas procesales y de fondo aplicables a un eventual litigio, debemos distinguir. Por un lado, tratándose de normas de procedimiento, el tribunal debería ajustarse al reglamento que lo rige si pertenece a un determinado centro de

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Ann Arbor Foods S.A. con Dominos Pizza Internacional Inc., 09/10/2012, Rol 1420-2010, cita online: CL/JUR/2254/2012; 62905. En www.legalpublishing.cl.

²⁹ Véanse Vásquez Palma, ob. cit., p. 42, 2012; Picand Albónico, ob. cit., Tomo II, p. 154.

arbitraje internacional (arbitraje institucional), o en su defecto aplicar la *lex mercatoria* internacional que estime más conveniente para resolver el litigio, además de los principios procesales consensuados en el contexto internacional. A nuestro parecer, el tribunal debería observar ciertos convenios internacionales como UNCITRAL. A ello, qué duda cabe, debemos considerar la Convención de Nueva York de 1958.

5. Por otro lado, y tratándose de la ley de fondo, la falta de pacto de los contratantes, enfrenta al tribunal arbitral a diversos criterios o mecanismos que provienen tanto del DIPr, como de los usos o costumbres mercantiles internacionales. En este contexto, a nuestro parecer, no hay uniformidad dogmática, por lo que, el derecho de fondo aplicable se deberá determinar caso a caso, considerando el contenido de las estipulaciones del reaseguro y las limitaciones impuestas por el OPI.

6. En el concreto caso del Ordenamiento jurídico chileno, es nuestro parecer, que la LCHACI recoge de modo acertado los criterios y principios contenidos en la LMU. Con todo, en cuanto a la problemática sobre la determinación de la ley formal y material aplicable a una controversia entre partes de un contrato de reaseguro, en el Derecho chileno, el inciso segundo que introdujo la Ley 20.667 al artículo 29 del DFL 251, refuerza nuestra postura de quedar sujeta este tipo de disputas a la LCHACI.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS EN EL MERCADO ASEGURADOR CHILENO.

SOME CONSIDERATIONS ON CORPORATE GOVERNANCE IN THE CHILEAN INSURANCE MARKET

Guillermo Castillo Inostroza*¹

RESUMEN

El presente artículo analiza el contenido de la normativa en relación a los gobiernos corporativos, en relación a las funciones que deben emplear los directores de compañías de seguros a la luz de la NCG N° 309 y proyecto de ley sobre Supervisión Basado en Riesgos. Para ello, el trabajo realiza una amplia revisión de diversos sistemas organizacionales al interior de las compañías, los cuales sirven de base para determinar los principios y limitaciones de las mismas, entregando una mirada global acerca del funcionamiento real de los principios de gobierno corporativo propuestos por el regulador en la materia. Finalmente el artículo identifica algunas dificultades que se pueden apreciar, no sólo en la aplicación de los mismos, sino en el propio diseño de las propuestas realizadas, situación que podría en definitiva, dificultar el logro de los fines para los cuales fueron trazados. Palabras clave: Teoría Organizacional – Gobierno Corporativo – Compañías de Seguros – Teoría de la Agencia - Teoría de la Firma – Teoría Institucional

ABSTRACT

This article analyzes the content of the regulations relating to corporate governance in relation to the functions to be used by insurance companies directors in light of NCG No. 309 and the Risk-Based Supervision bill. This paper makes a comprehensive review of various organizational systems within companies, which are the basis for determining their principles and limitations, giving an overall view of the actual functioning of corporate governance principles proposed by the regulator in the field. Finally, the paper identifies some problems that can be seen not only in the application of these principals, but in the very design of the proposals, a situation that could ultimately hinder the achievement of the purposes for which they were drawn. Keywords: Organizational Theory – Corporate Governance – Insurance Company - Agency Theory - Theory of the Firm - Institutional Theory

¹Abogado de la Universidad de Concepción, miembro de Latin American Corporate Counsel Association (LACCA)

INTRODUCCIÓN

El mercado asegurador chileno en general, se representa a si mismo por una creciente competitividad que demanda a las diversas compañías, un mayor grado de agresividad en sus políticas de gestión; situación que trae aparejado un mayor riesgo empresarial y financiero, por cierto.

Frente a esta señal, los directores deben aumentar cualitativa y cuantitativamente su participación en la maximización del valor sostenible de la empresa en el largo plazo, resultando fundamental cumplir con una condición básica; preguntar y estar al tanto de lo que sucede al interior de la compañía.

Esta labor, que en el papel resulta algo elemental, muchas veces contrasta con ciertos vicisitudes regulatorias, financieras o sociales que implican estar permanentemente involucrados en el conocimiento, que se gesta al interior de las compañías para la toma de decisiones. En este punto la estructuración y organización al interior de la empresa resultan fundamentales para medir y evaluar, los riesgos y oportunidades que se presentan diariamente, evitando sustentar la toma de decisiones solo en las características profesionales o técnicas que puede detentar un directorio en general.

Por tal motivo, en Chile en el último tiempo se ha erguido un intenso debate acerca de los principios y diseños que deben implementarse en la integración y funcionamiento de los órganos societarios al interior de las empresa, esto con el fin de generar un sistema de gobernabilidad, que permita a los diversos actores proteger sus intereses y por sobre todo, dotar de herramientas necesarias a las compañías para generar estabilidad y prosperidad en la maximización de sus utilidades. Esta verdadera ingeniería societaria en la cual confluyen elementos económicos y jurídicos es conocida mundialmente como “*corporate governance*” o en su traducción al español, gobiernos corporativos.

Procuraré en los siguientes pasajes exponer de forma sucinta los aspectos más relevantes que asisten a este concepto, haciendo especial énfasis en el análisis económico del derecho, para luego dar paso a un análisis específico de la Norma de Carácter General N° 309², regulación -que según su propio texto- viene a establecer y fortalecer los principios y buenas prácticas de uso general para un adecuado gobierno corporativo, sistemas de gestión de riesgos y control interno en las compañías de seguros en Chile.

LA TEORÍA ECONOMICA ORGANIZACIONAL AL INTERIOR DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS

Los órganos societarios al interior de toda compañía de seguros -como de toda sociedad anónima en general-, deben propender al desarrollo armónico y democrático de los diversos intereses que confluyen al interior de toda empresa, todo esto con el fin de

² Norma publicada por la Superintendencia de Valores y Seguros el 20 de junio del 2011.

lograr la maximización de las utilidades y obtener al mismo tiempo la sustentabilidad de la compañía.

Sin embargo, muchas veces el desequilibrio entre las atribuciones que existe entre alguno de estos órganos (Directorio como órgano de gestión; Junta de Accionistas como órgano deliberante; Auditores Externos como órgano de control³ y a los que sumamos los Altos Ejecutivos como órgano ejecutor), pueden provocar variados conflictos de intereses, que no solo pueden afectar a los propietarios y a la administración de la propia compañía, sino a una serie de otros interesados como pueden ser los acreedores sociales, inversores, competidores y por sobre todo hablando de compañías de seguros, sus asegurados.

Es por tanto que las relaciones de poder que se generan entre los diversos órganos (o mejor dicho la forma en cómo estos se organizan) son los que en definitiva detonarán, el buen o mal funcionamiento de la firma, debido a que cada uno de ellos representan intereses diferentes –desde el punto de vista de su función- pero al mismo tiempo comunes desde la perspectiva del interés general de la propia empresa.⁴

En tal sentido situaciones de directores de empresa con poder para tomar decisiones cuyos riesgos no soportarán o ejecutivos que adoptan medidas en desmedro del interés social, nos ratifican que el modelo organizacional clásico no resulta suficiente para la dar respuestas absolutas a la manera de cómo controlar y regular la gobernabilidad al interior de las distintas sociedades.

Por este motivo, un aspecto clave para comprender los procesos internos de las compañías de seguros, pasa por conocer y analizar su propia filosofía corporativa, buscando una solución integral para controlar el actuar de los órganos sociales, evitando por sobre todo actuaciones poco democráticas al interior de la organización, recalcando el principio que este tipo de sociedades se basa en una estructura preponderantemente corporativa y no de personas.

En este punto, la economía organizacional constituye sin duda un punto de partida para estudiar la evolución de los sistemas económicos al interior de las aseguradoras locales (sociedades en general), de sus interacciones con otras entidades y por sobre todo de su gobernabilidad, considerándolas como un todo uniforme.

De aquí que el estudio del marco conceptual de la organización, reviste un punto de partido trascendental para conocer si en definitiva el relieve de las consideraciones del buen gobierno corporativo y la concepción doctrinaria, resultan ser los más idóneos a la luz de la regulación vigente y de la realidad de la propia empresa.

a) TEORÍA CONTRACTUALISTA.

Los problemas relacionados con la separación y control de la propiedad accionaria

³ SANDOVAL, RICARDO (1994) "Derecho Comercial" Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.466

⁴ Principio general de sumisión a un resultado unitario adoptado por la mayoría.

no fueron tan relevantes o no captaron la suficientemente atención por parte de los investigadores sino hasta los años treinta, cuando un grupo de economistas -entre los que destacan los profesores Ronald Coase, Adolf Berle y Gardiner Means-, comenzaron a estudiar el fenómeno de las grandes corporaciones americanas, las cuales se caracterizaban por poseer un capital repartido entre un gran número de accionistas, los cuales poseían una fracción mínima de capital total, no permitiéndoles poseer el control sobre las decisiones que tomaba la administración de la sociedad.

Producto de lo anterior se pudo establecer los disímiles intereses que se generaban al interior de dichas organizaciones entre los directores corporativos y los propios accionistas, estableciendo a través de esta teoría un modelo doctrinario que permitía entender las relaciones y demás elementos que caracterizan esta relación de poder y control existente entre la dirección y la propiedad accionaria.

