

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 14 N° 21 · Santiago de Chile · Junio 2012

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

DIRECTOR

Osvaldo Contreras

Profesor Universidad Diego Portales

EDITOR

Roberto Ríos Ossa

Profesor Pontificia Universidad Católica de Chile

rrioso@uc.cl

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 639 6175 - 633 6720. Fax 639 5072, Sede del Colegio de Abogados (Atención, Sra. Ana María Carbone)

ÍNDICE

Editorial	5
Los contratos de consumo en la Unión Europea. <i>Henry Sosa Olán</i>	7
Comentario del proyecto de ley de modificación del Código de Comercio respecto del seguro de vida. <i>Carlos Ruiz-Tagle Vial</i>	23
La naturaleza jurídica del seguro privado de salud en Chile. Una aproximación a la problemática del sistema de Isapre <i>Marcelo Gallardo Camus</i>	39
Marco normativo y aspectos jurídicos relevantes de la contratación de seguros de incendio con ocasión de créditos hipotecarios en Chile. <i>Carlos Villagrán Muñoz</i> <i>Francisco Zenteno Serrano</i>	67
La obligación de suscribir seguros en la República de Cuba <i>Alejandro Vigil Iduate</i>	105
Comentarios e indicaciones al proyecto de ley sobre reforma al código de comercio en materia de seguros (parte general y daños) <i>Oswaldo Lagos Villarreal</i>	119

El año 2011 presentamos una renovada edición de nuestra Revista de Derecho de Seguros. En esa oportunidad, manifestamos nuestra inquietud en cuanto a introducir mejoras cualitativas, con el fin de crear y asentar una doctrina en su verdadero sentido jurídico, esto es, la opinión de especialistas sobre esta rama de derecho específica. Esperamos que nuestros asociados percibieran estos cambios y objetivos.

Esta nueva edición contempla seis artículos, cinco de ellos representan el trabajo de destacados académicos HENRY SOSA, CARLOS RUIZ TAGLE, MARCELO GALLARDO, ALEJANDRO VIGIL Y OSVALDO LAGOS. A estos artículos, se suma un excelente trabajo elaborado por nuestros asociados CARLOS VILLAGRÁN MUÑOZ Y FRANCISCO ZENTENO SERRANO. Todos los trabajos que comprende esta edición siguen un patrón común: sistemática, suficiente referencia doctrinaria y un orden claro de citas.

Uno de los objetivos que nos hemos impuesto en acuerdo con el Directorio de nuestra asociación es el de publicar una vez al año esta revista, y contener a lo menos cinco artículos de calidad. El próximo paso, será el establecer normas de publicación a las que deberán ajustarse nuestros próximos autores.

Para terminar, se hace insoslayable referirse a los avances del proyecto de modificación de nuestro Código de comercio en cuanto a la regulación del contrato de seguro; esperamos tener durante este año una nueva regulación. Para quienes se interesen pueden seguir la tramitación en la página web del Congreso Nacional indicando el número 5185-03.

Roberto Ríos Osa
Editor

LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN LA UNIÓN EUROPEA CONSUMER CONTRACTS IN THE EUROPEAN UNION

HENRRY SOSA OLÁN*

Abstract: Consumer contracts at European Union level have changed substantially the subject of both obligations and contracts in all member states. Since 1975 consumer protection has been increased by means of secondary legislation of EU law such as directives and regulations in order to harmonize and uniform consumer rights throughout the European Union.

Resumen: Los contratos de consumo a nivel comunitario han modificado sustancialmente la materia de obligaciones y contratos en los distintos Estados miembros. Desde 1975 hasta la fecha la protección del consumidor se ha visto incrementada a través de diversas normas como Reglamentos y Directivas, las cuales tienen como objetivo armonizar y uniformizar el derecho de consumo dentro de la Unión Europea.

1. CUESTIONES PREVIAS

El Tratado de Roma del 1 de enero de 1958¹, que tuvo como objetivo la creación de un mercado común no reguló la materia de protección del consumidor, sino que asentó las condiciones para la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas. Tuvieron que pasar alrededor de 14 años para que se dieran las bases necesarias que consolidaran una política en materia de consumo dentro de la Unión Europea. Luego, la cumbre de París de 1972 celebrada los días 22 y 23 de octubre², en el apartado 10 de sus conclusiones establecen la necesidad de "reforzar y coordinar las acciones a favor de la protección de los consumidores". Antecedente a esta cumbre lo encontramos en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica de Protección al Consumidor³, el cual le reconoció los siguientes derechos:

* Profesor Auxiliar y Becario de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Candidato a Doctor por la Universidad de Salamanca, España.

¹ Seis países fueron los que firmaron inicialmente el Tratado de Roma: Francia, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo e Italia. Vid. Más sobre el Tratado de Roma en: <http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>. [Con acceso el 10-XII-2010].

² Vid. Texto completo de la Cumbre de París Disponible en web en: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas>. [Con acceso el 9-XI-2010].

³ Vid. Texto completo del Programa Preliminar (DOCE no C 092, de 25 de abril de 1975), en: <http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=46469:cs&lang=es&list=46469:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. [Con acceso el 13-XI-2010].

1. Derecho a la protección de su salud y su seguridad;
2. Derecho a la protección de sus intereses económicos;
3. Derecho a la reparación de daños;
4. Derecho a la información y educación y;
5. Derecho a la representación (derecho a ser educado).

Como resultado de la revisión del Tratado de Roma y del *Acta Única Europea*⁴ la cual entro en vigor el 1 de julio de 1987, se firma el *Tratado de Maastricht* el 7 de febrero de 1992, estableciendo acciones concretas en materia de consumo en su artículo 129 A, aclarando lo siguiente:

“1. la comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior.

b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

2. El consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al comité Económico y social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificará a la comisión”.

Así la aportación principal de este Tratado es la introducción de *consumidor normalmente informado* y la denominada *labelling doctrine*⁵; pues, anteriormente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), había construido ambos conceptos, a través de diversas sentencias, dando como resultado la aparición de la Directiva 2006/114/CE⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006

⁴ Vid. Texto completo del Acta Única Europea (DOCE no L 169 de 29, de junio de 1987), en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm. [Con acceso el 10-XII- 2009].

⁵ Vid. GONZALEZ VAQUE, L., “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los Negocios*, núm. 103, 1999, págs. 5-8.

⁶ Vid. Texto completo de Directiva de publicidad engañosa en: (DOCE no L 376 de 27 de diciembre de 2006), en: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2006:376:SOM:ES:HTML>. [Con acceso el 4-IV-de-2010].

sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que sustituye a la anterior Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa. Incrementándose de este modo la protección del consumidor al realizar transacciones con empresas.

Con la aparición del *Tratado de Ámsterdam*⁷ en 1997 se modifican varios aspectos sustanciales en materia de protección al consumidor entre los más importantes se pueden mencionar: la denominada cláusula horizontal en materia de protección al consumidor, la inclusión de nuevos derechos, la supervisión de medidas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los estados miembros, así como la distinta ubicación de los derechos de los consumidores (art. 153)⁸.

Como podemos observar las anteriores medidas han ido incrementado la protección del consumidor hasta la fecha. No obstante, como bien señala CÁMARA LA PUENTE la evolución de la protección del consumidor en Europa se puede dividir en cuatro fases, a saber:

[...] -en la primera fase (1957-1972), la Europa de los mercaderes no presto atención alguna a la defensa del consumidor, sino por la vía indirecta de la libre competencia y la mejora general de la calidad de vida. –en la segunda fase (1972-1984), a partir de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de 1972 se potencio una Europa de los ciudadanos en la que había que desempeñar un papel central el consumidor; para ello se definieron sus derechos (“Programa preliminar” de 14 de abril 1975), se establecieron las líneas programáticas de actuación (segundo programa de 1981) y se potencio el comercio intracomunitario (STJCE del “Cassis de Dijon” de 20 de febrero de 1979). – la tercera fase (1984-2001) trajo consigo la consolidación de ese diseño sobre todo en forma de directivas, amplias (v. gr., cláusulas abusivas) o específicas (v. gr., “multipropiedad”), continuó la visión prospectiva a través de diversos “planes trienales” y reinventó la importancia de la política de protección de los consumidores mediante las reformas competenciales operadas sobre todo por el Tratado de Maastrich de 1992 y el de Ámsterdam. – la cuarta fase (2001-) se define por la reelaboración y sistematización de las normas de consumo en busca de un mercado interior con un Derecho común

⁷ Vid. Texto completo del Tratado de Ámsterdam (DOCE no C 325, de 12 de Diciembre de 2002 versión consolidada), en: <http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>. [Con acceso el 10-XII-2010].

⁸ CFR. CORCHERO PÉREZ, M Y GRANDE MURILLO, A., La Protección de los Consumidores, Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 58-60.

más orgánico y coherente. Fundamentalmente dos textos comunitarios han abierto el proceso de consulta y reflexión para adoptar las nuevas medidas que satisfagan tal objetivo: la Comunicación de la Comisión europea sobre "Derecho contractual europeo", de 11 de julio 2001 [COM (2001) 398 final] y el "Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea" [COM (2001) 531 final], presentado por la Comisión el 2 de octubre 2001. El debate originado por estos documentos sigue abierto y muy activo [...]⁹.

La mayoría de las Directivas que definen el concepto de consumidor coinciden en dos aspectos: una "persona física" y que actúe con un propósito ajeno a su "actividad profesional"¹⁰. No obstante, algunos Estados miembros como es el caso de España amplían su ámbito de aplicación a las personas jurídicas siempre y cuando actúen sin fines de lucro (artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios)¹¹.

El Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), define en su artículo 6 el contrato de consumo como aquel, *celebrado por una persona*

⁹ CÁMARA LA PUENTE, S., "El futuro del Derecho de consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo", en, REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.): Derecho Privado de Consumo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 46.

¹⁰ Artículo 2.1 de la Directiva 85/577/CEE, referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales: "toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional".

¹⁰ Artículo 2.2 de la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia: "toda persona física que en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

¹⁰ Artículo 2 (d) de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

¹⁰ Artículo 2 (e) de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico "cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión".

¹⁰ Artículo 2 (a) de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales: "cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

¹⁰ Artículo 2 (b) de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas: "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

¹⁰ Artículo 3 (a) de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo. Señala: "consumidor": persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional..."

¹¹ Vid. CÁMARA LA PUENTE, S., "El concepto legal de "consumidor" en el Derecho Privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Noticias de la Unión Europea: Monográfico: Derecho Privado Europeo*, núm. 320, 2011, págs. 34-35.

física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ("el consumidor") con otra persona ("el profesional") que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional [...] en el mismo sentido se decanta el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 15.1.).

2. CONTRATOS QUE TIENEN UNA INCIDENCIA DIRECTA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Unión Europea con el fin de promover las transacciones transfronterizas dentro de las 27 Estados miembros ha creado una serie de contratos con el objetivo de incrementar la protección del consumidor en determinados sectores entre los que destacan:

- Los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles;
- Los contratos a distancia;
- Los contratos a distancia de servicios financieros;
- Los contratos de tiempo compartido;
- Los contratos de viajes combinados;
- Los contratos de crédito al consumo; y
- Los contratos de seguro.

Existen otras materias que tienen una incidencia indirecta en la protección del consumidor, entre las que encontramos, la protección contra la discriminación en la oferta de bienes y servicios disponibles para público¹², protección en materia de seguros e inversiones¹³,

¹² En este sector la Unión Europea ha dictado las siguientes Directivas: Directiva 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2004/122/CE, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro; así como la Propuesta de Directiva sobre el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM 2008, 426.

¹³ En esta materia va depender del volumen de la transacción la protección del consumidor, para este específico sector se han dictado las siguientes normas: Reglamento núm. 924/2009, sobre los pagos transfronterizos; la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago; la Directiva 94/19/CE, sobre sistemas de garantía de depósitos; la Directiva 92/49/CE, sobre seguros distintos del seguro de vida; la Directiva 2002/83/CE, sobre seguro de vida; la Directiva 2002/92/CE, sobre la mediación en los seguros; la Directiva 2003/71/CE, sobre folletos; la Directiva 2003/6/CE, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado; la Directiva 85/611/CEE, sobre determinados organismos de inversión colectiva; la Directiva 2004/39/CE, sobre los mercados de instrumentos financieros y la Directiva 97/9/CE, sobre los sistemas de indemnización de los inversores.

derecho de los pasajeros y viajeros¹⁴, interés económico¹⁵, así como también hay Directivas que regulan los contratos entre profesionales en sectores específicos¹⁶. Nuestro estudio se enfocara en los contratos que tienen una incidencia directa.

Por otra parte, existen también medidas específicas para regular el mercado interno. Tal es el caso de la Directiva 93/13/CEE la cual tiene como fin el evitar importantes desequilibrios en los derechos y obligaciones de los consumidores. Esta Directiva contiene en su anexo una lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Cuando una cláusula sea considerada abusiva, conforme a la Directiva, esta no será vinculante para el consumidor. La Directiva también requiere que los términos del contrato se redacten en un lenguaje sencillo e inteligible, ya que las ambigüedades se interpretarán en favor de los consumidores¹⁷. Esta Directiva se encuentra en vías de extinción con la aparición de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores del año 2008 (capítulo V arts. 30-39)

La Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales, define los criterios generales para determinar si una práctica comercial es desleal, con el fin de señalar un conjunto limitado de prácticas de mala fe prohibidas en toda la UE. Se toma como criterio si una práctica es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, si distorsiona de manera sustancial el comportamiento del consumidor medio. Además, la Directiva establece la diferencia entre las prácticas engañosas y las agresivas, y enuncia los criterios para detectarlas. El anexo I de la Directiva contiene la lista completa de las conductas comerciales desleales prohibidas en toda la UE en cualquier circunstancia, una especie de «lista negra» de las prácticas comerciales desleales. En ella figuran, por ejemplo, los planes de venta piramidal, el suministro no solicitado, la utilización de la publicidad señuelo (cuando el producto anunciado a buen precio no está disponible) o el uso de publirreportajes disimulados. Esta lista únicamente puede modificarse mediante una

¹⁴ Entre las normas que otorgan derechos específicos a los pasajeros y viajeros encontramos las siguientes: Directiva 90/314/CE, sobre viajes combinados; Reglamento núm. 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; Reglamento núm. 1371/2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril, así como las actuales propuestas de Reglamento relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables, COM 2008, 816, y propuesta de Reglamento sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, COM 2008, 817.