En el desarrollo de esta premisa doctrinaria, Michael Jensen y William Meckling⁵ instauraron la idea que los elementos relevantes en toda organización deben radicar en las **relaciones contractuales** que se generan entre los dueños de la empresa y los demás participantes del proceso productivo. La razón para explicar esta situación reside precisamente en la asimetría de información que maneja el agente y el principal, debiendo las partes definir el contrato más eficiente posible entre dos partes, de manera de poder dirigir adecuadamente esta relación, tomando como punto de partida las características de los entes implicados y el hecho de que los entornos altamente dinámicos e inciertos, impiden monitorear constantemente la labor del agente.

Bajo este modelo el profesor Matias Zegers sostiene que "(...) el directorio en general y los directores en particular, así como cualquier órgano de administración, son vistos como agentes de los dueños cuya función es cumplir con los intereses económicos de los mismos (...)"agregando que "(...) los directores son elegidos por los accionistas y están obligados a actuar en representación de estos últimos, por los que los derechos de los acreedores, de los trabajadores y de terceros, están subordinados a los intereses de los accionistas y estrictamente limitados a aquellos derivados de los contratos de los cuales la sociedad sea parte y a lo señalado en los estatutos sociales (...)".⁶

Precisamente a través de esta concepción la empresa cumple un rol netamente aparente o ficticio y que solo sirve de base para formular estos nexos o contratos⁷.

Por tanto, nos encontraremos frente a un problema de agencia cuando una

⁵ JENSEN, MICHAEL AND MECKLING, WILLIAM, (1976) "Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, Journal of Financial Economics" Vol. 3, p. 305-360.

⁶ ZEGERS, MATIAS Y ARTEAGA, IGNACIO (2004), "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: Un análisis comparado con la regulación de los Estados Unidos de Norteamérica, en Revista Chilena de Derecho" Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N°2, 2004 p. 243

⁷ EISENBERG, MELVIN (1998) "The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm", Berkeley Law Scholarship Repository, disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/547>>, [fecha de consulta: 01 de Abril de 2013]. Según este autor la expresión "contracting nexus" es atribuida a Michael Jensen.

persona -*Propietario*- entrega a otra -*Agente*- la gestión de una actividad económica, otorgándole determinada autonomía -explícita o implícita- en la toma de decisiones, aceptando el agente actuar conforme a los intereses del principal.

Conforme a lo anterior, la premisa básica es que la regulación comienza al interior de la empresa, dejando este rol exclusivamente facilitador a la voluntad de las partes, no permitiendo bajo ningún supuesto que se dicten normas de carácter imperativo tendientes a moderar los conflictos de intereses entre los accionistas (principal) y los ejecutivos (administradores o agentes).

Como resultado de este pensamiento, el análisis de una buena gobernabilidad se verá reflejado en el precio bursátil que alcance la compañía dentro de un determinado periodo de tiempo.

De aquí que los contractualistas, defienden la idea de la conformación de códigos de buenas conductas, los cuales amparan una serie de recomendaciones sobre la forma de gobernar, el cual sin lugar a dudas debe desarrollarse al interior de las compañías y no ser impuesto por terceras personas (llámese en este caso Superintendencia o Poder Legislativo).

Los mencionados códigos gozan de la flexibilidad y relatividad necesarias para adaptar las políticas de la compañía a las necesidades particulares que enfrenta diariamente, no gozando en ningún aspecto de las características de imperatividad o coercibilidad propias de las normas jurídicas.

Para el profesor Andrés Recalde Castells "(...) este modelo busca que las mismas sociedades anónimas voluntariamente acepten las recomendaciones que se dirigen con el objetivo de mejorar la gestión y control, de manera que luego el mercado discrimine entre las empresas más transparentes y correctamente administradas, penalizando a aquellas que no incorporen aquel tipo de "*best practices*". Se considera, en principio, que el Derecho debe tener un lugar secundario en la regulación de la materia (...) "⁸.

Sin embargo, llevar esta teoría al extremo implicaría olvidarnos que toda relación de delegación implica necesariamente un mínimo de transparencia en las gestiones que debiese llevar a cabo el gestor. En efecto, en muchos países en donde las prácticas de gobernabilidad corporativa se aferran a esta teoría, se entrega al legislador el poder de establecer normas que obliguen a aquellas sociedades que cotizan en la bolsa, a transparentar las reglas de gobernabilidad que se han adoptado en su seno, y en el evento de no adoptarlas, explicar el porqué de tal situación⁹.

⁸ RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, (2003) "Los administradores de la sociedad anónima en un entorno de buen gobierno", en Revista Valenciana de Economía y Hacienda, N° 7, p. 62. Disponible en <www.gva.es/economia/web/rveh> [fecha de consulta: 1 de febrero de 2013]

⁹ Bajo el principio "Comply or Explain" todas las compañías inglesas que cotizan en la Bolsa de Londres están obligadas a reportar sobre cómo ellas aplican un determinado código de buenas prácticas (Combined Code), mediante su reporte anual de contabilidad. Para mayor información revisar el libro de Iain MacNeil (2006): "Comply or Explain": Market Discipline and Non-Compliance with the Combined Code" 14 (5) Corporate Governance: An

La sanción a su incumplimiento, como ya lo hemos señalado, atiende a un carácter netamente financiero, donde una deficiente cotización bursátil castigaría una administración deficiente. La clave del “éxito” de este modelo se basa en el diseño de un modelo abiertamente transparente¹⁰.

El caso más notable sobre esta materia fue la experiencia inglesa a través del informe Cadbury¹¹, en el cual se recogieron –por medio de un código voluntario- las recomendaciones más importantes que podían afectar a las sociedades que cotizaban en la bolsa de Londres. La notoriedad de este código, resultó básicamente por no imponerlo a las compañías, sino que bastó en su oportunidad con indicar si se estaba o no en cumplimiento de lo propuesto, debiendo solamente la junta de accionista comentar –en caso de incumplimiento- los motivos de aquello.¹²

Por consiguiente, la ventaja comparativa de esta posición implica que no existe un modelo único de conducta, pudiendo adoptar la empresa el modelo que mejor se acomode con la realidad de la misma, entregando un valor agregado en el desarrollo y practica de cánones éticos que pudiesen desarrollar las compañías, con ocasión de desarrollo de sus gobiernos corporativos.

b) TEORÍA DEL SISTEMA INSTITUCIONAL

Para muchos, las propuestas de la teoría neoclásica –descrita anteriormente-, resultan demasiado estáticas y orientadas hacia el equilibrio de los poderes entre los propietarios de la empresa y el agente administrador, dejando la regulación de esta relación solo al buen arbitrio de los directamente interesados.

En tal sentido, los detractores del sistema contractualista plantean la importancia de las instituciones como determinantes en la actividad económica, utilizando el vocablo instituciones en un sentido genérico, en el cual se incluyen el conjunto de reglas y normas que rigen a la sociedad, determinando y dirigiendo, el marco de relaciones que se producen diariamente en ella¹³.

Sin ir más lejos, en Chile el propio mensaje presidencial N°153-339 del proyecto de ley que regula las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones indicó que “esta solución (teoría contractualista) no elimina totalmente el problema (de agencia), ya que los contratos “completos” son imposibles de llevar a cabo, debido a (que existen) limitaciones

International Review 486-496.

¹⁰ Como ha sucedido en Inglaterra y EE.UU, los referidos códigos de buenas prácticas o conductas, no comparten los caracteres esenciales de las normas jurídicas, por resultar meramente orientadores y no gozar de la coercibilidad necesaria para exigir su cumplimiento.

¹¹ “The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance” (1992). Disponible en < <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf> > [fecha de consulta: 14 de marzo de 2013]

¹² Con ocasión de este código –que luego le siguió el Greenbury y Hampell-, se suman el informe Cardón en Bélgica, Vienot I en Francia, Drittes Finanzmarktförderungsgesetz en Alemania, entre otros.

¹³ NORTH, DOUGLAS (1990), “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, Cambridge University Press, p. 39.

(por ejemplo tecnológicas) que no permiten considerar las innumerables situaciones que pueden ocurrir”.

Para esta corriente doctrinaria y en especial para su precursor -el profesor Douglas North-, “*las instituciones*” afectan al desempeño económico de las empresas, ya que el marco institucional existente, condiciona mediante la estructura de incentivos y oportunidades, el actuar de los diversos agentes que intervienen en la compañía¹⁴. Por tanto, los agentes económicos (administración en general), verán limitadas sus acciones por esta estructura institucional y no por su propia autorregulación.

El citado autor, basa su teoría en que las instituciones son las que forman la estructura de incentivos de una sociedad, y por tanto, son estas las que determinan el desempeño económico a largo plazo¹⁵. Lo medular de esta teoría se basa en el hecho que los individuos actúan con una racionalidad limitada, pues la información a la que tienen acceso es imperfecta e insuficiente (por ejemplo las preferencias de los consumidores), por tanto no siempre se encuentra en condiciones de tomar la mejor decisión, debiendo las “instituciones” interactuar como “reglas abstractas e independientes de los individuos que ayudan al logro de los objetivos, guiando al mercado al mismo tiempo”¹⁶.

Sin duda la crítica que se hace al modelo contractual se basa precisamente en el hecho que la autorregulación es insuficiente, debido a que los “hombres contractuales” negociarán siempre sobre la base del oportunismo y su beneficio personal.

c) TEORÍA DEL NUEVO INSTITUCIONALISMO ECONOMICO.

No cabe duda que el papel que han jugado las instituciones en el plano económico en el último tiempo, han sido gravitantes en el estudio del modelo organizacional, influenciados principalmente por las crisis económicas y los debates suscitados frente a la responsabilidad corporativa, las remuneraciones de los altos ejecutivos y la eficiencia de las propias compañías en la obtención de sus metas.

Bajo esta nueva premisa, en la última década han surgido fuertes críticas a la corriente institucional debido a la falta de desarrollo sobre dichos aspectos, en especial lo que dice relación con la repercusión que tiene las decisiones tomadas por los agentes administradores al interior de las empresas sobre el crecimiento y desarrollo de la sociedad.

Fue en este contexto que el Nobel de Economía Oliver Williamson¹⁷ tomando como base la racionalidad limitada que poseen los agentes económicos al momento de tomar sus decisiones (baja capacidad de predicción, conocimiento y tiempo) y una

¹⁴ NORTH (1990), ob. Cit., p.4

¹⁵ NORTH (1990), ob. Cit.,

¹⁶ REIS MOURAO, PABLO (2007). El institucionalismo norteamericano: orígenes y presente. Revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Economía, Volumen 9, Edición N° 16, p. 315-325

¹⁷ WILLIAMSON, OLIVER (1975) “Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization”, Edition New York Free Press, p. 20 y siguientes.

tendencia al oportunismo (en beneficio propio), señaló que la teoría institucional no se basta a sí misma para explicar tal fenómeno de gobernabilidad al interior de las empresas. Como resultado de lo anterior, esta corriente funde conceptos históricos y teóricos de la economía (estudiándolos a fondo), para desarrollar y determinar el papel que deben cumplir las instituciones en el desarrollo económico de una sociedad.

En efecto, establecer los objetivos del desarrollo de una compañía pasa por alinear los intereses tanto de los propietarios como de los consumidores, a fin de establecer un equilibrio entre los intereses de ambos. Lo anterior reviste una premisa de suma relevancia para esta corriente, toda vez que la adaptación, flexibilidad y respuestas a los diversos cambios que se presenten en la sociedad, no deben sujetarse netamente a un conjunto de prácticas contractuales ni mucho menos descansar en prácticas totalmente institucionales, sino por el contrario, se debe concebir la empresa como un instrumento de colaboración, que permita a través de su organización controlar y coordinar las actividades de los individuos.

En Chile casos como el de Cenconsud¹⁸ y el Banco Estado¹⁹ nos demuestran la importancia que reviste el gobierno corporativo a la hora de tomar decisiones y como un énfasis desmedido en el rendimiento y mejoras en los resultados, pueden llevar a tomar decisiones –que si bien se pueden encontrar amparadas por el mercado–, finalmente tienen un resultado altamente negativo en toda la sociedad por haberse omitido en su aplicación un examen más acabado sobre las consecuencias éticas/económicas que tal decisión corporativa habría causado en toda la sociedad.

Cabe hacer mención que en forma paralela a esta corriente doctrinaria se ha desarrollado la teoría de Bart Nooteboom, la cual critica ciertos aspectos de la teoría de Williamson, a través de la “Teoría Cognitiva de la Empresa”²⁰, pero en atención a que esta doctrina incorpora elementos de las dimensiones cognitiva, la cultural y elementos propios del fenómeno institucional relacionándonos con elementos de la economía, como las organizaciones, la sociología, la psicología social y la ciencia cognitiva, solo haremos mención a la misma –y no ahondaremos más en ella– pues una pequeña referencia, involucraría una serie de consideraciones que en atención al espacio resultaría imposible

¹⁸ Proceso judicial sustanciado ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, Caratulado “Sernac con Cencosud”, Rol: C-21910-2006, el cual condenó a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., debido a que la aludida empresa “impuso en forma unilateral y a su solo arbitrio una modificación en los montos de su comisión mensual por mantención, sin requerir el consentimiento de los consumidores en la forma que exige la disposición legal, perjudicando patrimonialmente a los consumidores”.

¹⁹ Proceso Judicial sustanciado ante el 14° Juzgado Civil de Santiago, Caratulado “Conadecus contra Banco Estado, Rol: C-11679-2004, en la cual la Excelentísima Corte Suprema citó a las partes a una audiencia de conciliación la cual se acordó que el Banco debía realizar la devolución de la totalidad de los montos correspondientes a 425.863 cuentas de Ahorro Vista por un total de \$5.675.354.253 de pesos (11,002,582.77 USD)

²⁰ Este autor ha publicado una gran cantidad de artículos especializados, entre los cuales sus ideas principales y líneas de investigación las encontramos en: “Inter-firm Alliances: Analysis and Design” (1999); “Learning and Innovation in Organizations and Economies” (2000); “Trust: Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures” (2002); “Inter-organizational Collaboration Learning and Networks: An Integrated Approach” (2004) y, “A Cognitive Theory of The Firm. Learning, Governance and Dynamic Capabilities” (2009).

de desarrollar adecuadamente.

LA TEORIA DE LA AGENCIA Y EL CONTROL DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA.

Como se ha expresado, el gobierno de las empresas es un tema que ha preocupado a los diversos autores del ámbito económico los que han tratado de buscar a través de la vía dogmática, las explicaciones y soluciones a los problemas que se generan a partir de la relación de poder y control existente entre los dueños y los administradores de la empresa.

En este sentido, el enfoque contractual o de agencia se constituye como una de las bases teóricas más sólidas para analizar desde un prisma estructural y económico las organizaciones empresariales, y por sobre todo, el análisis de la gestión de la administración de la empresa frente a los propietarios del capital. Bajo este análisis económico de la organización, la teoría de la agencia busca minimizar los costos provocados para los propietarios de la empresa toda forma de cooperación con terceras partes, alineando de la mejor forma los intereses de los accionistas (propietarios) de dicha empresa y las de sus gerentes y/o directores (agente) en su rol de administradores de la misma.

Conforme a lo anterior el problema principal de agencia se proyecta sobre la base de las dificultades que experimentarán los dueños de la empresa, al momento de confiar la gestión y dirección de la empresa en terceras personas (*mandante, gerente, ejecutivo, director, etc.*), debido principalmente a las claras asimetrías de información y las reducidas instancias de control y supervigilancia de estos últimos²¹.

De ahí la importancia de desarrollar las relaciones entre los diferentes participantes en la empresa con el fin de garantizar que cada uno reciba lo que es justo, y en especial la necesidad de proveer los incentivos adecuados para que se realicen las inversiones necesarias para el desarrollo de la compañía.

Sin embargo, los aspectos que intervienen en el desarrollo en la gobernabilidad corporativa son muchos, y de alguna una u otra forma pueden llegar a condicionar el

²¹ Otro punto importante a destacar es ¿Qué riesgos corre el o los propietarios de la empresa, al momento de designar al agente o durante la administración de este último? Sobre este punto, los autores hablan de dos tipos de riesgos. El primero el denominado "riesgo moral", el cual se ha caracterizado por un comportamiento hostil por parte del agente en relación a lo esperado por el propietario, situación en la cual el gestor opta por privilegiar sus propios intereses. Este riesgo es propiciado principalmente -de acuerdo a doctrina- por existir divergencias claras entre el propietario y el agente, debido a la falta de intereses comunes, favoreciendo esta divergencia, la falta de controles que permitan verificar si los acuerdos al interior de la empresa han sido respetados. El segundo riesgo asociado, es la designación de un agente incompetente en relación a la responsabilidad encomendada. Este hecho es conocido como "selección adversa". La tendencia a este riesgo, se agrava debido a la falta información que las partes debiesen manejar tanto del propietario de la empresa como de las aptitudes e intereses del agente. - Lectura sugerida: Holmstrom, Bengt. (1979) "Moral Hazard and Observability", The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, p. 74-91 - Milgrom, Paul y Roberts, John. (1992) "The Economics, Organization and Management", Edición Prentice Hall, p.345-380 y Akerlof, George A. (1970) "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", The Quarterly Journal of Economics Vol. 84, No. 3, p. 488-500.

crecimiento económico de la misma, ya sea desde el punto de vista interno, a través del sistema de toma de decisiones, la estructura de capital, los mecanismos de compensación a los ejecutivos y sistemas de monitoreo, o desde el punto de vista externo a través del sistema legal y regulatorio.

Sobre este último punto, consideramos que el rol que juega el Regulador (SVS) en el desarrollo de los gobierno corporativo no es menor, pues su análisis del mercado y de lo que pretende enfatizar en el a través de su regulación, resultarán claves para el éxito de su implementación como asimismo para el desarrollo económico de la empresa.

Sobre lo dicho sin duda que una de las características más relevantes en el mercado asegurador chileno dice relación con la especial concentración del capital accionario en manos de un controlador, cuestión que muchas veces descansa en el hecho de que las aseguradoras en el mundo, poseen una estructura matricial en que existe una sociedad principal constituida en un determinado país, y filiales de dicha matriz constituida en distintos países. Esta especial situación genera que la sociedad principal ejerza un rol controlador sobre sus filiales (actuando como accionista mayoritario), interviniendo directamente en las decisiones de estas últimas²², cuestión que genera una serie de interrogantes respecto al sistema financiero que las gobierna y al crecimiento económico efectivo que se pudiese llegar a obtener a través de esta forma de interacción.

De hecho las cifras así lo demuestran y establecen que "(...) la gran mayoría de las compañías (de seguros en Chile), pertenecen a conglomerados tanto nacionales como extranjeros, lo que hacen suponer que dichas entidades presentarían un alto nivel de concentración de la propiedad (...) "²³, situación que plantea la necesidad de preguntarnos hasta que punto resulta beneficioso o no para una sociedad contar con una propiedad accionaria tan concentrada²⁴ y por otro lado conocer como la legislación abordar este tema.

En primer lugar, la alta concentración de la propiedad sumado al hecho de que el control en la mayoría de los casos es ejercido directo o indirectamente por grupos industriales o financieros, a nuestro juicio podría determinar el funcionamiento de los gobierno corporativos de las compañías de seguros en Chile.