¹⁵ En relación con esta materia se han promulgado las siguientes Directivas: Directiva 2002/22/CE, y 2009/136/CE, sobre el servicio universal; Directiva 2009/72/CE, sobre el mercado interior de la electricidad; Directiva 2009/73/CE, sobre el mercado interior del gas natural, y la Directiva 97/67/CE, sobre el mercado interior de servicios postales.

¹⁶ En lo tocante a relaciones entre personas jurídicas en determinados sectores, existen las siguientes Directivas: Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; la Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales, y la Directiva 86/653/CEE, sobre agentes comerciales independientes.

¹⁷ Vid. http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm#uct. [Con acceso el 9-VIII-2011].

revisión de la Directiva¹⁸.

3. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

Con la entrada en vigor de la Directiva 85/577/CE, en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, se trata de proteger al consumidor en aquellos casos en donde el factor sorpresa influye en el consentimiento contractual, tal y como lo señalan los supuestos regulados en el artículo 1 de la misma¹⁹.

Dentro de sus artículos 4 y 5 en comento, se establece el derecho a la información, así como un derecho de desistimiento a favor del consumidor. Sin embargo, en su artículo 3 la Directiva excluye de su ámbito de aplicación ciertos tipos de contratos. Es importante mencionar que esta Directiva ha sido Derogada por la actual Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁰.

Esta Directiva ha sido adaptada al ordenamiento español a través del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU, arts. 107-113).

¹⁸ Vid. http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/l32011_es.htm. [Con acceso el 9-VIII-2011].

¹⁹ La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor-

-durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o

-durante una visita del comerciante:

i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;

ii) al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor. La presente Directiva se aplicará igualmente a los contratos referentes al suministro de otro bien o servicio que no sea el bien o servicio a propósito del cual el consumidor haya solicitado la visita del comerciante, siempre que el consumidor, en el momento de solicitar la visita, no haya sabido, o no haya podido, razonablemente, saber que el suministro de dicho otro bien o servicio formaba parte de las actividades comerciales o profesionales del comerciante. 3. La presente Directiva se aplicará, igualmente, a los contratos para los cuales el consumidor haya realizado una oferta en condiciones similares a las descritas en el apartado 1 o en el apartado 2, aunque el consumidor no haya estado vinculado por dicha oferta antes de la aceptación de ésta por el comerciante. 4. La presente Directiva se aplicará, igualmente, a las ofertas realizadas contractualmente por el consumidor en condiciones similares a las descritas en el apartado 1 o en el apartado 2 cuando el consumidor esté vinculado por su oferta.

²⁰ Vid. DO L 304 de 22.11.2011, p. 64-88.

4. CONTRATOS A DISTANCIA

La Directiva 97/7/CE, se aplica a los contratos negociados a distancia, es decir, mediante cualquier medio útil (por ejemplo, por teléfono o por correo electrónico) sin presencia física simultánea de las partes del contrato (art. 1).

Se excluye de su ámbito de aplicación los siguientes contratos (art.3):

- Los contratos referentes a los servicios financieros mencionados en el anexo II (se trata de una lista no exhaustiva);
- Los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos;
- Los contratos celebrados con los operadores por el hecho de utilizar cabinas de teléfonos públicas;
- Los contratos referentes a los bienes inmuebles, con excepción del arriendo;
- Los contratos celebrados en subastas.

La Directiva prevé excepciones parciales para los bienes del hogar de consumo corriente suministrados en visitas (comercio no sedentario) y los contratos de turismo y de transporte (art. 3.2-2).

Derecho a la información

Antes de la celebración de cualquier contrato a distancia, el consumidor debe recibir información clara y comprensible sobre:

- La identidad y, en su caso, la dirección del proveedor;
- Las características del bien o del servicio, así como su precio;
- Los gastos de entrega;
- Las modalidades de pago, entrega o ejecución;
- La existencia de un derecho de desistimiento;
- El plazo de validez de la oferta, del precio y, en su caso, la duración mínima del contrato;
- El coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia (art. 4).

Es importante destacar, que estas informaciones deben respetar los principios de buena fe en materia de transacciones comerciales y de protección de los menores. En el caso de las comunicaciones telefónicas, la identidad y el objetivo comercial deben indicarse al principio de la comunicación.

De esta forma, los deberes de información deben confirmarse por escrito o en soporte duradero (correo electrónico) en el momento de la ejecución del contrato. También han de mencionarse por escrito:

- Las modalidades de ejercicio del derecho de resolución;
- El lugar de presentación de las reclamaciones;
- La información relativa al servicio posventa;
- Las condiciones del derecho de desistimiento del contrato (art. 5).

Es importante mencionar que esta Directiva ha sido Derogada por la actual Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

Luego, la regulación de los contratos a distancia en el ordenamiento español se encuentra actualmente incorporada en el TRLGDCU artículos 90-102.

5. CONTRATOS A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

Con la regulación de los servicios financieros, a través de la Directiva 2002/62/CE, de servicios financieros a distancia se otorgan los siguientes derechos a los consumidores cuando contrate por medios como Internet, fax o teléfono:

- La obligación del empresario de otorgar información completa al consumidor antes de la celebración del contrato;
- El derecho a desistir del contrato a favor del consumidor durante el plazo de 14 días;
- La prohibición de prácticas comerciales abusivas que buscan obligar al consumidor a comprar servicios que no han solicitado; y
- La prohibición de llamadas telefónicas no solicitadas al igual que correos electrónicos²¹.

Esta Directiva se incorporo al Derecho español mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

²¹ Vid. http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_docDirective&an_doc=2002&nu_doc=65. [Con acceso el 14-XII-2010].

6. CONTRATOS DE VIAJES COMBINADOS

La Directiva 90/314/CEE, otorga los siguientes derechos al consumidor (arts.2, 3, y 4):

- El empresario deberá indicar al consumidor el precio del viaje;
- El destino, el itinerario y los medios de transporte que vayan a utilizarse;
- El tipo de alojamiento;
- Las comidas que vayan a ser servidas;
- Las obligaciones en materia de pasaportes y visados;
- Las formalidades sanitarias;
- Los vencimientos de pago, y;
- La fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.

En un principio esta Directiva se incorporó al derecho español, a través de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, y que se modificó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Aunque con la codificación parcial del derecho de consumo en España, la regulación de los viajes combinados se regula en el TRLGDLU artículos 150-158.

7. CONTRATOS DE TIEMPO COMPARTIDO

Con la aprobación de la Directiva 94/47/CE, de tiempo compartido se estableció por primera vez un régimen jurídico para este tipo de contratos a nivel comunitario. No obstante con la reformulación del derecho europeo en materia de consumo a partir del año 2001, en donde se abandona el principio de armonización mínima para dar paso a la armonización plena en las Directivas de consumo, aparece la Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido, derogando la Directiva 94/47/CE.

La Directiva 2008/122/CE, restringe su ámbito de aplicación a:

- Los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico;
- El producto vacacional de larga duración;
- El contrato de reventa, y;
- El contrato de intercambio.

La Directiva impone al empresario los siguientes deberes o cargas:

- Otorgar al consumidor la información precontractual;
- Otorgar al consumidor un derecho de desistimiento en el plazo de 14 días;

-Prohíbe a los comerciantes o terceros exigir depósitos, anticipos, garantías, así como la reserva de dinero en cuentas y el reconocimiento explícito de deuda, durante el periodo de desistimiento.

-Se exige al empresario especificar las modalidades de pago a largo plazo en contratos de productos vacacionales.

En el derecho español los contratos de tiempo compartido se regulan en la Ley 42/1998, la cual fue modificada por la Ley 14/2002, de 19 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas y del orden social. Sin embargo, la Directiva 2008/122/CE, no se ha transpuesto al ordenamiento español, por lo cual el día que se transponga modificara sustancialmente la regulación jurídica en este tipo de contratos.

8. CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO

Al igual que la Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido que adopta el principio de armonización plena, la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, sigue la misma directriz.

Esta Directiva tiene como objetivo, armonizar las legislaciones en materia de crédito al consumo en los diferentes Estados miembros, evitar que los Estados miembros impongan restricciones no establecidas en la Directiva que obstaculicen los derechos de los consumidores y garantizar la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores en esta materia.

La Directiva prevé un conjunto comprensible de la información que debe facilitarse a los consumidores con la suficiente antelación antes de la celebración del contrato y también como parte del contrato de crédito. Con el fin de aumentar la elección de las diferentes ofertas y hacer la información más comprensible, la información precontractual debe ser suministrada en un formulario estandarizado (Información normalizada europea sobre crédito al consumo), es decir, cada acreedor tiene que utilizar esta forma de comercialización cuando un consumidor de crédito en cualquier Estado miembro, y los consumidores recibirán la Tasa Anual Equivalente (TAE, una cifra única y armonizada a nivel de la UE, que representa el costo del crédito). La Directiva prevé, además dos derechos esenciales para los consumidores: se les permite desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo en un plazo de 14 días después de la celebración del contrato. También tendrá la posibilidad de pagar su crédito anticipada en cualquier momento, mientras que el acreedor puede pedir una compensación justa y justificada²².

La materia de crédito al consumo en España se transpuso por vez primera, a través de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo, con motivo de la transposición de la Directiva 87/102/CEE, de crédito al consumo. No obstante, con la aparición de la

²² Vid. http://ec.europa.eu/consumers/rights/fin_serv_en.htm. [Con acceso el 14-XII-2010].

Directiva 2008/48/CE, surge la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, derogando la Ley 7/1995.

9. CONTRATOS DE SEGURO

Con el fin de armonizar las disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguros de vida, surge la Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/ CEE.

La Directiva tiene por objeto fomentar la libre competencia y la libre prestación de servicios, así como evitar las barreras técnicas y administrativas, dentro de la Unión Europea, en materia de seguros de vida. Es importante destacar, que en al momento de aprobarse la Directiva de seguros, se tuvo en cuenta la protección del consumidor, ello se deduce de la su Exposición de Motivos²³.

En línea con lo anterior el artículo 15 de la Directiva de contratos de seguros en conexión con la Directiva 2002/65/CE de servicios financieros se establece lo siguiente: "[1] Cada Estado miembro dispondrá que el tomador de un contrato de seguro de vida individual disponga de un plazo de 30 días naturales, a partir del momento en que se informe al tomador que se celebra el contrato, para renunciar a los efectos del contrato. La notificación del tomador de que renuncia al contrato liberará a éste en lo sucesivo de toda obligación derivada de dicho contrato. Los demás efectos jurídicos y las condiciones de la renuncia se regirán por la legislación aplicable al contrato, tal como queda definida en el artículo 4, en particular en lo que se refiere a las modalidades según las cuales se informará al tomador de que se celebra el contrato. [2]. Los Estados miembros podrán no aplicar las disposiciones del apartado 1 a los contratos de duración larga o inferior a seis meses".

Como podemos ver el legislador europeo concede un derecho de desistimiento a los consumidores en los contratos de seguro, esto con el fin de evitar cláusulas abusivas, publicidad engañosa o prácticas comerciales desleales en este tipo de contratos. Tal y como vimos líneas arriba, el derecho de desistimiento se ha ido extendiendo a una serie de contratos en los que una parte tiene la calidad de consumidor. Esta Directiva ha

²³ Considerando que, es particularmente importante el conceder a los Estados miembros que lo deseen un periodo de tiempo suficiente que les permita adoptar las disposiciones apropiadas para garantizar la capacitación profesional y la independencia de los corredores de seguro; que, habida cuenta del papel cada vez mas importantes que estos corredores representarán para aconsejar a los tomadores de seguros frente a una oferta cada vez mayor de productos y para la instauración de libre prestación de servicios, su capacitación profesional y su independencia se convierten por tanto en un elemento esencial para la protección del consumidor.

Aplaudimos este tipo de medidas, pues en materia de seguro de vida, el consumidor al contratar un seguro de vida dentro de la Unión Europea ve garantizados sus derechos, ya que estos se encuentran armonizados, incluso en algunos Estados miembros su protección aumenta, tal es el caso de Alemania.

10. EL DERECHO DE CONSUMO MOTOR DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN EUROPA

Como pudimos ver líneas atrás, el derecho de consumo ha modificado sustancialmente el derecho contractual y de obligaciones en todos los Estados miembros, ejemplo de ello, lo encontramos en el derecho español. Materias como, los deberes de información precontractuales, el derecho de desistimiento, responsabilidad extracontractual o conformidad del bien, se regulan de acuerdo a las necesidades del tráfico comercial²⁴.

Es importante mencionar también como en los últimos años ha estado presente la codificación del derecho de obligaciones y contratos a nivel comunitario. La cantidad de monografías en materia de Derecho Privado Europeo se ha aumentado sobre todo en la doctrina española²⁵. Fruto de lo anterior los encontramos en proyectos como el ACQUIS GROUP (ACQP) y el Marco Común de Referencia (MCR). Éste último viene siendo la antesala de un Proyecto de Código Civil en materia de obligaciones y contratos a nivel europeo²⁶.