En efecto, si bien nuestra ley de sociedades anónimas incentiva un trato justo de los accionistas mayoritarios y del directorio para los minoritarios (incluso cuando estos no desplieguen sus derechos al interior de la organización), nada obstaría a que en el desarrollo de la gobernabilidad al interior de la empresa estos último pudiesen ser relegados a ocupar un papel de meros espectadores frente al poderío del accionista controlador, cuestión que podría dar paso a ciertas actitudes de hostigamiento, bloqueo

²² A modo de ejemplo podemos citar algunos accionistas que poseen casi la totalidad de la propiedad accionaria en materia de Seguros Generales, ACE INA INTERNATIONAL HOLDING LTD., AGENCIA EN CHILE con 92,75%; FEDERAL INSURANCE COMPANY con 99,97%; INVERSIONES EJY S.A. con 100,00%, entre muchos otros.

²³ PARRAGUEZ MUÑOZ, MARCELA (2004) " Intermediación, Concentración y Eficiencia – Análisis de la Industria de Seguros de Vida Chilena, entre los años 1990 y 2003" Memoria de Pregrado, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativa, Universidad de Chile.

o entorpecimiento de la actividad societaria por parte de los minoritarios, todo esto con el único fin de poder obtener una mejor posición interna, la valorización económica de sus participaciones sociales con vistas a su negociación y, a veces, al solo efecto de perjudicar o molestar a la mayoría.

Sumado a lo anterior, otra consecuencia derivada de la alta concentración accionaria en la industria aseguradora, son los casos en los cuales "(...) las operaciones de una determinada subsidiaria pueden tener poca influencia en los planes de largo plazo trazados por su matriz, lo que podría implicar que dicha subsidiaria no tome oportunidades de negocio que podrían haber sido explotadas si hubiera sido una entidad independiente (...).²⁵ La particularidad de este tipo de organizaciones pasa por el grado de relevancia que pudiese tener las decisiones del accionista mayoritario sobre el funcionamiento de la empresa, cuestión que no solo implica buscar los mecanismos adecuados para transparentar el rol del conglomerado industrial al interior de la organización, sino también implementar las medidas necesarias para asegurar que las decisiones al interior de la organización sean tomadas en condiciones justas y equitativas.

En tal sentido el profesor Fernando Lefort²⁶ explica que "(...) por un lado, la concentración de la propiedad naturalmente afecta la composición del directorio y de la alta gerencia en la empresa (...)" y por otro, "(...) los conglomerados o grupos son controlados por los accionistas mayoritarios o dominantes a través de estructuras relativamente complejas, que incluyen "pirámides", propiedad cruzada y acciones con derechos políticos preferentes, lo que conduce a la separación entre los derechos sobre los flujos de caja generados por las empresas y los derechos políticos -emanados del propio pacto social- (...)", cuestión que a nuestro juicio la importancia de transparentar estas prácticas al interior de la organización.

De lo anterior se desprende la necesidad de verificar si los mecanismos internos, como la existencia de un directorio efectivo y presente, la realización de juntas de accionistas o la implementación de mecanismos de incentivos para los ejecutivos, resultan verdaderamente eficientes para entregar tranquilidad a los accionistas e inversionistas, o si bien resulta necesario delegar esta solución en mecanismos externos (debido principalmente a la falta de madurez de la empresa a la hora de definir sus políticas internas), dejando este rol enteramente facilitador al control de la legislación.

La problemática en este sentido pasa por discutir el significativo rol que cumple el sistema legal y regulatorio en el desarrollo de las estructuras de gobierno corporativo en la industria aseguradora, cuestión que como hemos señalado a partir de las experiencias judiciales de casos como La Polar y Banco Estado, han marcado una pauta respecto del rol que debiese cumplir la legislación respecto de la protección de los derechos de los inversionistas, accionistas y stakeholders en aquellas sociedades anónimas que transan

²⁵ ZEGERS, MATIAS ob. Cit. p. 4

²⁶ LEFORT, FERNANDO, sobre "Anillo de ciencias sociales: Centro de estudios del gobierno corporativo UC". Disponible en < http://www.ayeuc.cl/Revista65/anillo1_65.html > [fecha de consulta: 02 de junio de 2013]

en la bolsa.

Dicha situación se relaciona directamente con la premisa de que en economías con baja protección legal a los inversionistas, la mejor forma de protegerse es aumentando la concentración en la propiedad de la empresa generando algún tipo de accionista controlador, cuestión que como ya hemos mencionado forma parte de una característica generalizada del mercado asegurador chileno.

EFFECTIVIDAD DE LA CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA.

La concentración de la propiedad accionaria (como solución frente a los problemas de protección frente a los inversionistas, accionistas y demás interesados), han planteada una dificultad no menor frente a la gobernabilidad corporativa de las aseguradoras en Chile, ya que si bien un mayor porcentaje de la propiedad en manos de una administración uniforme puede mejorar el desempeño -puesto que alinea los incentivos monetarios de los ejecutivos con los propietarios-, al mismo tiempo se pueden generar ciertos riesgos de concertación entre el controlador y el directorio (incluido los altos ejecutivos) a la hora de tomar decisiones.

Por cierto, hay consenso en que las formulas asociadas a un “accionista controlador” permiten a las Compañías de Seguros sopesar el poder que detentan los altos ejecutivos de la compañía y los miembros del directorio a la hora de tomar decisiones, pues pesa sobre el controlador la obligación de monitorear el desempeño de estos últimos. Sin embargo, esta formula sin controles internos eficientes que permitan monitorear la forma en que dichas decisiones se llevan a cabo podrían generar ciertas consecuencias al compañía, las cuales podrían ser –en algunos casos- mucho mas graves que la falta de una administración mas unitaria.

Sobre la base de la falta de mecanismos de control y supervisión en las acciones que pueda realizar el controlador (grupo financiero), sumado al hecho que la supervisión basada en la separación de funciones podría ser burlada fácilmente por la concertación de dos o más agentes que se encuentran al alero del controlador, podrían generar al interior de la compañías practicas dirigidas a romper el equilibrio entre los diferentes poderes que convergen en ella, generando graves problemas al interior de la organización (afectación de la independencia del auditor interno, conflictos entre la gerencia y el directorio frente a la toma de decisiones, etc).

Frente a lo anterior, es claro que cada órgano social cumple una función específica y todos, en conjunto, funcionan –en armonía dinámica- con el objeto de garantizar la eficiencia del sistema societario, cuestión que podría verse afectado como hemos dicho por la influencia difusa que pudiese ejercer el accionista controlador (por no estar explicitada o regulada) al interior de la organización.

Las posibles soluciones en tal sentido consideramos pasarán por identificar el

las salvaguardias necesarias que impidan que tanto los administradores como el o los accionistas controladores puedan usar este control difuso para extraer valor a la organización (a expensas de otros accionistas o stakeholders), resguardando al mismo tiempo que dichas salvaguardias puedan generar limitaciones a la acción del controlador al momento de la toma de decisiones al interior de la empresa.

Otro elemento de común denominación en sociedades de capital concentrado -en general- es la tendencia que los accionistas minoritarios así como otros inversionistas y *stakeholders* se vean expuestos a ser expropiados por parte del accionista mayoritario, para los efectos de por ejemplo disminuir costos asociados a citaciones o para evitar conflictos al interior de la organización (en especial si la ley local contiene condiciones que tiendan a sobreproteger a los accionistas minoritarios).

MARCO REGULATORIO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS EN CHILE Y EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

Tal como hemos mencionado en párrafos anteriores, si bien son muchos los aspectos que conforman el gobierno corporativo y condicionan, de una u otra forma, el desempeño de la empresa, un aspecto medular es el rol que juega el regulador en la materia.

En nuestro país la institución encargada de velar porque las personas o instituciones supervisadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con los reglamentos, las leyes, los estatutos y otras disposiciones que rigen el funcionamiento de los mercados de valores y de seguros, es la Superintendencia de Valores y Seguros (indistintamente la SVS o el Regulador). Dicho organismo es una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se vincula con el Gobierno de Chile a través del Ministerio de Hacienda.

En efecto -y en lo referente a las Compañías de Seguros- para que una determinada empresa pueda funcionar como aseguradora en nuestro país deberá constituirse legalmente de conformidad a la ley de sociedades anónimas, esto es, otorgamiento de escritura pública, resolución de autorización de existencia de la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante "el Regulador" o la "SVS"), e inscripción en el Registro de Comercio, y publicación en el Diario Oficial del certificado expedido por la Superintendencia antes mencionada.

En tal sentido, la legislación nacional reserva el desarrollo de la actividad aseguradora sólo a sociedades anónimas la cuales tendrán que dedicarse a dicha actividad, en forma exclusiva.

En efecto, las compañías de seguros se encuentran agrupadas bajo el régimen de sociedades anónimas especiales, de conformidad a lo previsto en el art 126 de la ley de sociedades anónimas y art. 3 de su reglamento, quedando sujetas a la potestad de la

Superintendencia de Valores y Seguros, pudiendo este organismo requerir, en cualquier momento, informes sobre sus negocios, examinar documentación, libros, impartir normas relativas a la preparación y presentación de información financiera (balances, estados de resultados) y a la forma de llevar su contabilidad, etc.

De conformidad a lo expresado las compañías aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores y otras sociedades que la ley expresamente someta a los trámites que a continuación se indican, se forman, existen y prueban por escritura pública, obtención de una resolución de la Superintendencia que autorice su existencia e inscripción y publicación del certificado especial que otorgue dicha Superintendencia.

Esta especial condición que detentan las compañías de seguros en Chile, va de la mano de la evolución histórica que ha experimentado el Regulador Chileno (Superintendencia de Valores y Seguros), el cual a través de toda su historia ha sufrido cambios relevantes y significativos que han permitido desarrollar la actividad de aseguramiento, tal y cual la conoces en estos días.