Con la aparición del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea²⁷, se abrió el debate para la revisión de las Directivas comunitarias en materia de consumo, tal y como lo señala el plan "estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006"²⁸. A raíz de lo anterior la Comisión Europea se planteó adoptar un enfoque de armonización plena y dejar a tras el enfoque de armonización mínima en las Directivas de consumo; dando como resultado la revisión de ocho Directivas de

²⁴ VID. GÓMEZ GALICO, J., "La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo, en, BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): Derecho contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Bosch, Barcelona, 2009, págs.533-535.

²⁵ Vid. Por ejemplo: , SANCHEZ LORENZO, S. A., Derecho Privado europeo, Comares, Granada, 2002; PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., y REYES LÓPEZ, M. J., (Coord.), Derecho Patrimonial Europeo, Aranzadi, Madrid, 2003; BADOSA COLL, F. y ARROLLO I AMAYUELAS, E., (coord.), La armonización del Derecho de obligaciones en Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; FERRER VANRELL, M. a. y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., (Dirs.), Principios de Derecho Contractual Europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, Dykinson, Madrid, 2009, entre otros.

²⁶ VID. SANCHEZ LORENZO, S. A., "Vías y límites a la unificación del Derecho Privado Europeo: "soft law versus hard law" o Comisión contra Parlamento", en, DÍAZ ROMERO, M. R., et al. (Coordinadores), Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Civitas Thomson, Madrid, 2008, págs. 377-405.

²⁷ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, COM(2001) 531 final, p.12.

²⁸ Comunicación de la Comisión "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006", COM(2002) 208 final, pp. 14 sigs.

consumo²⁹. Como resultado de todo este proceso se da la publicación del Libro Verde en el año 2007 “sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, en donde, se invito a las partes interesadas a opinar sobre las preguntas debatidas. La armonización máxima ha dejado sus huellas a través de las recientes Directivas de crédito al consumo y tiempo compartido (*supra.* 7 y 8), también se deja ver en la actual Directiva de Consumidores del año 2011, no obstante como señala la doctrina el principio de armonización plena no deja plantear ciertos problemas, pues la Directivas que adoptan este principio contienen cláusulas mixtas, es decir, de armonización plena y de armonización mínima³⁰.

Por último es importante que el derecho de consumo a nivel comunitario es una obra en construcción permanente, prueba de ello es la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea del año 2011³¹. De llegarse aprobar tal Reglamento, la Directiva de consumidores del año 2011 sería letra muerta, razón por la cual, los legisladores de los distintos Estados miembros tendrían que volver a modificar su derecho de consumo interno y por ende la materia de obligaciones y contratos.

²⁹ Vid. Comunicación de la Comisión “Derecho contractual europeo y revisión del acervo”, COM(2004) 651 final, p. 4.

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ VAQUE, L., “La nueva Directiva de crédito al consumo o el discreto encanto de una armonización total (con muchas excepciones)”, Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 6, noviembre-diciembre, 2008, en: <http://laleydigitalhome.laley.es>. [Con acceso el 24-VI-2010]. Así el autor señala que si bien es cierto se dispone de una armonización total (art. 22.1), en esta materia, la actual Directiva deja abierta la puerta a las excepciones contempladas en el artículo 23 eso sí, con la condición se informarlo a la comisión.

³¹ Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011) 635 final.

BIBLIOGRAFÍA

BADOSA COLL, F., Y ARROLLO I AMAYUELAS, E., (coord.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CAMARA LAPUENTE, S., "EL FUTURO DEL DERECHO DE CONSUMO EN EL NUEVO ENTORNO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO", EN, REYES LÓPEZ, M. J., (COORD.): *DERECHO PRIVADO DE CONSUMO*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2005, PÁGS. 45-72.

- "EL CONCEPTO LEGAL DE "CONSUMIDOR" EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS O NO RESUELTOS", NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA: MONOGRAFICO: DERECHO PRIVADO EUROPEO, NÚM. 320, 2011, PÁGS. 21-44.

CORCHERO PÉREZ, M y GRANDE MURILLO, A., *La Protección de los Consumidores, Especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*, Aranzadi, Navarra, 2007.

FERRER VANRELL, M. A. Y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., (DIRS.), *PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES*, DYKINSON, MADRID, 2009.

GÓMEZ GALICO, J., "LA REPERCUSIÓN EN DERECHO ESPAÑOL DE LAS PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, EN, BOSCH CAPDEVILA, E., (DIR.): *DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. PROBLEMÁTICA, PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS*, BOSCH, BARCELONA, 2009, PÁGS. 525-548.

GÓNZALEZ VAQUE, L., "LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR NORMALMENTE INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: LA SENTENCIA GUT SPRINGENHEIDE", *DERECHO DE LOS NEGOCIOS*, NÚM. 103, 1999, PÁGS. 1-15.

- "LA NUEVA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO O EL DISCRETO ENCANTO DE UNA ARMONIZACIÓN TOTAL (CON MUCHAS EXCEPCIONES)", *GACETA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMPETENCIA*, NÚM. 6, NOVIEMBRE-DICIEMBRE, 2008, EN: [HTTP://LALEYDIGITALHOME.LALEY.ES](http://laleydigitalhome.laley.es). [CON ACCESO EL 24-VI-2010].

PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., Y REYES LÓPEZ, MA. J., (COORD.), *DERECHO PATRIMONIAL EUROPEO*, ARANZADI, MADRID, 2003.

SANCHEZ LORENZO, S. A., *DERECHO PRIVADO EUROPEO*, COMARES, GRANADA, 2002.

- "VÍAS Y LÍMITES A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO: "SOFT LAW VERSUS HARD LAW" O COMISIÓN CONTRA PARLAMENTO", EN, DÍAZ ROMERO, M, R., ET AL. (COORDINADORES), *DERECHO PRIVADO EUROPEO: ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. JORNADAS EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, 13 Y 14 DE DICIEMBRE DE 2007*, CIVITAS THOMSON, MADRID, 2008, PÁGS. 377-405.

COMENTARIO DEL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO RESPECTO DEL SEGURO DE VIDA.

CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos referiremos al tratamiento que el proyecto de modificación de los preceptos legales relativos al contrato de seguro le propone respecto al deber de información, a la agravación del riesgo, a la indisputabilidad y al suicidio como forma de terminación del contrato.

1. DERECHO DE INFORMACIÓN

Informar a otro consiste en ponerlo en conocimiento de los elementos que este requiere para formar su consentimiento contractual¹. Por eso generalmente se manifiesta en un deber de una persona de informar y el derecho de la otra a ser informado. Igualmente puede consistir en que ambas partes deban al otro la información que tienen. En este último caso las partes se vinculan por recíprocos deberes-derechos de información declaración.

Nuestra legislación generalmente es proclive a la transparencia en las relaciones entre las personas. Es el caso de la ley de defensa de los derechos del consumidor en cuanto a la información comercial. Es también el caso de las exigencias de la libre competencia que tiene como requisito expreso la información. En la misma línea se encuentra la eliminación de la letra chica de los contratos de adhesión ya que se propicia la transparencia entre los que suscriben un contrato de adhesión².

Pues bien, el deber de información presente interesantes aristas en los contratos de seguro. Podemos encontrar en nuestra legislación de seguros diversas dualidades de derecho y deberes en cierto sentido contrapuestos:

* El autor de esta ponencia presentada en el seminario Reforma al Código de Comercio en materia de Seguros, es Doctor en Derecho en la Universidad de los Andes y Profesor de Derecho Económico de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, caruiz@ucn.cl

¹ LLOBET I AGUADO, JOSEPH, *El deber de información en la formación de los contratos*, MARCIAL PONS, MADRID 1999 p. 33.

² Sin embargo, en un polo opuesto, nuestra legislación igualmente contempla deberes de reserva y secreto. Por ejemplo el secreto en la ley de bancos. El resguardo y reserva de la información privilegiada en el mercado de valores y en el secreto profesional vinculado a una serie de profesiones como los médicos y abogados.

Una primera dualidad se verifica entre el deber información respecto del derecho a la intimidad de su identidad genética. Igualmente se presenta una dualidad entre el deber de declaración de salud de las enfermedades pre existente por parte del asegurado y el deber de dar a conocer la información de los registros de salud de ese tomador por parte de la compañía. Buscaremos examinar como estas dualidades se manifiestan en el proyecto de ley que busca modificar el Código de Comercio en lo que respecta a los seguros de vida.

I DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DECLARACIÓN EN EL SEGURO DE VIDA

Iniciaremos esta investigación focalizándonos en las fuentes del Derecho que recogen o vinculados al deber de información y a la declaración del riesgo.

a) Reconocimiento legislativo

El artículo 556 número 1° del Código de Comercio señala que el asegurado está obligado: "A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de todos los riesgos". A esto se agrega lo expresado en el número 3 del mismo artículo, que exige: "Emplear el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro".

También se encuentra en el artículo 573, que indica: "A más de la enunciaciones que contiene el artículo 516, la póliza deberá expresar la edad, profesión y estado de salud de la persona cuya vida se asegura".

Igualmente el tomador debe cumplir con los requisitos del artículo 516 del Código de Comercio. Este artículo indica en su número 9° a la necesidad de que la póliza contenga, "la enunciación de todas las circunstancias que puede suministrar al asegurador un conocimiento exacto y completo de los riesgos y la de todas las demás estipulaciones que hicieren las partes"³.

b) Reconocimiento doctrinal

La doctrina ha destacado el papel que cumple la declaración desde la perspectiva de la aseguradora señalando que la declaración es, "el medio a través del cual el asegurador mide la probabilidad jurídico-técnica de asumir las consecuencias de carácter financiero derivadas de un potencial siniestro: de una eventual realización del riesgo que se pretende trasladar, del cual nada conoce"⁴.

³ De acuerdo al artículo 3°, letra e) del D.F.L. 251/ 31, del Ministerio de Hacienda, la Superintendencia de Valores y Seguros está facultada para establecer, mediante normas de aplicación generales, las disposiciones mínimas que deben contener las pólizas.

⁴ BARROS TORRES, JOSÉ MANUEL, "El conocimiento del riesgo en el contrato de seguros: algunos alcances sobre la carga o deber de información" en H. Corral y G. Acuña (eds), *Derecho de los contratos, Estudio sobre temas de actualidad*, Cuadernos de Extensión jurídica Universidad de los Andes, Santiago 2002, N°6, pp.189-206", ob. cit., p. 190.

La declaración del estado de salud del tomador generalmente se verifica por la contestación de un cuestionario proporcionado por la compañía aseguradora⁵. Muchas legislaciones de seguros tienen como exigencias estos cuestionarios dirigidos al tomador o asegurado⁶. Ello no ocurre en Chile. En nuestro mercado asegurador no existe norma que imponga el formulario de declaración del riesgo. En la práctica mercantil se ha derivado a la elaboración de formularios relativos a los tipos masivos de intereses asegurables más solicitados que seguros de vida, vehículos motorizados e incendio.

En la ley se indica que la declaración comprende todo aquello que conozca el asegurado que pueda alterar el riesgo y que, de ser conocido por el asegurador, cambiaría su cobertura⁷. Como se aprecia, se trata de un requerimiento muy amplio que comprende una pluralidad de materias pero estas a nuestro entender poseen los siguientes límites:

El contenido de la cobertura demarca ese contrato y lo hacen diverso de otras coberturas. La información debe servir sólo para la determinación del riesgo⁸. En el seguro de vida la edad, la profesión el domicilio laboral y las actividades.

Esa demarcación también se refleja en las interrogantes del cuestionario que varían de acuerdo a los riesgos y modalidades de seguro de vida que se contraten. Por ejemplo en el seguro de vida se vinculara a las aficiones, los deportes que practica.

El conocimiento de las enfermedades que tenga el asegurado. Sólo se le puede exigir que declare las enfermedades que conoce. La información que posee la aseguradora no es ajena a la determinación del riesgo. La información de los organismos públicos a la que tenga acceso la aseguradora Como el sistema de SISGEN en materias de seguros generales debe reflejarse en la determinación del riesgo y en definitiva el límite de la información requerida.

El documento o formulario, que se ha incorporado a la práctica mercantil, aunque no es requerido por la ley, en múltiples oportunidades es entregado por la compañía aseguradora o uno de sus agentes. La información requerida se centra en el riesgo y sus eventuales coberturas

⁵ El estado de salud no es estático, por lo que requiere actualizarse cuando existan variaciones del riesgo. Si el asegurado pudiera saber todas las circunstancias que le interesan a la compañía aseguradora como variantes del riesgo le convendría trabajar para ella.

⁶ RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, "Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador", en *Revista Española de Seguros*, Madrid, 1991, n° 65, p. 13.

⁷ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, "Deber de información ante el seguro de desgravamen", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, v XXV, N°1 Fallo de Recurso de Protección de Corte de Apelaciones de Concepción en caso "Charó Cáceres, Adriana, Con Cigna Compañía de Seguros de Vida (Chile) S.A, 5 de junio de 1997, p. 206.

⁸ Véase RUIZ-TAGLE, CARLOS, *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011 p. 166.

d) La declaración del asegurado en el proyecto de ley

En el proyecto las modificaciones generales en materia de seguros aplicables a todos los contratos se alude en el artículo 525 a la declaración de la siguiente forma:

“Declaración del estado de riesgo. Al celebrar el contrato de seguro el contratante debe declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que este disponga, las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.

Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no lo somete al cuestionario o cuando, aún sometiéndolo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no están comprendidas en forma específica en dicho cuestionario. El asegurador podrá solicitar la rescisión del contrato, si al responder el cuestionario el contratante incurre en errores, reticencias o inexactitudes sustanciales en la información que otorgue.

Si los errores, reticencias o inexactitudes del contratante no revisten tal carácter, el contrato será válido pero la indemnización o prestación, en el caso de siniestro, se reducirá en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que habría correspondido.

Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos por la notoriedad de dichas circunstancias; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente”⁹.

Como se desprende del texto se trata de incorporar novedosa disposiciones muy utilizadas en el mercado de seguros actual. Las descritas en los primeros incisos de este artículo resaltan el deber del asegurado de declarar verazmente las enfermedades que lo afectan. Además se indica que pueden aceptarse las inexactitudes o leves errores (no sustanciales) permaneciendo el contrato en su validez.

⁹Art. 525 del proyecto de reforma en cuanto a errores, reticencias o inexactitudes en la información de los riesgos.

En el inicio de la norma se busca recoger la experiencia de aquellas legislaciones en que el deber se traslada de la información plena a la respuesta plena. Esto es la compañía elabora un formulario con preguntas a las que el contratante debe responder para la debida valoración del riesgo. Si entre las preguntas no hay referencia a alguna enfermedad y el asegurado muere debido a esta no existe reticencia¹⁰.

Además a nuestro entender los términos del proyecto deja abierta la puerta a los conflictos en la medida que no zanja la cuestión debatida cuando indica “y que no estén comprendidas en forma específica en dicho cuestionario”. El legislador ha planteado el deber de información como un deber de respuesta y en esta última frase parece retroceder sobre sus pasos y reponer el deber amplio de declaración por parte del asegurado ya que además de responder las preguntas expresamente redactadas debe declarar sobre las demás circunstancias que no están comprendidas en esas preguntas en forma específica.

Nos parece que con esta redacción se sientan las bases de controversia y que sería más prudente que el legislador se definiera por una u otra doctrina. A nuestro parecer la que más concuerda con los fundamentos del contrato de seguros de vida es la que establece el deber de respuesta ya que el asegurado se encuentra en una situación de desequilibrio respecto de la compañía aseguradora de vida cuyo giro es precisamente el análisis de las perspectivas de vida de quienes se aseguran.

En cuanto a la aplicación de la reducción proporcional para los casos de los leves errores resulta claramente aplicable en los seguros de bienes ya que se trata de indemnizaciones en proporción al valor de las cosas. Pero surge la interrogante ¿Cómo se llevará a cabo en los seguros de vida? ¿Cómo se cotejará un error de la declaración de una persona que creyó tener obstruidas sus vías respiratorias debido a su hábito de fumar y después se le detecta que tiene asma? Al momento de fallecer ¿cómo variará la prestación?

El último inciso del artículo citado aborda el manejo de información por parte de la aseguradora. En efecto, si la compañía aseguradora ha tenido conocimiento los errores o reticencias del contrato no pueden aprovecharse de esa situación. Nadie puede conocer para ciertos efectos una materia y desconocerla para otras. Se transgrediría el principio de contradicción y el de los actos propios.

¹⁰ Respecto a este deber del asegurador de confeccionar un formulario el proyecto ha seguido la legislación española que en el artículo 10 de la ley 50/80 indica inciso “El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato de declarar al asegurador, de acuerdo al cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por el conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo”. En ese mismo sentido es decidor lo que expone el siguiente inciso del artículo ya que conforme la ley española el asegurado “Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no lo somete a cuestionario o cuando sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”

1 DECLARACIÓN DE SALUD Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TOMADOR

Esta carga de información que recae sobre el tomador, se debe complementar con el derecho a la intimidad que resguarda sus intereses. La disposición del tomador de acceder a un contrato lo llevará voluntariamente a revelar su intimidad. El derecho a la intimidad del tomador cede o se repliega ante esta convención. El interés en el contrato de seguro lo lleva a develar las enfermedades o tratamientos que en otras circunstancias mantendría bajo reserva¹¹.

El tomador se encuentra amparado por el derecho a su intimidad, resguardado por nuestra Constitución Política en el artículo 19 n° 4 que indica: "La Constitución asegura a todas las personas: 4° el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia". Este precepto contribuye a impedir que las interrogantes que se realicen al tomador atenten contra su dignidad personal, e imponen a la compañía de seguros el deber de reserva y secreto de los antecedentes proporcionados¹². En este aspecto, el esmero del asegurador por evitar perjudicar al tomador, afecta o colisiona con la necesidad que tiene de información para poder determinar el riesgo.

En sintonía con lo expuesto indica el proyecto de modificación de la ley en su artículo 590 que indica lo siguiente:

"El asegurador sólo podrá requerir antecedentes relativos a la salud de una persona en la forma establecida en el artículo 525, pudiendo solicitar la práctica de exámenes médicos de acuerdo a lo establecido en la ley".

La referencia a la ley contenida al final del artículo propuesto deja abierta la posibilidad de incorporar nuevos límites o restricciones respecto de los exámenes requeridos por las aseguradoras al momento de contratar un seguro de vida. A nuestro entender constituye una adecuada técnica legislativa. Los antecedentes requeridos se refieren fundamentalmente a las enfermedades y dolencias preexistentes del tomador que deberá declarar expresamente.

El siguiente artículo del proyecto de reforma precisa que debe entenderse por enfermedades y dolencias pre-existentes:

Artículo 591. Sólo podrán considerarse preexistentes aquellas enfermedades, dolencias o situaciones de salud diagnosticadas o conocidas por el asegurado o por quien contrata en su favor.

¹¹ Artículo 19 n° 4 de la Constitución Política de la República.

¹² RUIZ-TAGLE VIAL, CARLOS, *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, ob. cit. p. 237

El interés en el contrato, manifestado por el tomador, faculta a que la compañía aseguradora pueda solicitar que el que busca asegurarse acceda voluntariamente a responder sobre sus enfermedades. La referencia que realiza el artículo arriba citado a lo que denomina “situaciones de salud diagnosticadas” no parece claro por la amplitud de sus términos. Nuevamente con esa expresión el proyecto puede requerir una interpretación que podrá dar lugar a conflictos.

Si el contratante invocara su derecho a la intimidad para no desvelar sus enfermedades ante el asegurador, se encontraría resguardado pero no tendría cobertura¹³. Es poco frecuente arribar a esta coyuntura, ya que si el tomador no está dispuesto a desvelar su estado de salud, simplemente no acude a contratar un seguro. En definitiva, médicos, aseguradores y tomadores por regla general conjugan los derechos de intimidad e información del asegurado sin transgredir el derecho a la intimidad. No se realiza una solicitud que fuerce al tomador, sino que este voluntariamente pone a disposición de la aseguradora los antecedentes que le son requeridos¹⁴.

1.2 La declaración y la disponibilidad de la información

Otra cuestión relevante es el manejo de la información que recibe la aseguradora. En efecto, no basta con que se encuentre facultada para conocer de las enfermedades de las personas. Las declaraciones se hacen con reserva y sólo para los efectos de la determinación del riesgo. En este contexto, si la aseguradora viola esta reserva o secreto y ventila de alguna forma los antecedentes del asegurado este puede demandar a la compañía aseguradora.

Lo anterior se vincula estrechamente con el deber con que se revista la actuación profesional del médico: “Este deber tiene su origen en el desarrollo lógico del secreto médico, de manera que solamente el asegurado tiene derecho a conocer los resultados de las pruebas médicas realizadas”¹⁵.

¹³ TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER, en AA.VV, *Ley de contrato de seguro*, segunda edición, Pamplona, 2001. pp. 1686 y 1795.

¹⁴ También encuentra fundamento esta necesidad de prestar información en las obligaciones que la ley de protección del consumidor establece para los proveedores en los contratos de adhesión y ha sido recogido por la jurisprudencia. En efecto, la ley de protección de derechos del consumidor (y su modificación ley 19.955) incluye la posibilidad de declarar parcialmente nulo un contrato, o concretamente una cláusula abusiva de un contrato adhesión “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración” artículo 16 a incorporado por ley 19.955/ 04 a ley de Protección de Derechos del Consumidor.

¹⁵ TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER, *Ley de contrato de seguro*, Comentario a la ley 50 /1980 en Fernando Sánchez Calero (dir.) Pamplona, 1999, p. 1797.

II AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.

La agravación del riesgo consiste en el aumento de la probabilidad de ocurrencia del hecho correspondiente al siniestro, o de la intensidad de sus daños o consecuencias. La agravación del riesgo puede producirse por circunstancias ajenas al asegurado o por su actuar voluntario¹⁶. En este último caso deberá informar a la compañía de las nuevas circunstancias. En el primer caso sólo si tiene conocimiento de ellos. En definitiva voluntad y conocimiento resultan determinantes en la agravación.

1. La agravación del riesgo en nuestro ordenamiento de seguros.

Nuestro Código de Comercio alude a la agravación del riesgo cuando expresa en el artículo 538 del Código de Comercio que: “el asegurado no puede variar por sí sólo el lugar del riesgo ni cualquiera otra de las circunstancias que se hayan tenido en vistas para estimarlo. La variación ejecutada sin consentimiento del asegurador autoriza la rescisión del contrato si, a juicio del juzgado competente, extendiere o agravare los riesgos”. Se trata de una alusión explícita a la agravación.

Esta variación del riesgo sólo será considerada si depende del asegurado¹⁷ ya que, de lo contrario, resulta de una circunstancia que no le es imputable al contratante. Debido a los términos enunciados en el artículo del cuerpo legal, esta disposición es aplicable a la contratación de seguros de personas (con la salvedad de los límites territoriales del país). En una primera lectura destaca el lugar en que ocurre el siniestro. El lugar donde ocurra el siniestro no integra la cobertura para los seguros de personas. Si lo integran las “otras circunstancias” que menciona el precepto legal.

La declaración del contratante sirve para determinar el riesgo, la cobertura y la prima¹⁸.

Pues bien, el régimen jurídico de la agravación del riesgo parte de la situación antes descrita. Existe una proporcionalidad entre la situación del riesgo y la prima que

¹⁶ Véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, “Deber de información ante el seguro de desgravamen”, ob. cit. pp. 207-208.

¹⁷ “Consideramos que se trata de una agravación del riesgo que depende del asegurado, pues la norma en comento señala “El asegurado no puede variar por sí solo” el riesgo sin consentimiento del asegurador. A contrario sensu, esto es si el riesgo varía, sin intervención del asegurado, dicha circunstancia no está comprendida en el artículo 538 del Código de Comercio. Por lo tanto, debe entenderse que en este caso no puede rescindir el contrato pues la facultad de rescisión del contrato es excepcional”. (LAGOS VILLARREAL, OSVALDO, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad Civil*, Mapfre, Madrid, 2007 pp. 176-177).

¹⁸ Desde 1980, por el D.L 3057, las compañías aseguradoras tienen libertad para la determinación de primas y tarifas.

debe mantenerse para que se verifique la invariabilidad del seguro¹⁹. Si varían el lugar o las circunstancias, pero estas no son relevantes para el riesgo, se aplican las normas enunciadas en puntos anteriores²⁰.

2. Agravación del riesgo en los seguros de vida

En lo que respecta a los seguros de vida, el reconocimiento de la agravación del riesgo dependerá de la importancia otorgada por la aseguradora a la declaración a la que antes hemos hecho referencia. La continuidad de los riesgos resulta especialmente importante en los seguros de vida en que la relación entre las partes sólo la termina el hecho del fallecimiento del asegurado.

De esta manera, donde la información sobre el estado de salud carezca de importancia, la modificación tampoco la tendría. Como por ejemplo en el caso de seguro de vida para caso de supervivencia, en que en determinada fecha se debe constatar el hecho, la agravación del riesgo no reviste tanto interés²¹. En definitiva el riesgo no se puede agravar en esta cobertura ya que no depende del estado de salud inicial²².

En los seguros que cubren el fallecimiento, las declaraciones de agravación del riesgo sí revisten importancia. Por ello, cualquier circunstancia que agrava el riesgo, debe ser comunicada a la brevedad a la compañía aseguradora. De este modo, si una persona cambia de profesión debe comunicar a su asegurador dicha circunstancia, para que este evalúe la nueva situación. Puede ocurrir que la cobertura no experimente cambios o puede que el asegurador señale que se trata de un riesgo diverso del contratado. En este último caso, la aseguradora también puede exigir una nueva cobertura²³.

En la eventualidad de verificarse una agravación del riesgo, la consecuencia para los seguros de personas generalmente consiste en que la aseguradora procede a la reducción de la suma asegurada. Igualmente la compañía aseguradora puede resolver

¹⁹ La Superintendencia de Valores y Seguros chilena entiende por agravación del riesgo la modificación o alteración posterior a la celebración del contrato que, aumentando la posibilidad de ocurrencia o peligrosidad de un evento, afecta a un determinado riesgo. El tomador del seguro de vida o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador todas las circunstancias que agraven el riesgo. disponible en <http://www.svs.cl/sitio/asegurado/glosario.php> (visitado 30 de mayo 2011).

²⁰ El artículo alude al pronunciamiento “del juzgado competente” lo que a confirma el planteamiento mencionado al analizar la rescisión mencionada en el artículo anterior. Es decir la rescisión no produce sus efectos ipso facto sino que requiere de un pronunciamiento judicial.

²¹ Véase declaración del riesgo para la cobertura de sobrevivencia.

²² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, ob. cit., p. 209.

²³ LATORRE CHINER, NURIA, La agravación del riesgo en el derecho de seguros, Comares, Valencia, 2000 p. 294, considera como una excepción a lo indicado los seguros de vida con renovación por anualidades.

el contrato o indicarle a su asegurado que deberá pagar una prima mayor para que este continúe su vigencia²⁴.