En efecto, la evolución histórica que ha cursado el Regulador no ha sido menor, ya que hasta 1980 la estructura legal del mercado estaba basada en una supervisión integral que rigió desde 1927 hasta 1980 y consagró un sistema en que a la Superintendencia le "(...) correspondía aprobar las tarifas de primas, los modelos de pólizas, las comisiones de reaseguros, las remuneraciones de los agentes y productores de seguros, las inversiones que las empresas aseguradoras podían hacer de su capital y reservas técnicas, teniendo parte de estas inversiones el carácter de obligatorias. De igual manera, correspondía a la Superintendencia intervenir y fiscalizar con amplias atribuciones, tanto el comercio de seguros en general como toda la actividad de las empresas aseguradoras en particular (...)"²⁷.

Bajo este sistema se prohibía igualmente el establecimiento de agencias o sucursales de compañías extranjeras, sin perjuicio de permitir el funcionamiento de las que ya estaban instaladas en el año 1927. En dicho periodo además se gravó con elevados tributos la contratación de seguros en el extranjero relativos a bienes o riesgos situados en el país.

En esta etapa del mercado, una ley del año 1953, creó el Instituto de Seguros del Estado como una empresa aseguradora estatal, a la cual se le otorgó el monopolio de los seguros relativos a bienes o riesgos del Estado y de las empresas del sector público.

La legislación que reguló el comercio de seguros en esta primera etapa se estableció en la Ley N° 4228, del año 1927, cuyo texto definitivo fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 251, del año 1931²⁸.

Posteriormente, en el año 1980 se produjo un cambio fundamental que significó

²⁷ PARRAGUEZ ob. Cit. p. 11 Cfr. "Resumen de la normativa legal del mercado asegurador chileno" (2002) Superintendencia de Valores y Seguros.

²⁸ BAEZA, PINTO (2001) "El Seguro". Editorial Jurídica, Edición actualizada por Juan Achurra Larraín y Juan José Vives Rojas.

una verdadera “revolución” para el sector asegurador, lo que se tradujo en nuevas normas que hicieron aplicables al mercado de seguros los principios de libre competencia y de apertura a la inversión extranjera, que ya estaban rigiendo para el resto de las actividades de la economía chilena.

Este cambio se concentró por medio del Decreto Ley N° 3057, del año 1980, el cual introdujo varias modificaciones al citado DFL N° 251 que contiene la legislación de seguros, dando paso a toda una nueva regulación en materia de seguros orientada por las políticas de libre acceso al mercado, trato igualitario para inversionistas extranjeros, libertad en la contratación de seguros, libertad de tarificación y libertad de Reaseguro.

Los referidos cambios, mas toda la legislación dictada y contenida a la fecha en Normas de Carácter General, Oficios, Circulares y Dictámenes profundizaron los niveles de competencia en el mercado y aumentaron el grado de transparencia en aspectos tales como la valoración de inversiones, la información entregada al público y los procedimientos a seguir en la intermediación de los contratos, incluyendo restricciones de importancia en lo referido al manejo financiero de las propias Compañías de Seguros en Chile.

Sin embargo en estos días, la industria aseguradora y por sobre todo la propia SVS están sufriendo cambio importantes a propósito de la modificación del enfoque de supervisión de solvencia -el cual hasta el año 2005 estaba exclusivamente enfocados en el establecimiento de normas prudenciales, la supervisión del cumplimiento de estas normas y la revisión de los estados financieros-, cuestión que en estos días está provocando un devenir de importantes cambios respecto de las funciones y potestades que pasará a detentar el Regulador en el mercado asegurador chileno en lo venidero.

Junto a lo anterior y producto del terremoto sufrido el pasado 27 de febrero de 2010, el proyecto de reforma del código de comercio que dormía en el Congreso desde el año 1993 (sin perjuicio de haber empezado la Comisión original a trabajar en el año 1990), logró salir a la luz bajo la ley 20.667 produciéndose una renovación completa de la legislación de seguros, la más importante y profunda desde su dictación en el año 1865.

Asimismo, goza de especial relevancia el proyecto de ley²⁹ que crea la Comisión de Valores y Seguros”, el cual persigue reformar la institucionalidad de la entidad supervisora del mercado de capitales, transformando a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en una Comisión de Valores y Seguros, abandonando la mencionada superintendencia su carácter unipersonal para pasar a ser una del tipo colegiado, determinando el proyecto de ley el marco regulatorio a través del cual esta nueva agencia emitirá las normas aplicables al sector regulado, así como el proceso administrativo sancionatorio. A raíz de estos cambios, se visualizan una serie de situaciones que la industria aseguradora deberá enfrentar –en especial la relación con el Regulador-, centrando no solamente su atención en el esquema de cumplimiento actual, sino en el análisis de las nuevas potestades que detentará la SVS para evaluar el riesgo.

Bajo este nuevo modelo en el cual se propugnará el establecimiento de

²⁹ Boletín N° 9015-05 sobre el proyecto de ley que “Crea la Comisión de Valores y Seguros”. Mensaje del 011-361 enviado por el Presidente de la Republica a la Cámara de Diputados con fecha 02 de Julio de 2013.

disposiciones que refuercen los gobiernos corporativos de las aseguradoras, estableciendo mayor responsabilidad del directorio en la definición de las políticas de gestión de riesgos de la compañía y requerimientos adicionales de idoneidad para sus directores y ejecutivos, es que resulta preciso abordar la forma y fundamentos expresados por el legislador para implementar tal regulación.

HACIA UN BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.

Como se ha podido apreciar, las Compañías de Seguros constituyen sistemas sumamente complejos caracterizándose por poseer una serie de interrelaciones entre sus diversos recursos, en especial lo tocante a las personas mediante el aseguramiento de diversos riesgos.

Los evidentes y cambiantes escenarios que están afectando la forma como se deben gestionar las aseguradoras locales, influenciados igualmente por el rol que ha jugado la Superintendencia de Valores y Seguros a través de la publicación de la Norma de Carácter General N°309 (en adelante la NCG N°. 309)-, la cual ha puesto sobre la mesa la necesidad de contar con sistemas de gobierno corporativos y de dirección altamente eficaces.

En este orden de ideas ha cobrado inusitada importancia en los últimos años el tema del Gobierno Corporativo, en parte impulsada por la necesidad de compartir el conocimiento y la experiencia del mercado asegurador, sobre la base de los acontecimientos que han afectado -en el particular- a las empresas del retail chileno.

Frente a la realidad antes descrita, surge con fuerza la necesidad de dotar a las compañías de seguros de una mayor eficiencia en su gestión y en el control de la misma, con el objetivo de generar confianza no solo en sus asegurados sino en el mercado en general. Es precisamente en ese momento, cuando hablamos de gobernabilidad en el proceso de toma de decisiones al interior de la empresa y concurrimos a definir el concepto de que verdaderamente significa los "gobiernos corporativos".

Procurando arribar a un concepto más o menos completo que defina aquello que entendemos por Gobiernos Corporativos, el profesor Francisco Pfeffer, señala que el gobierno corporativo es "(...) un conjunto de mecanismos que aseguran a los proveedores de recursos financieros un justo retorno de su inversión. Lo conforman el conjunto de normas de deben guiar el comportamiento de los accionistas controladores, directores y administradores de las compañías a fin de maximizar el valor de esta, y que definen las obligaciones y responsabilidades de éstos con los inversionistas externos (accionistas no controladores y acreedores) (...)”³⁰.

³⁰ PFEFFER URQUIAGA, FRANCISCO (2007) "Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", Revista de Derecho, Vol. XX - N° 1, p. 85-106.

Desde el punto de vista histórico-legislativo, y con motivo de la tramitación del proyecto de ley que reguló las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAs)³¹, se señaló por parte del Centro de Gobierno para la Empresas (Mensaje Presidencial N°563-355, del 28 de Agosto de 2007) que el gobierno corporativo es "(...) el conjunto de instancias y practicas institucionales, en el proceso de toma de decisiones de la empresa, que contribuyen a la creación sostenible de valor en un marco de transparencia y responsabilidad empresarial, alineando incentivos y promoviendo el respeto a los derechos de los accionistas y grupos de interés que participan directa o indirectamente en la empresa". En el mismo texto se agregó que "el gobierno corporativo regula las relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su administración, sus accionistas y otras partes interesadas, asegurando un tratamiento equitativo entre los mismos y la transparencia del mercado (...)".

Con la finalidad de responder a los objetivos planteados en ambas definiciones, -y en unas cuantas otras que por razones de espacio no es posible incluir-, la SVS asumió la responsabilidad de enfrentar el desafío de lograr la estandarización de los diversos sistemas de gobiernos corporativos presentes en el mercado (estableciendo un mínimo esperable en materia de gobernabilidad), tanto para las sociedades anónimas abiertas que cotizan en la bolsa³² como para todas las compañías de seguros que integran el sector.

Sin embargo, la situación que experimenta el mercado regulador en materia de gobiernos corporativos se enmarca en un cuadro regulatorio complejo, debido a una serie de características propias esta industria, situación cuestión que analizaremos a continuación³³.

CONTEXTO HISTÓRICO Y LEGISLATIVO DE LA NCG N° 309

En el marco del desarrollo de la agenda de modernización del mercado asegurador, la SVS impulsó una serie de medidas entre las que destaca particularmente, la modificación al sistema de supervisión y regularización de la industria aseguradora nacional, patrocinando intensos cambios a los requerimientos de capital, régimen de inversiones y enfoque de supervisión, pasando desde un esquema estrictamente regulatorio (*cumplimiento de normas*), a uno basado en el análisis de los riesgos a los que se ven expuestas las Compañías de Seguros (Sistema de Supervisión Basado en Riesgos para las Compañías de Seguros, en adelante "SBR")³⁴.