4. Deber de comunicar la agravación del riesgo en seguros de vida

La comunicación de la agravación del riesgo debe realizarse por el asegurado a la compañía aseguradora conforme lo prescrito en el artículo 538 del Código de Comercio. La comunicación debe consistir a lo menos en un documento escrito. Es decir, puede entregarse una carta, llenar un formulario, enviar un fax, un correo electrónico. En la agravación del riesgo, la compañía aseguradora se encuentra interesada en que se le informe de estos cambios, para realizar las operaciones de evaluación del riesgo y la prima. Por ello, facilitará que se presten esas declaraciones.

La comunicación de la modificación carece de sentido cuando la agravación del riesgo es notoria, o la compañía aseguradora, haya tenido conocimiento de ésta agravación por otros medios. Podría ser notoria para la generalidad de las personas, como por ejemplo se conocen las actividades o enfermedades que afectan a un político por los medios de comunicación²⁵. También la notoriedad puede ser propia de la aseguradora como por ejemplo si ésta tiene conocimiento de una actividad o hábito del asegurado que agrava el riesgo, por otro contrato o por los documentos que ha recibido en sus archivos.

En el proyecto de ley se recoge de la siguiente manera la agravación del riesgo. Se indica en el artículo lo siguiente:

Artículo 526. Información sobre agravación del riesgo. El asegurado o contratante en su caso, deberá informar al asegurador, los hechos o circunstancias que agraven razonablemente el riesgo declarado y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de los cinco días siguientes de haberlo conocido, siempre que por su naturaleza, no hubieren podido ser conocidas de otra forma por el asegurador.

²⁴ En los seguros de vida que tengan una prima asociada a un ahorro, la rescisión del contrato deberá llevar a la compañía aseguradora a la devolución de la llamada "suma de rescate", conforme a las condiciones generales de la póliza. Igualmente, tendrá que pagar este rescate si se produce el siniestro y la agravación que lo ha afectado es de tal magnitud que el asegurador, de haberla conocido, no hubiera celebrado el contrato. En este caso, el asegurador podrá liberarse del pago de la indemnización satisfaciendo el valor de rescate.

²⁵ No será necesario realizar esta comunicación cuando la diligencia profesional exigible al asegurador determine que éste debía conocer la agravación del riesgo. (BATALLER GRAU, JUAN, *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Tecnos, Madrid, 1997. p. 21)

Pensamos que pueden presentarse conflictos en esta materia ya que se presume que el asegurado conoce las agravaciones de riesgo. Por ello se establece el breve plazo de cinco días. En primer lugar puede ocurrir que el asegurado conozca de una dolencia pero no de su gravedad. Le duele la columna pero la atribuye a cansancio y no a lumbago. Tal vez el se pueda salvar esta objeción al referir el término conocer a entender que se ha producido una agravación.

Pero ¿qué sucede si conoce de una disminución de los riesgos? Si el asegurado notifica a la aseguradora que ya no trabaja a 5 mil metros de altura en una faena minera. O que ha dejado de practicar el paracaidismo que antes había informado a la aseguradora. A nuestro entender y conforme la doctrina expuesta igualmente debe ajustarse la prima y disminuir su valor.

III LA INSTITUCIÓN DE LA INDISPUTABILIDAD.

La indisputabilidad²⁶ es la institución del derecho de seguros en virtud de la cual después de transcurrido un tiempo de cobertura (en Chile dos años), no pueden perjudicar al asegurado las omisiones o reticencias que, sin mala fe, haya realizado al efectuar la declaración del seguro en base a la cual se ha emitido y formalizado la póliza²⁷.

Esta cláusula puede ser incorporada al contrato de forma voluntaria por las partes o exigida por ley. En Chile la incorporación de la cláusula se debe a las compañías de seguro que la han introducido en las condiciones generales de diversas coberturas de riesgos sobre las vidas de las personas siguiendo las pautas adoptadas en gran parte del mundo en estas materias.

El hecho de que una compañía aseguradora se percate desde el inicio de la vigencia del contrato de seguro, que el proponente o asegurado incurrió en omisión o un juicio falso, o en una inexacta declaración, ha propiciado la incorporación de esta cláusula. Si esa empresa permitiera que el asegurado continuara pagando las primas bajo el supuesto que de presentarse algún evento o siniestro podría negarse a indemnizar, su actuar sería reprochable. Las mismas empresas aseguradoras buscaron erradicar este peligro que sembraba desconfianza entre los asegurados²⁸.

²⁶ También llamada incontestabilidad o inimpugnabilidad.

²⁷ GASPERONI, NICOLA, "Appunti sulla cláusula di incontestabilità", en *Revista Assicurazioni*, Roma, 1966, pp. 123-140; LATORRE CHINER, NURIA, *La Agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Comares, Valencia, 2000, pp. 284-287; MORANDI, JUAN CARLOS, "La reticencia y la falsa declaración precontractual en el seguro de vida y la incontestabilidad del contrato en la legislación argentina", en AA.VV, *Escritos en honor de Antígono Donati*, Roma, 1970, v. I, p. 398.

²⁸ El artículo 50 de la Ley sobre el Contrato de Seguro mexicana es elocuente al señalar: "A pesar de la omisión o inexacta declaración de los hechos, la empresa aseguradora no podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: I. Si la empresa provocó la omisión o inexacta declaración". (VILLARREAL, SERGIO, *Antigüedad, preexistencia, indisputabilidad y omisión, falsa e inexacta declaración en el contrato de seguro*, Tesis para optar al grado de Doctor, México, 2007, p. 90).

El proyecto de ley en el artículo 592 se recoge la indisputabilidad en los siguientes términos:

“Indisputabilidad. Transcurridos dos años desde la iniciación del seguro, el asegurador no podrá invocar la reticencia o inexactitud de las declaraciones que influyan en la estimación del riesgo, excepto cuando hubieren sido dolosas”.

A nuestro parecer la inclusión de esta cláusula en el proyecto de reforma de modificación del Código de Comercio es de tal importancia que justifica la modificación del texto legal actual. En efecto, la transparencia que proporcionará la indisputabilidad desde el momento en que el contrato resulte inatacable en relación con las declaraciones del asegurado blindará al contrato de seguro y lo potenciará en el mercado.

Podría lograrse un efecto de mayor profundidad si la indisputabilidad comenzara a aplicarse al concluir un plazo breve (por ejemplo de 60 días) en el que la aseguradora puede informarse perfecta y adecuadamente del estado del riesgo y proyectar el período de vida del asegurado.

IV EL SUICIDIO COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Nos parece relevante que el proyecto de ley que se tramita en el parlamento señale en el artículo 598 lo siguiente respecto a la provocación del riesgo por suicidio en el seguro de vida:

El siniestro causado dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar. Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado sólo quedará cubierto a partir de dos años de la celebración del contrato, o de haber estado vigente el seguro por igual plazo en virtud de sucesivas renovaciones.

El artículo 575 del Código de Comercio señala: “El seguro de vida se rescinde 1º Si el que se ha hecho asegurar su vida la perdiere por suicidio o por condenación capital, o si la perdiere en duelo o en otra empresa criminal, o si fuere muerto por sus herederos. Esta disposición es inaplicable al caso del seguro contratado por un tercero”

Las condiciones generales de las diversas pólizas de seguros de vida en la actualidad incluyen cláusulas del siguiente tenor:

"Este seguro no cubre el riesgo de muerte si el fallecimiento del asegurado fuere causado por: Suicidio, auto-mutilación, o auto-lesión, a menos que de acuerdo al N° 7 del artículo 556 del Código de Comercio se acredite que el asegurado actuó totalmente privado de la razón, correspondiendo, en todo caso, a la compañía acreditar el hecho del suicidio. No obstante lo anterior, la compañía aseguradora pagará el capital asegurado al o los beneficiarios, si el fallecimiento ocurriera como consecuencia de suicidio, una vez que hubieran transcurrido dos (2) años completos e ininterrumpidos desde la fecha de contratación del seguro, desde su rehabilitación o desde el aumento de capital asegurado"²⁹.

1.2 Doctrina en relación con el suicidio

Si el asegurado provoca su misma muerte, la compañía aseguradora no está obligada a pagar la prestación ya que el siniestro se produce a consecuencia de un hecho voluntario del propio asegurado. Pero si el hecho del suicidio no puede ser calificado como un acto voluntario, la aseguradora deberá ejecutar la prestación.

La mayoría de la doctrina ha llegado a esta conclusión y en la actualidad resulta común distinguir entre suicidio voluntario e involuntario, caracterizando el primero como aquel en que la persona actúa ejerciendo su libertad y al segundo con falta de ella³⁰. CESAR VIVANTE señala que cuando el suicida padece de locura, el acto del suicidio es un caso fortuito, y negarle en tal caso la suma asegurada al beneficiario es contradecir al fin principal del contrato, que es el de garantizar al asegurado contra los riesgos fortuitos de muerte³¹.

El asegurador no deberá la prestación si el suicidio se comete voluntaria y libremente. Pero si bajo el influjo de un dolor, pasión o turbación invencible e irresistible, se quita la vida, no hay culpa, porque su voluntad no fue libre. Esto puede entenderse si se examina la disposición legal y las figuras típicas que incluye. De esta forma, si la ley y las coberturas de las pólizas ponen el suicidio juntamente con la condena a pena capital y con el duelo, significa que exige en el primer caso, la culpa que es necesaria en los otros; allí donde cesa la culpa comienza la fuerza mayor, de la que los aseguradores responden según los términos generales de su contrato³².

²⁹ artículo 2 de póliza registrada en S.V.S. Seguro de vida individual temporal POL 208037.

³⁰ BADO CARDOZO, VIRGINIA, "El suicidio como causal de nulidad en el contrato de seguro", en *Revista de la facultad de derecho*, n° 22, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2003. pp. 109-116.

³¹ VIVANTE, CESAR, ob.cit. p., 89.

³² VIVANTE, CESAR, ob. cit. p., 90.

Según otra corriente doctrinal, no hay que indagar si el asegurado tenía o no una justa apreciación de las cosas, sino si tuvo la intención de quitarse la vida y si coordinó todos sus actos a ese fin. Puede ser que su pensamiento estuviera alterado por la pasión, o una contrariedad o enfermedad, pero que fue capaz de razonar, de prever las consecuencias de su acto, y lo ejecutó voluntariamente³³.

En definitiva, el suicidio de una persona es aceptado como causa de muerte por las aseguradoras, siempre que se determine la falta de voluntad del asegurado, generalmente debido a enfermedades mentales o depresiones³⁴. Para el nuevo tratamiento del suicidio pueden esgrimirse razones comerciales encaminadas a superar la competencia con otras compañías aseguradoras existentes. También se funda en la necesidad de proporcionar seguridad de cobertura de la indemnización al asegurado y sus beneficiarios cuando, después de cierto tiempo [en Chile dos años], queda claro que el asegurado no actuó de mala fe al momento de contratación del seguro al omitir algún antecedente³⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado orientado por la jurisprudencia Judicial y administrativa. Los dictámenes de nuestra Superintendencia de Valores de Seguros han abierto la posibilidad a la actuación no voluntaria. Por eso, es común encontrar en las condiciones generales o especiales de las coberturas de seguro de vida cláusulas que indiquen que el suicidio de la persona asegurada se encuentra excluido, salvo que la relación contractual haya estado vigente interrumpidamente por un extenso periodo de tiempo³⁶.

El proyecto de reforma que hemos estado analizando resuelve esta materia excluyendo el suicidio doloso e incluyendo por la vía de una convención al suicidio como parte del riesgo asegurado.

³³ BADO, VIRGINIA,, ob. cit. p., 113.

³⁴ CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, *Jurisprudencia sobre seguros, recopilación y análisis* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 241.

³⁵ En el Derecho argentino la cláusula de indisputabilidad respecto del suicidio es aceptada siempre y cuando no haya fraude de parte del sujeto asegurado. Es decir no será indisputable si se puede probar que el asegurado contrató el seguro con la idea de suicidarse y junto con beneficiar a sus deudos defraudar a la aseguradora. En definitiva si puede probar la mala fe del asegurado el seguro es disputable y si hay buena fe pasa a ser indisputable.

³⁶ Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio n° 191 de 13 de enero de 1966 contenido en Revista de la Superintendencia de compañías de seguros, Sociedades Anónimas y bolsa de comercio n° 2, de Septiembre de 1966 y reproducido en Dictámenes mercado de seguros 1928-1999 indica que "faltando la inteligencia en el sujeto, esto es, la facultad de comprender, concebir, juzgar y comparar ideas, aún cuando el asegurado haya puesto fin a su existencia sin presiones extrañas, estaríamos en presencia de un suicidio material, en el que no concurre la voluntad libre del asegurado que presupone la adecuada interpretación del artículo 575 del Código de Comercio" El atentado contra la vida, para poder ser indemnizable por las aseguradoras, debe ocurrir en casos que se ha comprobado fue hecho por el asegurado debido a trastornos mentales".

IV SUGERENCIAS

Respecto de lo expuesto en las diversas coberturas de vida se podría incluir en el proyecto el sentido o definiciones de algunas expresiones. En concreto se echa en falta el pronunciamiento sobre la aceptación y pago de la prestación por suicidio bajo presión psicológica o por privación de razón como se acepta en la doctrina. La fórmula expuesta en el artículo 598 del proyecto, constituye un significativo avance pero no permite que se pague la prestación si el que se quita la vida lo hiciere antes de los dos años, privado de razón como lo aceptan las compañías en las condiciones generales de algunas coberturas.