³¹ La Ley N° 19.705 fue publicada en el Diario Oficial de 20 de diciembre de 2000.

³² Norma de Carácter General N° 341 de fecha de publicación 29 de Noviembre de 2012.

³³ A diferencia de lo que ocurre con las sociedad anónimas que cotizan en la bolsa, las compañías de seguros no buscan esencialmente proveer información adecuada al inversionista respecto de las políticas y prácticas de gobierno corporativo adoptadas en su seno, sino más bien —a nuestro juicio— buscan proteger a los "stakeholders" (asegurados, empleados, acreedores y supervisores) a través de la entrega de información oportuna, con el objeto de propender a la estabilidad del mercado.

³⁴ En este aspecto, el 28 de septiembre de 2011, ingresó al primer trámite legislativo a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados

Según lo señalado en el propio Mensaje del Informe Financiero N°076-359³⁵ emanado del Ministerio de Hacienda "(...) el nuevo sistema (SBR) impone a la Superintendencia de Valores y Seguros la obligación de identificar y monitorear los riesgos a los que está expuesta la aseguradora, fijar los requerimientos de solvencia basados en dicho perfil de riesgos y realizar una supervisión de alto nivel técnico, capaz de evaluar la calidad de la gestión y los sistemas de gobierno corporativo de las compañías (...)".

En efecto, este nuevo modelo de Supervisión de Seguros³⁶ se basa en dos pilares fundamentales. El primero de ellos centrado en un aspecto estrictamente *Regulatorio*, el cual desarrolla nuevos requerimientos en relación al capital y al establecimiento de un nuevo régimen de inversiones y por otro un modelo de *Supervisión* cualitativo, abocándose la SVS una la labor mucho más preventiva, identificando los riesgos que no pudiesen ser recogidos bajo la primera estructura, como lo son las debilidades en la gestión, cambios significativos en la estrategia de negocios y por cierto el análisis de riesgos derivados del bueno o mal gobierno corporativo de las Compañías de Seguros.

En este sentido, para la implementación de dicho modelo, parte importante del esquema planteado requiere (o más bien requeriría) una serie de modificaciones, entre las que se cuenta:

1. Un nuevo requerimiento de capital basado en los riesgos (CBR).
2. Un sistema de evaluación de la solvencia de las aseguradoras.
3. Un nuevo régimen de inversiones
4. Otras modificaciones a la ley de Seguros consistentes con el nuevo enfoque de supervisión³⁷.

Respecto a este último punto, se hizo presente en el propio mensaje presidencial que una de las modificaciones más importantes "deben" pasar por la implementación de "(...) disposiciones que refuercen los gobiernos corporativos de las aseguradoras, estableciendo mayor responsabilidad del directorio en la definición de las políticas de gestión de riesgos de la compañía y requerimiento adicionales de idoneidad para sus directores y ejecutivos (...) "³⁸".

³⁵ Boletín N°076-359, Informe Financiero sobre proyecto de ley que establece un sistema de Supervisión basado en riesgo para las compañías de seguros, de fecha 22 de Junio de 2011. Disponible en << http://www.dipres.gob.cl/595/articles-75194_doc_pdf.pdf >> [fecha de consulta: 20-02-2013]

³⁶ Recordar en este sentido, que ya desde el año 2006 la SVS había venido avanzando en la adopción de este nuevo sistema -con las limitaciones del marco legal vigente-, a fin de contar con una supervisión moderna y acorde a las mejores prácticas internacionales, concretándose con la presentación del mencionado proyecto de ley, el pasado 16 de Septiembre del año 2011.

³⁷ Boletín N° 076-359, Ob. Cit. p. 15

³⁸ Boletín N° 076-359 ob. Cit.

De lo anterior se colige que el marco institucional en el cual se dictó la NCG N°309 (la cual con fecha 20 de junio del 2011 vino a establecer principios y buenas prácticas para un adecuado gobierno corporativo y sistemas de gestión de riesgos y control interno para las aseguradoras), da cuenta que la norma que sirve de fundamento para su aplicación se encuentra recién en plena discusión parlamentaria³⁹, situación que ha generado diversas reacciones por parte del mercado asegurador.

Junto con lo anterior, se sigue discutiendo doctrinariamente respecto de las facultades con las cuales contaría el Regulador a la hora de implementar la mencionada normativa situación que pasaremos a explicar a continuación.

POTESTAD Y COMPETENCIA DE LA SVS PARA LA DICTACIÓN DE LA NCG N° 309.

Sobre la base de las modificaciones solicitadas para la implementación de este nuevo modelo de supervisión, la SVS colocó a disposición de las entidades que supervisa y público en general la propuesta de normativa de la NCG N°309 entre los periodos que van entre el 27/01/2011 y el 15/04/2011⁴⁰.

Un primer aspecto a destacar, hace mención a la potestad y competencia del ente Regulador, cuestión que suscitó los comentarios de la Asociación de Aseguradores de Chile A.G, en adelante "AACH", en el marco de respuestas recibidas antes de la publicación de la mencionada norma. El organismo en cuestión dirigió una misiva al Sr. Fernando Coloma Correa (Superintendente de Valores y Seguros), con fecha 15 de Abril de 2011, en la cual se recalcó la falta de potestad y competencia de la SVS –de acuerdo al actual marco legal-, para la dictación de la NCG 309⁴¹ aludiendo que la letra b) del artículo 3° del DFL N°251, junto a la letra a) y d) del art 4° del DL N° 3538 no permitirían establecer que el Regulador cuenta con las potestades necesarias para la dictación de una norma de tales características.

En efecto y me permito citar el tenor de aquella carta la cual señala en forma expresa "(...) no se observan que ellas (las disposiciones) entreguen a la autoridad administrativa, la competencia para establecer mediante un acto administrativo de aplicación obligatoria, un modelo único de gobierno corporativo, lo que incluso no sería concordante con los principios de la OECD. Al respecto, no hay precedentes en otra circular o norma de carácter general aplicable a otro tipo de entidades sujetas a la fiscalización de la misma Superintendencia (...)".

Junto a lo anterior, se puede esgrimir el siguiente argumento contenido en

³⁹ Boletín N° 7958-05 con fecha 07 de Agosto de 2013 se encuentra en el segundo trámite constitucional en el Senado, situación que además da cuenta en del Mensaje N° 217-361 la necesidad de entregarle urgencia Suma para su tramitación.

⁴⁰ Disponible en < <http://www.svs.cl>> [fecha de consulta: 14 de marzo de 2013]

⁴¹ Solicitud de Información mediante Ley de Transparencia Ley 20.285, Oficio Electrónico N°: 8894 de la Superintendencia de Valores y Seguros.

el propio proyecto de ley sobre SBR, el cual hace una mención evidente a la falta de normativa para proceder en tal sentido, señalando que "(...) la calidad de la gestión de riesgo de la compañía se evaluará considerando, dentro otros aspectos, la fortaleza de su sistema de gestión de riesgo y su gobierno corporativo, el conocimiento y experiencia de la administración de la compañía y la eficiencia de las funciones de control interno y cumplimiento (...)" agregando "(...) La superintendencia, mediante norma de carácter general, **establecerá** la metodología y los procedimientos específicos para la evaluación de los riesgos en las compañías, considerando los factores señalados precedentemente (...)"⁴². Lo destacado y subrayado es nuestro.

Se colige de lo anterior que esta nueva regulación -una vez que entre en vigencia-, concederá a la SVS las herramientas necesarias que le permitan a este organismo vigilar y supervisar en forma preventiva la gobernabilidad corporativa de las Compañías de Seguros, entendiendo a contrario sensu que bajo el actual modelo -basado en el cumplimiento de reglas fijas que no son sensibles a los riesgos-, la SVS no se encontraría facultada para la implementación de una norma como la citada Norma de Carácter General N°309, ni mucho menos exigir su cumplimiento.

Consideramos que forzar el actual marco legal para lograr una interpretación armoniosa resultaría algo difícil, en especial si consideramos que la doctrina administrativa sostiene que un pilar fundamental de las facultades normativas se basa en la existencia de una clara disposición de la ley que así lo establezca⁴³.

En efecto, si consideramos que la naturaleza de las normas emitidas por la SVS constituyen una categoría diversa a la potestad reglamentaria emanada del Presidente de la Republica, en virtud de las facultades normativas del propio organismo -ya que en definitiva el Presidente no puede ejercer por sí mismo tales potestades, ni corregir o dejar sin efecto los actos dictados en su ejercicio por los superintendentes- nos encontramos frente a una potestad que sólo puede aspirar a explicitar o explicar la ley, por lo que no jamás podría imponer obligaciones⁴⁴ ni mucho menos crear facultades⁴⁵.

Ahora bien, sobre la especial nomenclatura de las Normas de Carácter General (en adelante NCG) emanadas por parte de la SVS, el regulador ha entendido que estas "(...) constituyen una suerte de normativa general o marco, destinada a regular

⁴² Boletín N°076-359 Ob. Cit. p. 15.

⁴³ SILVA CIMMA, ENRIQUE (1992), Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuente. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición. p. 177

⁴⁴ La Contraloría General de la Republica ha rechazado la posibilidad que se creen obligaciones a particulares por cualquier fuente jurídica que no sea la ley Contraloría General de la República (2008) N° 36737 y Contraloría General de la República (2008) N° 2965. Cfr. EVANS ESPINEIRA, EUGENIO (2006): "Control de Constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas", en Revista de Derecho Administrativo Económico" (N° 16) p. 120

⁴⁵ La Contraloría General de la Republica ha negado la posibilidad de que existan potestades públicas que no tenga su origen en la ley. Contraloría General de la República (2008) N° 35205 y Contraloría General de la República (2006) N° 38949. Cfr. SILVA BASCUNAN, ALEJANDRO (1997): Tratado de Derecho Constitucional. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo IV.

extensivamente ciertas materias sujetas a la competencia normativa (...)”⁴⁶, todo esto en virtud de los artículos 1º letra f) N° 2, 3º letra e) y k) del Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 1931.

En tal sentido, tomando en consideración que todas las normas emitidas por SVS tienen rango inferior a la ley y que cualquier jerarquía normativa carecería de sustento en la Constitución e incluso en la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley No. 19.880 de 2003), pareciese resultar erróneo llegar a pensar que las NCG⁴⁷ constituyen una suerte de normativa general o marco regulatorio sobre cuestiones propias de ley. En efecto, por no gozar de una jerarquía mayor a circulares y demás regulaciones de origen administrativo, estas no podrían sino ser consideradas como “mera disciplina o auto-regulación en el ejercicio de sus potestades normativas”⁴⁸.

COMPETITIVIDAD DE LA NORMA

Un segundo aspecto relevante es aquel que dice relación con el instrumento utilizado por el Regulador (a través de una NCG) para estandarizar los diferentes sistemas de gobierno corporativo del mercado asegurador.

En tal sentido, de los innumerables artículos que se pueden recoger en la prensa escrita y en distintos seminarios dictados al respecto por parte del Regulador, surge la idea que, de la revisión de las estrategias de gestión de riesgos de las aseguradoras locales (a través de la NCG 325) y sus planes de autoevaluación de Gobiernos Corporativos (a través de la NCG 309), darán paso hacia un sistema que apunten hacia la autorregulación del sector, cuestión que pudiese cambiar debido a la falta de mecanismos que puedan proteger tal iniciativa.

Las dudas al respecto surgen si la NCG generará cambios de conductas reales y permanentes en el tiempo o si se estos solo responden a la decisión adoptada por la autoridad que la dictó, en el entendido que una norma de tales características -sin desmerecer los ideales de orden de las superintendencias en esta materia-, deben ser vistos como mera disciplina o auto-regulación en el ejercicio de sus potestades normativas frente a situaciones que pueden cambiar de administración en administración.

En tal sentido, la problemática surge por la necesidad de conocer si la estructura básica de gobierno corporativo propuesta a través de principios y sugerencias por parte del Regulador, podrían o no afectar el desarrollo financiero y crecimiento económico de cada organización, ya que intuitivamente, se podría esperar que una estandarización de las formas de desarrollo de los gobiernos corporativos podrían llegar a afectar en forma más o menos distinta a las diferentes clases de aseguradoras locales (atendido su volumen,

⁴⁶ DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2010) “Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un Diagnóstico” Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, pp. 249 – 282.

⁴⁷ Norma de Carácter General N°325 publicada el 29 de Diciembre de 2011.

⁴⁸ DÍAZ DE VALDÉS, ob. Cit.

negocios y otros factores relevantes).

Esta situación es cuestión es planteada por el profesor Fernando Lefort al señalar que "(...) un mayor desarrollo del sistema financiero mejora las posibilidades de crecimiento de una economía. Sin embargo, también parece ser cierto que el tipo de desarrollo financiero que se produce condiciona los sectores que van a verse más beneficiados por este desarrollo y, por lo tanto, diferentes tipos de mercado financiero pueden ser más convenientes en diferentes etapas de desarrollo de una economía. Algo similar ocurre cuando consideramos el efecto de diferentes estructuras de gobierno corporativo sobre el desempeño económico de la empresa. (...) ⁴⁹", agrega este autor que "(...) la forma precisa de esta protección condicionará el tipo de inversionista más favorecido, el tipo de financiamiento obtenido y la clase de empresas y actividad económica que se desarrolle. Por otro lado, la forma de estructura corporativa que prevalezca en una economía dependerá de factores institucionales como leyes, regulaciones, eficiencia de la supervisión y del sistema judicial, entre otras (...)".

Con todo, consideramos que atendido lo reciente de la normativa resulta conveniente esperar la forma en que el mercado asegurador se comportará al respecto, especialmente conforme a las consideraciones o sugerencias que puedan surgir por parte del Regulador frente a las diferentes evaluaciones de cada aseguradora, cuestión que podría ser decisoria a la hora de generar los matices necesarios para entregar una visión más profunda sobre el grado de impacto de la mencionada normativa.

EL DIRECTORIO COMO EJE CENTRAL DE LA GOBERNABILIDAD Y EL CONTROL DE RIESGOS.

Como ya lo hemos mencionado en párrafos anteriores, la implementación de este nuevo modelo de supervisión implicará modificar una serie de normas e implementar otras cuantas, todo esto con el fin de lograr el involucramiento inmediato del directorio y de la alta administración de la compañía en las políticas y decisiones de inversión, entregándoles por un lado una mayor libertad para la administración del portafolio de inversiones de la compañía, pero al mismo tiempo los hace más responsables de las políticas de control de riesgos que se deben adoptar en su seno.

En este sentido, destaca en esta nueva regulación la especial concentración de funciones en los directores de Compañías de Seguros, los cuales adquieren un protagonismo inusitado en bajo esta nueva regulación toda vez que se establecen una serie de nuevas obligaciones, entre las que destacan las de establecer y vigilar la adecuada implementación de estrategias y políticas sobre líneas de negocios e introducción de nuevos

⁴⁹ LEFORT, FERNANDO. (2003) "Gobierno Corporativo: ¿Qué Es? Y ¿Cómo Andamos Por Casa?". Cuadernos de Economía, Santiago, v. 40, n. 120, Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071768212003012000002&lng=es&nrm=is>. [fecha de consulta: 08 agosto 2013]

productos, adquisiciones y alianzas estratégicas, administración de riesgo, tarificación, suscripción, reservas técnicas y reaseguro, sistemas de control interno (auditoría interna, actuariado, cumplimiento).

De igual manera se desprende del propio texto normativo que el directorio deberá contar con políticas y procedimientos adecuados para asegurar que la alta gerencia lleve a cabo operaciones de manera efectiva y conforme a las estrategias, políticas y procedimientos definidos, cuestión que implicará tomar conocimiento inmediato de todas las cuestiones que resulten relevantes para el buen funcionamiento de la Compañía. Esta última función deberá ser promovida de una cultura corporativa, la cual deberá contener un sólido manejo de riesgos, cumplimiento y tratamiento justo a los asegurados, cuestión que también involucraría para los directores la obligación de destinar un número significativo de horas con el solo objeto de cumplir con todas las tareas antes mencionadas.

Esta situación que se explica en parte porque nuestra legislación no hace una enumeración sistemática de las funciones y facultades del directorio (quedando esta labor relegada en su gran mayoría a los estatutos sociales, razón por la cual nuestro Regulador ha tomado una ventaja a la hora de implementar esta nueva normativa para segregar funciones propias de la plana ejecutiva, incorporándolas al directorio. En tales circunstancias el directorio asume responsabilidades ajenas a su labor de impulsor de políticas a largo plazo, estrategias y revisión de estados financieros, para finalmente pasar a comportarse como un verdadero centinela de las labores de los altos ejecutivos de la Compañía, cuestión que en definitiva resultan contrarios a las labores propias de este órgano social.

Como bien lo señaló la propia AACH en su carta-comentario a la NCG N° 309⁵⁰ "(...) el directorio establecerá las políticas, velará por su cumplimiento y aprobará los informes generados por la administración. Asimismo pedirá cuenta, tomara razón y fiscalizará que la Alta Gerencia efectivamente sea diligente en la consecución de lo definido por el Directorio. Por su parte, la Alta Gerencia desarrollará e implementará lo necesario para cumplir con lo instruido por el Directorio, produciéndose de este modo una segregación de roles y funciones entre el Directorio y la Alta Gerencia (...)".

Pues bien, si tomamos en consideración el actual régimen de responsabilidad de los directores contenido en nuestra ley de sociedades anónimas, en el cual se establece la responsabilidad por culpa o dolo en el desempeño general de las funciones del director (art. 41), la imputabilidad de responsabilidades a los directores por medio de presunciones de culpa derivadas de ciertos hechos (arts. 44, 45 y 106) y la responsabilidad cuando el daño proviene de una específica infracción a una norma legal, reglamentaria o estatutaria (art. 133)⁵¹, entendemos que el cuadro presentado por la actual NCG N° 309 impone una serie

⁵⁰ Solicitud de Información, ob. Cit. p. 16

⁵¹ CORRAL TALCIANI, HERNAN (2010) "Responsabilidad civil de directores y gerentes de sociedades anónimas", Documento de Trabajo N° 54, versión disponible. <<<http://biblioteca.uanandes.cl/documentos/DesplegarTesis.asp?nombre=C:/www/biblioteca/documentos/HCorral.xml>>> [fecha de consulta: 14 de marzo de 2013]

de obligaciones para el directorio, las cuales no se encuentran contenidas en la legislación vigente, agravando el régimen existente y por sobre todo segregando funciones propias de otros órganos de la corporación.

En efecto y siguiendo la distinción realizada por el profesor Carnelutti⁵², consideramos que a pesar de que la técnica regulatoria utiliza ciertos pospretéritos con el fin de no obligar directamente al sujeto activo o destinatario (directorio), las obligaciones establecidas en la norma no poseen ese carácter “aparentemente condicional”, pues su cumplimiento viene asegurado por la amenaza de una sanción implícita a priori (mayor grado de fiscalización por parte de la SVS, en el entendido que no hay sanción expresa a la fecha) y posteriormente con la entrada en vigencia de la ley de SBR, una sanción expresa (de acuerdo artículo 21 del proyecto de ley), desapareciendo en tal sentido la relevancia de la voluntad del directorio, como elemento definitorio para la realización de las tareas encomendadas en esta normativa.