Igualmente se echa de menos un pronunciamiento acerca de aquellas cláusulas que ponen término al contrato en que el asegurado se ve afectado por pena de muerte o participación en cualquier acto delictivo³⁷. Nos parece de gran apertura la expresión "acto delictivo", y por consiguiente se pudo dar un concepto de lo que debe entenderse por este ya que de lo contrario la compañía podría aplicarlo muy extensamente.

También se echa de menos el pronunciamiento legal vinculado a poner término del contrato sin prestación en caso de verificarse un "Acto delictivo cometido, en calidad de autor o cómplice, por un beneficiario, o quién pudiere reclamar la cantidad asegurada o la indemnización"³⁸. En el evento de existir más de un beneficiario, la compañía pagará a los restantes beneficiarios, no comprendidos en esta causal, conforme a lo dispuesto en el artículo N° 58, del DL. 3.500, de 1980³⁹.

Entendemos que el nuevo cuerpo legal no puede abordar todas las cuestiones y problemas derivados de las cláusulas o condiciones generales y tal vez allí se encuentra la razón de no haberlas incluido en el proyecto.

V CONCLUSIONES

1- Nuestro Derecho contempla leyes e instituciones que favorecen la reserva y el secreto como la referida a la actividad bancaria y la ley de mercado de valores. Sin contraponerse a lo anterior y aras de la transparencia ha establecido el deber de informar en contratos mercantiles como el seguro.

2- El deber de declaración del riesgo correspondiente al asegurado se encuentra equilibrado con el derecho a información en el proyecto de modificación de los seguros de vida.

³⁷ Se incluye en POL 207009 inscrita en el registro de pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros el 17/01/2007.

³⁸ Cometer actos delictivos, como por ejemplo el manejo en estado de ebriedad y las posteriores lesiones o fallecimiento del asegurado constituye una de las causales más frecuentes de exclusión de la prestación y término del contrato.

³⁹ CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO, *Jurisprudencia sobre seguros, recopilación y análisis*, ob. cit., p. 84.

3- Los límites establecidos en el proyecto se deben tanto a la determinación del riesgo como a su modificación (agravándolo o disminuyéndolo) e incorporan instituciones propias de la práctica mercantil como las relativas al contenido del seguro, al conocimiento de las enfermedades del asegurado y la información que tiene la aseguradora sobre el asegurado.

4- La indisputabilidad constituye una institución que recoge el proyecto de reforma del Código de Comercio como "Indisputabilidad. Transcurridos dos años desde la iniciación del seguro, el asegurador no podrá invocar la reticencia o inexactitud de las declaraciones que influyan en la estimación del riesgo, excepto cuando hubieren sido dolosas".

5- Nos parecería de utilidad incorporar un plazo breve (60 días) en que la aseguradora se informara del riesgo al cabo del cual el contrato se volviera indisputable.

6- Se echan de menos en el proyecto soluciones respecto del tratamiento del suicidio con privación de razón, de que debe entenderse por acto delictivo tanto para el asegurado como para el beneficiario conforme a legislación.

7- Sin perjuicio de las críticas y sugerencias que busca afinar la iniciativa estudiada nos parece que si el proyecto de ley propuesto reformara la ley actual tendríamos una legislación de vanguardia y el mercado asegurador tendría en acto lo que actualmente las prácticas comerciales sostienen en potencia.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO PRIVADO DE SALUD EN CHILE. UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA ISAPRE

MARCELO GALLARDO CAMUS*

Resumen: El seguro de salud que comercializan las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) en Chile, constituye una modalidad de seguro de salud única en el mundo, pues se trata de un seguro privado que debe contemplar una serie de coberturas mínimas legales y es financiado, al menos en parte, por medio de cotizaciones legales obligatorias que aporta el asegurado, características que le dan una fisonomía propia de un seguro social de salud más que de un seguro privado. Sin embargo, como las ISAPRE son entidades de naturaleza privada, normalmente sociedades anónimas, ejercen en su relación con los cotizantes o asegurados, una serie de facultades propias de una compañía aseguradora privada, generando por este motivo, una serie de conflictos, que a nuestro juicio, tienen su origen en esta dualidad presente en la naturaleza jurídica del contrato de salud previsional, vínculo privado que regula una relación previsional que normalmente es de origen público y legal.

INTRODUCCIÓN

El seguro de salud es aquel seguro que permite al asegurado¹ cubrir el riesgo patrimonial implícito en la contingencia de enfermedad o alteración de su salud, en el entendido que la salud es un bien personal e individual² susceptible de ser asegurado a cambio de una prima.

* Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidato a Doctor en Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho de Seguros de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Al referirnos al asegurado o cotizante, estaremos incluyendo a los beneficiarios o cargas familiares de éste. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 202 del DFL N° 1, de 2006, el que dispone que: *"Los contratos celebrados entre la Institución y el cotizante deberán considerar como sujetos afectos a sus beneficios, a este y a todos sus familiares beneficiarios indicados en las letras b) y c) del artículo 136 de esta Ley. Los beneficios del contrato se extenderán por el solo ministerio de la ley a todos los nuevos familiares beneficiarios que declare el cotizante. Asimismo, estos beneficios se extinguirán automáticamente, respecto de quienes pierden dicha calidad."*

² La salud o la protección de la salud es un bien individual y privado de cada persona, pero al mismo tiempo es un bien de interés colectivo o social, en orden a que la sociedad en su conjunto o parte de ella (como puede ser un gremio, una empresa, una nación o el Estado) tiene interés en la salud de sus miembros. La OMS ha conceptualizado la salud de la siguiente forma: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.». Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, pp. 100), el que entró en vigor el día 7 de abril de 1948. Esta definición no ha sido modificada desde 1948.

La enfermedad³, puede producir diversas consecuencias económicas negativas para el patrimonio del individuo, más allá del evidente menoscabo o deterioro físico, tales como los gastos en prestaciones médicas o de asistencia sanitaria – asistencia médica ambulatoria, hospitalaria y farmacéutica – que ha de sufragar el individuo o su familia. Y si el enfermo desarrolla una actividad laboral o productiva, tendremos que sumar a los gastos de asistencia sanitaria, la pérdida de ingresos derivada de su inactividad laboral durante el tratamiento médico y su recuperación, gastos y lucro cesante que sin duda pueden afectar severamente el patrimonio de cualquier persona.

Por lo anterior es bien sabido que los seguros de salud forman parte fundamental de cualquier sistema de salud en cualquier país del mundo, razón por la que se le considera una institución jurídica de gran interés público, ya que es sumamente relevante para todos aquellos individuos que no cuentan con los medios económicos suficientes para sufragar los gastos médicos de forma particular. Por esto es que todo sistema de seguridad social, cualquiera sea la forma en que éste se halle implementado, tendrá como misión fundamental la debida protección de la salud de los ciudadanos y por tanto, la creación y coordinación de un sistema de salud que cumpla con esa función a través de la cobertura financiera de los gastos sanitarios.

La técnica del seguro utilizada para la cobertura del riesgo de enfermedad puede ser de dos tipos⁴: aquella propia de un seguro social de salud, en donde el esfuerzo de financiar el seguro es soportado tanto por el individuo, a través de la cotización de un porcentaje de sus remuneraciones, como por la sociedad en su conjunto, a través del Estado en su doble rol de recaudador de impuestos y proveedor de prestaciones médicas⁵. O por el contrario, se puede manifestar como un seguro privado de salud, en donde el asegurado contrata un seguro comercializado por una empresa aseguradora y financia el pago de la prima de forma individual, sin que opere a su favor ninguna forma

³ El concepto de enfermedad incluye toda alteración del estado de salud físico y mental de la persona, así como todo menoscabo a la integridad física de la persona derivada de una causa natural.

⁴ En términos de contexto, este artículo considerará para sus comparaciones, los sistemas de salud implementados por los países europeos, EE.UU y países latinoamericanos.

⁵ Los Sistemas de Salud de tipo Contributivos, como el descrito, son los normalmente utilizados en los Sistemas de Seguridad Social europeos (Alemania, Francia). Mientras que en Inglaterra, por ejemplo, el Sistema Nacional de Salud (National Health System) es financiado totalmente por el Estado, con el dinero que recauda vía impuestos. En Chile esta modalidad de aseguramiento social de salud es desarrollada por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), entidad que otorga a sus beneficiarios la protección financiera necesaria para cubrir las prestaciones de salud otorgadas, principalmente, por los establecimientos públicos de las Redes Asistenciales de Salud que conforman los 29 Servicios de Salud a lo largo del territorio nacional.

de subsidio o solidaridad que le ayude a financiarlo^{6/7}.

Los seguros sociales de salud, suelen tener como características principales, el ser netamente asistenciales, tener vocación universalista, objetivos de equidad en el acceso a las prestaciones de salud y solidaridad en su financiamiento por medio del pago de cotizaciones obligatorias y aportes del Estado⁸, mientras que el seguro privado de salud se financia individualmente, no pretende cubrir a toda la población sino sólo a aquellos que pagan la prima y sus beneficiarios y no contempla mecanismo alguno de solidaridad, esto debido a que la relación entre asegurado y compañía aseguradora es bilateral, en el sentido de que no existe interacción ni interés en lo que ocurra o las condiciones que reciben los otros asegurados al mismo seguro.

En Chile el seguro de salud se manifiesta como seguro social de salud en la cobertura y rol que cumple FONASA ante sus beneficiarios, como entidad aseguradora del Estado que cumple la función de financiar las prestaciones y beneficios de salud que sus beneficiarios reciben, principalmente, de los prestadores públicos de salud organizados en los Servicios de Salud dependientes del Ministerio de Salud.

A su turno, el seguro privado de salud se manifiesta en Chile a través de dos seguros muy distintos entre sí, por un lado, el seguro de salud contenido en los planes de salud que comercializan las ISAPRE (Instituciones de Salud Previsional) y por el otro, los seguros complementarios de salud que comercializan las Compañías de Seguro como un seguro complementario a la cobertura que el asegurado recibe, sea del FONASA sea de una ISAPRE a la que se encuentra afiliado.

El objeto de este artículo es hacer un análisis jurídico y crítico de la normativa que regula el seguro privado de salud que comercializan las ISAPRE y extraer, a partir de ese análisis, los rasgos más relevantes de su naturaleza jurídica, a fin de mostrar cómo la regulación que se ha hecho de estas instituciones y el seguro de salud que éstas comercializan, ha generado muchas controversias y reparos de la opinión pública en razón de las negativas consecuencias que traído tanto para el sistema de salud, en particular,

⁶ En los países occidentales, normalmente el Seguro Privado de Salud opera como un seguro complementario a la cobertura que entrega el Seguro Social de Salud y por tanto, su financiamiento existencia surge del sólo interés del asegurado por tener una mejor cobertura para el riesgo de enfermedad y no como una imposición de los poderes públicos que lo obligan al pago de una cotización mensual que se descuenta de sus remuneraciones.

⁷ GARRIGUES, Joaquín, *"El Contrato de Seguro Terrestre"* (Ed. Imprenta Aguirre, Madrid, España, 1981, pp. 3). *"Las diferencias más importantes (entre el seguro social y el seguro privado) no solo están en la fuente de los derechos y obligaciones de los interesados, que en los seguros sociales es la ley y en los privados el contrato, sino en la estructura de la relación aseguradora y en la índole de las prestaciones de los asegurados, las cuales tienen la forma de prima en el seguro privado y de aportación o cotización, impuesta por el Poder público en los seguros sociales, tanto a los empresarios como a los trabajadores."*

⁸ *Ibid.*, pp. 3. *"El seguro llamado "social" carece de las notas de voluntariedad, libertad y proporcionalidad entre la prima y el riesgo, propias del seguro privado."*

como para el sistema de seguridad social y previsional, en general, dando cuenta de una política pública no exenta de reparos, cuestionada por la opinión pública y de creciente judicialización, cuyo origen creemos que se encuentra en la naturaleza público-privada que el legislador dispuso tanto para las Instituciones de Salud Previsional como para los contratos de salud previsional que contienen este seguro.

En efecto, creemos que el hecho de darle un carácter previsional a una entidad de derecho privado genera confusiones y conflictos entre esa entidad y sus cotizantes, pues éstos, con justa razón, pretenden obtener de ellas una serie de bienes públicos, garantías y beneficios propios de un sistema de seguridad social, mientras que la entidad privada busca cumplir la ley en cuanto a la cobertura financiera que debe entregar al cotizante, pero al mismo tiempo, tiene todos los incentivos para buscar la mayor rentabilidad a su inversión, elemento ajeno a los principios que sustentan los sistemas de seguridad social.

II CONSIDERACIONES GENERALES PARA LA CLASIFICACIÓN DEL SEGURO DE SALUD QUE COMERCIALIZAN LAS ISAPRE

Siguiendo a GARRIGUES⁹, podemos clasificar al seguro privado de salud en función a la naturaleza de la prestación a la que se obliga el asegurador, distinguiendo de esta forma entre los seguros de enfermedad, que son aquellos seguros de salud en los que la Entidad aseguradora se obliga, a cambio de una prima, al pago de ciertas prestaciones económicas, sumas o indemnizaciones durante el tiempo que dure la alteración de la salud que afecta al sujeto asegurado; y los seguros de asistencia sanitaria, que son aquellos seguros en donde la Entidad aseguradora se obliga, a cambio de una prima, a otorgar directamente o a través de un prestador en convenio, las prestaciones médicas necesarias para la recuperación de la salud.

Estas son dos modalidades de seguro de salud totalmente distintas, tanto en su estructura contractual interna como en su naturaleza jurídica, toda vez que el seguro de enfermedad es un seguro de sumas que busca dar cobertura al asegurado respecto del daño causado en su patrimonio por la aparición de la enfermedad, mientras que el seguro de asistencia sanitaria es un seguro de prestación servicios donde el asegurador se compromete a otorgar, por si mismo o en convenio con un centro asistencial, la prestación

⁹ *Ibíd.*, pp. 36: "la clasificación del seguro debe tomar como criterio la diversa naturaleza de la prestación del asegurador". Así, GARRIGUES distingue entre seguros de intereses, seguros de personas y el "tipo intermedio" de seguros de personas o impuros, entre los que se cuentan los seguros de prestación de servicios. En general, tanto la doctrina como la legislación han distinguido dentro del seguro privado de salud dos grandes modalidades: el seguro de enfermedad y el seguro de asistencia sanitaria, así por ejemplo, las Directivas Comunitarias Europeas que tratan sobre la regulación de seguros distinguen claramente entre estas dos modalidades de seguro de salud, particularmente porque la regulación del seguro de asistencia sanitaria implica necesariamente la supervisión y fiscalización de aspectos sanitarios o asistenciales, mientras que el seguro de enfermedad se adapta perfectamente al modelo de regulación general de seguros.

de salud, sea un servicio médico, quirúrgico o farmacéutico, que requiera el asegurado para la recuperación de su salud.

En Chile podemos apreciar ambas modalidades bajo diversas vestimentas, así por ejemplo, cuando un plan de salud dispone en su plan complementario¹⁰ la libre elección del prestador de salud y el pago de la prestación lo realiza directamente el asegurado al centro asistencial, para luego requerir el reembolso de lo gastado a la ISAPRE, se está ejecutando la modalidad de seguro de enfermedad.

Esta misma modalidad es aún más fácil de identificar en los seguros complementarios de salud que comercializan las Compañías de Seguro, en donde el asegurador se obliga a indemnizar todo o parte de lo no financiado por la ISAPRE a la que esté afiliado el asegurado o por el FONASA, según corresponda¹¹.

Por su parte, la modalidad de seguro de salud de asistencia sanitaria la encontramos claramente en los planes de salud cuyo plan complementario es de tipo cerrado, es decir, aquellos en donde el asegurador (la ISAPRE) se obliga a otorgar las prestaciones de salud que requiera el asegurado o sus beneficiarios, con 100% de cobertura, en la medida que dichas prestaciones sean otorgadas exclusivamente por un determinado prestador de salud, el que normalmente pertenece al mismo grupo económico o holding al que pertenece la ISAPRE¹² o se trata un establecimiento asistencial con el cual la ISAPRE ha suscrito un convenio para esos efectos.

En consecuencia, el seguro de salud que comercializan las ISAPRE es un seguro podemos clasificar en ambas categorías, toda vez que puede contener cualquiera de las

¹⁰ Los Planes de Salud que comercializan las ISAPRE están compuestos de 3 elementos: Los beneficios mínimos obligatorios, la cobertura para las prestaciones GES y el Plan Complementario, pudiendo este último ser configurado como uno cualquiera de estos 3 tipos: Plan de Libre Elección, Plan Cerrado o Plan con Prestador Preferente (Art. 189 DFL N° 1, de Salud, de 2006).

¹¹ Normalmente estos seguros complementarios de salud contemplan un tope de cobertura o monto máximo de indemnización anual por beneficiario, razón por la que si el plan de ISAPRE del asegurado tiene baja cobertura o éste es beneficiario del FONASA, aún teniendo ambos seguros, no tiene la certeza de estar cien por ciento asegurado respecto del riesgo de enfermedad.

¹² El artículo 173 del DFL N°1, de Salud, de 2006, dispone que ninguna ISAPRE puede, por una parte, otorgar directamente las prestaciones de salud, evitando de esa forma el modelo usado por la Mutuas en España, y por otra, participar de la administración de un prestador de salud, medida que busca evitar la integración vertical entre aseguradora y prestador de salud, lamentablemente, dicha norma es incompleta y deja libre la posibilidad de que la ISAPRE pertenezca al mismo holding que un prestador o sea su accionista minoritario o mayoritario, pero sin injerencia en su administración, con lo cual se cumple la norma pero no el objetivo previsto por el legislador. En efecto, la señalada norma dispone que: "Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores".

modalidades antes descritas, al unísono o alternativamente, ya que en su configuración puede contener elementos propios de un seguro de enfermedad o de sumas y al mismo tiempo elementos propios del seguro de asistencia sanitaria, lo que unido a la presencia de elementos de derecho público en su vertiente previsional y de derecho privado en su vertiente asegurativa, hacen de éste un seguro único e inclasificable en las categorías existentes.

III EL SEGURO DE SALUD DE ISAPRE ¿ES UN SEGURO PRIVADO CON COMPONENTES DE DERECHO PÚBLICO? O ¿ES UN SEGURO PREVISIONAL CON COMPONENTES DE DERECHO PRIVADO?

Normalmente al seguro contenido en los planes de salud que comercializan las ISAPRE se le ha catalogado como un seguro privado de salud, que juega un rol protagónico en el sistema privado de salud al que se refiere la Constitución Política de la República.

En efecto, de acuerdo a la interpretación armónica que se ha hecho de las disposiciones constitucionales contenidas, primero en el artículo 19 número 9, parte final, que establece que “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”, luego en el numeral 18 del mismo artículo, que dispone, en el marco del derecho a la seguridad social, que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas” y finalmente, lo dispuesto en el número 21 de la misma norma, en el sentido de que toda persona tiene “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”, es posible afirmar que la participación de personas naturales y jurídicas de derecho privado en el ámbito de la salud es perfectamente legítima y no es más que otra manifestación de la libertad de comercio e industria garantizada constitucionalmente en Chile.

Ahora bien, a nuestro juicio, este seguro de salud que comercializan las ISAPRE tiene una naturaleza más compleja que la de un seguro privado de salud, de hecho sostenemos que su naturaleza no es, ni puede ser, del todo privada para que cumpla el objeto para el que fue creado, esto es, ser una alternativa al seguro público de salud implementado por los poderes públicos, a través del FONASA, para los beneficiarios del sistema público de salud. En otras palabras, no puede ser del todo privada una institución que recibe cotizaciones legales e impide a sus asegurados, afiliados o clientes, por el hecho de haber contratado con ella, acceder a las prestaciones y beneficios del sistema público de salud. El cotizante debe optar siempre de acuerdo a este modelo de aseguramiento.

Lo anterior queda de manifiesto al analizar el origen e inicios de este seguro de salud, concebido como una creación pública, legislativa, diseñada especialmente para incorporar mecanismos de mercado al interior del sistema de salud.

El legislador decide introducir, por razones de política económica, un nuevo actor en la estructura previsional que otorgase una oferta privada de seguro de salud que diera cobertura financiera para la protección de la salud, ahorrando de paso el gasto público en subsidios a la producción de bienes y servicios de tradicional oferta pública, como son el otorgamiento de prestaciones de salud y su cobertura financiera¹³.

El seguro de salud que comercializan las ISAPRE, en su origen y evolución siempre ha tenido que contemplar en su contenido, componentes de derecho público y de derecho privado que lo hacen un seguro híbrido, público – privado, extraño a las legislaciones comparadas y a la doctrina dedicada a esta área del derecho, haciendo del mismo un objeto de difícil estudio y clasificación, que obliga a quien lo trate, a revisar y acercarse a características y elementos más bien económicos que jurídicos para adentrarse en su naturaleza¹⁴ y funcionamiento como parte esencial de un engranaje montado al interior del sistema de salud para crear un “mercado de la salud”¹⁵.

IV ELEMENTOS DE DERECHO PÚBLICO QUE CONFIGURAN EL SEGURO DE SALUD DE ISAPRE

El sistema de aseguramiento privado de la salud dispuesto en nuestro país a través del sistema ISAPRE, tiene elementos esenciales que son propios de un seguro social de salud y al mismo tiempo, elementos propios de un seguro privado de salud.

Entre los contenidos propios de un seguro social de salud podemos destacar los siguientes:

¹³ Las razones que llevaron a los poderes públicos a crear esta alternativa, creemos que son netamente políticas y radican en la concepción del Estado como un Estado subsidiario, que sólo actúa donde los privados no lo hacen, en crear “soluciones” que evitaren el temido endeudamiento público habitual para el financiamiento de los sistemas de seguridad social y elevar la libertad de elección a la categoría de derecho fundamental garantizado por la Constitución para diversos bienes, entre otros, la libertad de elección del prestador y del asegurador en materia de salud, en el entendido que ambos conforman el sistema privado de salud en Chile.

¹⁴ Las ISAPRE nacen a la vida jurídica por medio del D.F.L. N° 3 de Salud, del año 1981, norma que establece que estas entidades están facultadas para recibir el 7% de cotización para salud (DFL 3500, de 1980) y otorgar las prestaciones de salud a la que estaban obligados los Servicios de Salud, que se denominarán Instituciones de Salud Previsional y que le serán aplicables las normas que les sean propias de acuerdo a su naturaleza jurídica. El problema ha sido que ni esa norma ni ninguna otra posterior, ha definido la naturaleza jurídica de las ISAPRE.

¹⁵ En Chile el mercado de la salud está compuesto por sub-mercados que interactúan entre sí con la finalidad de lograr la mayor rentabilidad posible ofreciendo productos y servicios a una demanda compuesta por personas aquejadas por la enfermedad y sus familias, quienes han de soportar en muchos casos la carga moral y financiera que acompaña indefectiblemente a la enfermedad. Estos sub-mercados son: el de prestadores privados de salud, el de seguros de salud privados, el farmacéutico y el de materiales e insumos médicos y sanitarios.

La ISAPRE debe disponer en sus planes de salud, un contenido mínimo de prestaciones de salud a las que se obliga a otorgar cobertura¹⁶.

Toda ISAPRE está obligada legalmente a dar cobertura financiera a todas las prestaciones de salud comprendidas en el denominado "Arancel del FONASA"¹⁷, es decir, a todas las prestaciones a las que el FONASA está obligado a dar cobertura en el sistema público de salud, las que deben estar comprendidas en la cobertura que ofrecen los planes de salud que comercializan las ISAPRE¹⁸, con lo cual se está estableciendo un mínimo similar al estándar público en cuanto al alcance de la cobertura en materia de prestaciones de salud. Sobra señalar que dicho Arancel contempla muchísimas prestaciones y procedimientos, pero siempre irá por detrás del avance científico y tecnológico en materia de salud, por lo que se debe considerar como un mínimo en materia de cobertura.

Además de lo anterior, la ley le impone a las ISAPRE la obligación de cubrir financieramente determinadas prestaciones que componen una serie de beneficios mínimos a los que tienen derecho los cotizantes, a saber, los Beneficios Mínimos Obligatorios¹⁹ y la cobertura que deben prestar a todas aquellas prestaciones comprendidas en las Garantías Explícitas en Salud (GES). De tal forma que ambas coberturas, sumadas a la Cobertura

¹⁶ Las ISAPRE nacen como alternativa o remplazo de los servicios de salud y del FONASA como entidades públicas encargadas del otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, a los beneficiarios del sistema público de salud. Así lo indica expresamente el artículo 1° del DFL N° 3, de 1981: "Dichas instituciones sustituirán en el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud a los Servicios de Salud y al Fondo Nacional de Salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14° y 15° de esta ley". La normativa vigente (artículo 171 del DFL N° 1, de 2006, define a las ISAPRE a partir de sus funciones y características cuando dispone que "Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 135 de esta Ley (beneficiarios al Régimen de Prestaciones de Salud que contiene la garantías GES). Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el número 7 del artículo 13 de la ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, se entenderá que dichas Instituciones sustituyen en las prestaciones y beneficios de salud a los Servicios de Salud y Fondo Nacional de Salud. Las Instituciones deberán constituirse como personas jurídicas y registrarse en la Superintendencia". Por consiguiente, resulta lógico que, a lo menos, la ISAPRE le asegure al cotizante que viene emigrando del sistema público, la misma cobertura en cuanto a prestaciones y subsidios que dicho sistema le garantizaba.

¹⁷ La última versión del Arancel del FONASA está contenida en la Resolución Exenta N° 249, del 18 de abril de 2011, de este mismo organismo.

¹⁸ El artículo 189 del DFL N° 1, de 2006, dispone que "se deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas señaladas precedentemente, el que incluirá los beneficios del artículo 149 de esta Ley, y los referidos en el artículo 194 de esta ley, en tanto no sean parte de dichas Garantías Explícitas, incluyendo copagos máximos, porcentajes de cobertura y valores sobre los cuales se aplicarán, según corresponda. Este plan deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el Régimen General de Garantías en Salud".

¹⁹ Estos beneficios son: el examen de medicina preventiva, la atención de las mujeres embarazadas hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, la atención del recién nacido hasta los seis años de edad, el pago de los subsidios por incapacidad laboral por licencias médicas que no correspondan a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) y los beneficios de la Ley de Urgencia, permiten al legislador descansar, a saltos, pero descansar un poco, en la tranquilidad de que los cotizantes de una ISAPRE pueden contar con un conjunto de coberturas básicas, algo así como un seguro mínimo de salud, a cambio de la cotización del 7% de sus remuneraciones con las que se paga la Institución de Salud Previsional o ISAPRE²⁰, aunque esto no se diga expresamente en ninguna normativa actualmente vigente.

La ISAPRE tiene la facultad de recibir cotizaciones obligatorias que se descuentan directamente de las remuneraciones del asegurado²¹

El Origen de las ISAPRE lo encontramos en el artículo 84 del Decreto Ley N°3500, de 1980, que creó las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y que con algunas modificaciones, sigue siendo el cuerpo normativo que regula el Sistema Previsional Chileno²².