CONCLUSIONES.

Aumentar el flujo y calidad de la información al mercado, facilitando la supervisión de los accionistas y el regulador, pareciese resultar la premisa clave en cualquier sistema de gobernabilidad corporativa alrededor del mundo.

Sin embargo, la manera de llevar a cabo tales modificaciones han generado todo un debate, no solamente en cuanto al fondo sino también en cuanto a la forma en que estas deberían realizarse, situación que ha mantenido a los abogados y auditores trabajando a toda velocidad para comprender y atender los alcances solicitados por el ente regulador en la materia.

En lo concerniente a las compañías de seguros, el cambio no ha sido menor ya que la implementación de nuevos estándares en materia de gobiernos corporativos se enmarca en una agenda de modernización por parte de la SVS, entre los que destaca la reforma al código de comercio, la modificación a la normativa sobre auxiliares de comercio, la implementación de un sistema de supervisión basado en riesgos y la transformación de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en una Comisión de Valores y Seguros. Las modificaciones antes señaladas implican abordar la regulación sobre gobiernos corporativos desde un punto de vista más amplio, debido a que estas guardan estrecha con reformas no solo de fondo sino respecto de toda una reestructuración de lo que se espera del mercado asegurador.

El corolario de esta agenda de cambios, implicaba coordinar los cambios legislativos en materia de supervisión de riesgos y la de gobiernos corporativos de forma

⁵² FERNÁNDEZ, MERCEDES (2006) “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”, Edición Wolters Kluwer España, pag.40 Cfr. Carnelutti, F., Instituciones del Proceso Civil (5ª Ed. 1956) (Trad. Por Sentis Melendo, S) Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, Vol. I p. 332.

progresiva, situación que se concretó con la dictación de la NCG N°325 y N°309, las cuales sin embargo generaron una serie de consultas en cuanto a su contenido y validez.

En efecto, el proyecto de ley que pretende incorporar el nuevo sistema de "SBR" impondrá -según el texto del proyecto de ley- a la SVS la obligación de identificar y monitorear los riesgos a los que se vería enfrentada una aseguradora, cuestión que demandaría la implementación de disposiciones que para que se reforzase los gobiernos corporativos de las aseguradoras.

En tal sentido, la mencionada NCG N°309 en su implementación (con el proyecto de ley sobre SBR aun en el Congreso) generó una serie de cuestionamientos, sobre la idoneidad y competencia del Regulador para los efectos de dictar una norma de tales características. Situación que provocó en una serie de comentarios, en especial lo concerniente a las facultades potestativas y normativas a la luz del DFL 251 y la doctrina administrativa.

El segundo alcance que se plantea frente a la mencionada normativa es la utilización de una Norma de Carácter General para los efectos de entregar una visión global sobre ciertos principios corporativos que las Compañías Aseguradoras, situación que plantea la necesidad de identificar si la norma busca en si generar cambios a largo plazo y permanentes en el tiempo o pudiesen en definitiva considerarse meras interpretaciones de la administración de turno.

Junto a la idoneidad del instrumento usado para regular esta situación, surge la duda si la estructura básica de gobernabilidad presente en la norma podrían o no afectar el desarrollo financiero y de crecimiento de las aseguradoras locales, debido a que la forma de estructura corporativa que prevalezca en la economía, podría condicionar en parte el desarrollo económico de las aseguradoras pues si bien todas las Compañías cuentan con distintas características en cuanto a su volumen de negocios y capacidad financiera (sin perjuicio que la NCG N°309 establezca que la evaluación de los gobiernos corporativos se realizará de acuerdo a la realidad de cada compañía), la estandarización de patrones considerados como mínimos por parte del regulador podría provocar una rigidez en la estructura de gobierno corporativo que surge de estas recomendaciones.

En lo referente a las características del mercado asegurador se hace presente la especial concentración del capital accionario como un rasgo distintivo del sector, lo cual implica ciertas consideraciones respecto a la forma en que se debería abordar los mecanismos de control interno en la generalidad de las aseguradoras, situación que como hemos explicado condiciona el funcionamiento de la gobernabilidad de la organización, en especial la composición del directorio y de la alta gerencia.

Otro elemento de gran importancia a nuestro juicio es el que dice relación con el sistema legal imperante y el rol que cumple el Regulador en la materia, cuestión que como hemos expresado, ha generado a lo largo de su vida cambios significativos en la forma en que se ha desarrollado el mercado asegurador chileno.

Finalmente, hacemos presente que en la implementación de la NCG N°309 se

establece un agravamiento significativo del régimen de responsabilidad de los directores de Compañías de Seguros, los cuales bajo este nuevo modelo normativo estarán a cargo de la evaluación detallada de los riesgos estratégicos, financieros, operativos, de reputación y otra índole de la compañía, obligaciones que en definitiva han implicado una segregación de las funciones de la alta gerencia de la firma en manos del Directorio, transformando a este último en un verdadero contralor y guardián de la actuación de los altos ejecutivos. La situación anterior busca la intervención de un directorio mucho más activo, estableciéndose como una necesidad de la organización la búsqueda de profesionales más capacitados para el desempeño de dicho cargo, debido principalmente a las consecuencias que podrían derivarse de una mala decisión en la elección de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- Baeza, Pinto (2001) "El Seguro". Editorial Jurídica, Edición actualizada por Juan Achurra Larraín y Juan José Vives Rojas.
- Boletín N° 9015-05 sobre el proyecto de ley que "Crea la Comisión de Valores y Seguros". Mensaje del 011-361 enviado por el Presidente de la Republica a la Cámara de Diputados con fecha 02 de Julio de 2013.
- Boletín N° 076-359, relativo al Informe Financiero del Proyecto de ley que establece un sistema de Supervisión basado en riesgo para las compañías de seguros, de fecha 22 de Junio de 2011.
- Corral Talciani, Hernan (2010) "Responsabilidad civil de directores y gerentes de sociedades anónimas", Documento de Trabajo N° 54.
- Díaz de Valdés, José Manuel (2010) "Anomalías Constitucionales de las Superintendencias: Un Diagnostico" Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, pp. 249 – 282.
- Eisenberg, Melvin (1998) "The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm", Berkeley Law Scholarship Repository.
- Evans Espiñeira, Eugenio (2006): "Control de Constitucionalidad de la normatividad regulatoria de las actividades económicas", en Revista de Derecho Administrativo Económico" (N° 16) p. 120
- Fernández, Mercedes (2006) "La carga de la prueba en la práctica judicial civil", Edición Wolters Kluwer España, pag.40 Cfr. Carnelutti, F., Instituciones del Proceso Civil (5ª Ed. 1956) (Trad. Por Sentis Melendo, S) Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, 1973, Vol. I p. 332.
- Jensen, Michael and Meckling, William, (1976) "Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, Journal of Financial Economics" Vol. 3, p. 305-360.
- Lefort, Fernando, sobre "Anillo de ciencias sociales: Centro de estudios del gobierno corporativo UC".
- Lefort, Fernando. (2003) "Gobierno Corporativo: ¿Qué Es? Y ¿Cómo Andamos Por Casa?". Cuadernos de Economía, Santiago, v. 40, n. 120, Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071768212003012000002&lng=es&nrm=iso>. [fecha de consulta: 08 agosto 2013]
- Ley N° 19.705 fue publicada en el Diario Oficial de 20 de diciembre de 2000.
- Norma de Carácter General N° 341 de la Superintendencia de Valores y Seguros publicada el 29 de Noviembre de 2012.
- Norma de Carácter General N°309 de la Superintendencia de Valores y Seguros el 20 de junio del 2011.
- Norma de Carácter General N°325 publicada el 29 de Diciembre de 2011.

- North, Douglas (1990), "Institutions, Institutional Change and Economic Performance", Cambridge University Press, p. 39.
- Parraguez Muñoz, Marcela (2004) " Intermediación, Concentración y Eficiencia – Análisis de la Industria de Seguros de Vida Chilena, entre los años 1990 y 2003" Memoria de Pregrado, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativa, Universidad de Chile.
- Pfeffer Urquiaga, Francisco (2007) "Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas", Revista de Derecho, Vol. XX - N° 1, p. 85-106.
- Recalde Castells, Andres., (2003) "Los administradores de la sociedad anónima en un entorno de buen gobierno", en Revista Valenciana de Economía y Hacienda, N° 7, p. 62.
- Reis Mourao, Pablo (2007). El institucionalismo norteamericano: orígenes y presente. Revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Economía, Volumen 9, Edición N° 16, p. 315-325
- Sandoval Ricardo (1994) "Derecho Comercial" Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.466
- Sentencia Judicial del 10° Juzgado Civil de Santiago, Caratulado " Sernac con Cencosud", Rol: C-21910-2006.
- Sentencia Judicial sustanciada ante el 14° Juzgado Civil de Santiago, Caratulado " Conadecus contra Banco Estado, Rol: C-11679-2004, en la cual la Excelentísima Corte Suprema citó a las partes a una audiencia de conciliación la cual se acordó que el Banco debía realizar la devolución de la totalidad de los montos correspondientes a 425.863 cuentas de Ahorro Vista por un total de \$5.675.354.253 de pesos (11,002,582.77 USD)
- Silva Bascuñan, Alejandro (1997): Tratado de Derecho Constitucional. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo IV.
- Silva Cimma, Enrique (1992), Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuente. Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición. p. 177
- Solicitud de Información mediante Ley de Transparencia Ley 20.285, Oficio Electrónico N°: 8894 de la Superintendencia de Valores y Seguros.
- The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (1992).
- Williamson, Oliver (1975) "Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization", Edition New York Free Press, p. 20 y siguientes.
- Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio (2004), "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: Un análisis comparado con la regulación de los Estados Unidos de Norteamérica, en Revista Chilena de Derecho" Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N°2, 2004 p. 243