²⁰ Mientras se redacta este artículo, una Comisión de Expertos en materia de salud, convocados por el Ejecutivo, discute respecto del contenido que debiera tener un plan básico de salud garantizado tanto en el sistema público como en el privado, considerando estas coberturas como la base del mismo.

²¹ La retención, declaración y pago de esta cotización es responsabilidad del empleador, quien descuenta la suma equivalente al 7% de las remuneraciones brutas del trabajador o en su caso, el precio del plan de salud contratado, y lo deposita o transfiere a la ISAPRE (artículo 185 del DFL N° 1, de 2006). Si el empleador no recibe la notificación del contrato suscrito por el trabajador y la ISAPRE, debe transferir esa suma al FONASA, toda vez que la ley presume que el cotizante, al no optar expresamente por el sistema privado de aseguramiento, ha optado por el sistema público, el que en su afán por lograr los objetivos de universalidad de cobertura trazados por la políticas públicas en salud, subsidia al sistema privado y opera por defecto a la ausencia de interés en contratar tanto por parte del cotizante que realmente opta por el sistema público como de parte de la ISAPRE que normalmente no desea contratar con un cotizante riesgoso. El objetivo es que siempre el cotizante y sus beneficiarios cuenten con la cobertura de un seguro de salud que lo proteja no solo del riesgo de enfermedad, sino también del riesgo patrimonial evidente que significa que con motivo de un siniestro, se genere su eventual ausencia al trabajo y consiguiente pérdida de ingresos por ausencia de remuneraciones, situación que requiere de la existencia de un subsidio por incapacidad laboral. Un sistema laboral sin un sistema de subsidios para la invalidez del trabajador, no parece posible. Menos en un país que adhiere expresamente a principios constitucionales que sustentan el deber del Estado de proveer y organizar un sistema de seguridad social que funcione y haga efectivo, al menos, el derecho a la protección de la salud y el derecho “al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas” (artículo 19, número 18, inciso segundo de la Constitución). Para estos efectos, en ese mismo inciso, el constituyente dispuso que “la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”, poniendo al Estado como garante de este derecho al establecer que “el Estado supervisará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”, un derecho por el que los ciudadanos pagan cotizaciones obligatorias.

²² El legislador crea las AFP como entidades privadas con fines de lucro, facultadas para recibir las cotizaciones previsionales de los trabajadores, administrar financieramente esos fondos con la finalidad de hacerlos crecer y luego gestionar el pago de los subsidios por incapacidad laboral definitiva, todo a cambio de una comisión.

En dicha norma se establecía, en primer término, que los cotizantes²³ podían aportar su cotización del 7% “o una superior, a alguna institución o entidad que otorgue al trabajador las prestaciones o beneficios de salud”, disponiendo para estos efectos que dichas instituciones deberían “registrarse en el Fondo Nacional de Salud” (FONASA).

La norma no se refería derechamente a personas jurídicas de derecho privado, ni mucho menos si estas tendrían o no fines de lucro, pero el conjunto de sus disposiciones así lo indicaba, toda vez que establecía, además del hecho que estas entidades podían recibir cotizaciones legales para salud, que el Presidente de la República quedaba facultado para “dictar las normas a las que se sujetarían esas entidades”, disponer “el control técnico al que quedarían sujetas” y regular “los contratos que deberían celebrar con los trabajadores”, evidenciando que la estructura jurídica por la que se vincularía el cotizante con esta entidad, sería una muy alejada de la vinculación tradicional que se da entre el beneficiario y la institución de seguridad social, a saber, el contrato²⁴.

Un año más tarde, el Ejecutivo dictó el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 3, de Salud, norma que crea estas entidades y las denomina como “Instituciones de Salud Previsional” o ISAPRE, disponiendo al efecto que a éstas les serán aplicables “las normas que les sean propias de acuerdo a su naturaleza jurídica”. El problema, como señalábamos, es que en ningún pasaje de la norma sea indicaba cuál era esa naturaleza jurídica, situación que sólo puede significar que se optó por la libertad de configuración jurídica interna para estas entidades y por tanto, carecía de importancia si éstas eran personas jurídicas de derecho público, corporaciones sin fines de lucro, cooperativas, sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Lo importante era que podrían reemplazar a los Servicios de Salud y al FONASA en el “otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud” que a

²³ Cotizante es todo trabajador contratado que contribuye al sistema de seguridad social a través del descuento que hace su empleador de un porcentaje de sus remuneraciones para estos fines. Los trabajadores por cuenta propia también pueden ser cotizantes, pero voluntarios, es decir, ellos mismo determinan el monto de su contribución en función de los ingresos que declaran, no así los trabajadores con contrato de trabajo o dependientes, a quienes el empleador, por obligación legal, debe descontarles un porcentaje de sus remuneraciones y pagarlo en la entidad que corresponda.

²⁴ El DFL N° 3 de 1981 disponía en su artículo 14° que: “para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud, que regula esta ley, los trabajadores deberán suscribir un contrato con la Institución de Salud Previsional que elijan. En este contrato las partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”. Actualmente, el DFL N°1, de 2006, dispone en su Artículo 184 que “Los afiliados al Régimen que establece el Libro II de esta Ley que opten por aportar su cotización para salud a alguna Institución, deberán suscribir un contrato de acuerdo a lo establecido en esta Ley. La Institución deberá comunicar la suscripción del contrato a la Superintendencia y a la entidad encargada del pago de la pensión, si el cotizante fuere pensionado, o al empleador, si fuere trabajador dependiente, antes del día 10 del mes siguiente a la suscripción del contrato. Estas comunicaciones, como también las relativas al término del contrato, que deberán informarse a la Superintendencia y a la entidad encargada del pago de la pensión o al empleador, según corresponda, se efectuarán en la forma y de acuerdo a los procedimientos que dicha Superintendencia establezca”.

esa fecha - y hasta el día de hoy – otorgan esas instituciones del Estado, a los beneficiarios del sistema público de salud²⁵.

Finalmente la norma en comento, dispuso que en el cumplimiento de estas funciones, es decir, en el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, estas entidades serían “fiscalizadas por el FONASA”, para lo cual, esa misma normativa entregó²⁶ al FONASA nuevas facultades para que pudiese ejercer dicha nueva función.

Como se puede apreciar, el legislador limitó desde un inicio el ámbito y alcance de la regulación, supervisión y fiscalización que el Estado, en su rol de garante de la fe pública, que debía ejercer sobre estas entidades por el hecho de permitirles recibir cotizaciones obligatorias, limitando estas funciones a la función sanitaria que éstas estaban llamadas a cumplir, que es la única factible de ser cumplida por el FONASA, pero obviando la necesaria regulación que requerían en su rol de empresas o compañías aseguradoras.

Así fue como no se les sometió a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros, ni se les reguló con la rigurosidad con que se regulan los aspectos financieros de las compañías de seguro, acotando dichos requerimientos regulatorios a la simple exigencia de un capital mínimo de 2.000 Unidades de Fomento y una garantía que debían depositar en el mismo FONASA, cuyo monto debía ser equivalente a lo recaudado por concepto de cotizaciones durante el mes anterior, con un mínimo de 600 Unidades de Fomento y pudiendo modificarla si el monto de lo recaudado en un mes determinado era un 20% mayor o menor que el monto depositado como garantía a esa época²⁷.

²⁵ El DFL N° 3, de 1981, disponía en su Artículo 10° que “los trabajadores que opten por aportar su cotización para salud a alguna Institución, deberán suscribir un contrato de acuerdo a lo establecido en los artículos 14° y siguientes de esta ley. La Institución deberá comunicar al Fondo, según el procedimiento que éste establezca, la suscripción del contrato a lo menos con un mes de anticipación a la fecha que las partes convengan para que los beneficios pactados se hagan exigibles. Tratándose de trabajadores dependientes, la comunicación antes señalada también deberá efectuarse al empleador, a la Caja de Previsión respectiva y a la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente, con igual antelación. En el caso de trabajadores independientes, la exigencia establecida en el inciso anterior, regirá sólo en relación con la Administradora de Pensiones respectiva”.

²⁶ El DFL N°3, de 1981, disponía una serie de facultades fiscalizadoras para el FONASA, las que le permitían registrar, fiscalizar, supervisar y sancionar a estas nuevas instituciones, llegando incluso a la facultad de cancelar su registro como ISAPRE.

²⁷ Actualmente el artículo 181 DFL N° 1, de 2006 dispone que “las Instituciones mantendrán, en alguna entidad autorizada por ley para realizar el depósito y custodia de valores, que al efecto determine la Superintendencia, una garantía equivalente al monto de las obligaciones que se señalan a continuación: 1.- Respecto de los cotizantes y beneficiarios, el monto de garantía deberá considerar las obligaciones por concepto de prestaciones por pagar, prestaciones en proceso de liquidación, prestaciones ocurridas y no reportadas, prestaciones en litigio, excedentes de cotizaciones, excesos de cotizaciones y cotizaciones enteradas anticipadamente. 2.- Respecto de los prestadores de salud, la garantía deberá considerar las obligaciones derivadas de prestaciones de salud otorgadas a los cotizantes y beneficiarios de la Institución. La actualización de la garantía no podrá exceder de treinta días, para lo cual la Institución deberá completarla dentro de los veinte días siguientes, hasta cubrir el monto total que corresponda a las referidas obligaciones”, haciendo más real la garantía que deben mantener las ISAPRE al ajustarla a la realidad de sus obligaciones tanto con sus afiliados como con los prestadores de salud.

Esta escases regulatoria dispuesta para los aspectos financieros de las ISAPRE, quedó en evidencia años más tarde cuando estalló el escándalo Holding Inverlink y quebró la ISAPRE Vida Plena S.A. perteneciente a ese grupo de empresas, oportunidad en la que se pudo conocer que dicha ISAPRE especulaba en la Bolsa de Comercio a través de la Corredora de Bolsa del mismo grupo económico, para lo cual aprovechaba que recibía mes a mes, por concepto de pago de cotizaciones de sus afiliados, una suma importante de dinero en efectivo, con la cual realizaban especulaciones bursátiles durante los 30, 60 o 90 días que se tomaban en pagarle a los prestadores de salud o en pagar los reembolsos que solicitaban sus cotizantes²⁸.

No es simple que una entidad de naturaleza privada sea al mismo tiempo una entidad previsional que reciba y administre cotizaciones legales, ya que si no se toman los recaudos regulatorios apropiados, la fe pública puede verse seriamente dañada y los cotizante, a la postre, verse perjudicados.

Autoriza las licencias médicas y paga los subsidios por incapacidad laboral de sus cotizantes con cargo a la cotización legal que recibe.

La invalidez temporal para desarrollar un trabajo o actividad remunerada, es una de las negativas consecuencias patrimoniales derivadas de la enfermedad, la que en todo caso es factible de ser asegurada por medio del seguro de salud, sea público o privado. Tanto es así, que a propósito de la obligación de pagar un subsidio por incapacidad laboral, se ha definido doctrinalmente al seguro de salud como un seguro de sumas o indemnizatorio, en circunstancias que se trata de un seguro agrupado o clasificado como un seguro de personas.

Normalmente en el seguro de salud, el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas al asegurado durante el período que dure la enfermedad, para paliar de alguna forma la pérdida que significa para éste su estado de invalidez laboral temporal.

Los seguros sociales siempre contemplan el pago de subsidios monetarios o sumas por esta causa y el caso chileno no es una excepción a la regla. De hecho antes de que se crearan las ISAPRE, el FONASA ya pagaba los subsidios por incapacidad laboral temporal a los beneficiarios que presentaran una licencia médica debidamente extendida por un médico o enfermera matrona. Luego, cuando se crean las ISAPRE, el legislador decide traspasar a estas nuevas instituciones la misma obligación de otorgar un subsidio por incapacidad laboral a sus cotizantes y beneficiarios, con cargo al mismo 7% de cotización legal para salud, prescribiendo que el derecho a estos subsidios fuere un beneficio mínimo

²⁸ Este escándalo dio origen a la denominada "Ley Corta de ISAPRE" o Ley N° 19.985 de 2003, la que homologó para las ISAPRE los requerimientos financieros que se exigen a las compañías de seguro y dispuso la obligatoriedad de auditorías externas para estas entidades.

para todos los cotizantes que emigraran al sistema privado de salud²⁹.

Ahora, si bien se trata de una obligación normalmente relacionada con la seguridad social, en el papel no parece descabellado que esa misma función la cumpla una entidad privada, que quizás lo haga de manera más eficiente, esto es, más barato (pagando menos), más rápido y con mejor atención al cliente. El problema surge cuando esta entidad encargada del pago del subsidio tiene fines de lucro, pues en ese caso tendrá los incentivos económicos puestos en lograr la mayor rentabilidad posible, más que en pagar subsidios a sus cotizantes, razón que vuelve polémica la facultad que se les entrega de revisar la pertinencia del subsidio y determinar ante sí y a su entero arbitrio, si corresponde pagar el subsidio o no, transformándose en juez y parte interesada, que recibe, autoriza o rechaza la licencia médica y eventualmente paga o rechaza el pago del subsidio por incapacidad laboral.

Cabe en todo caso tener presente que las ISAPRE sólo deben financiar y pagar los subsidios por incapacidad laboral temporal derivados de una licencia médica por enfermedad común, ya que el Estado se reservó el pago de los subsidios maternales y los correspondientes a licencia médicas por enfermedad del hijo menor de un año.

V. ELEMENTOS PROPIOS DE UN SEGURO PRIVADO DE SALUD

El seguro de salud que comercializan las ISAPRE, presenta en muchos aspectos, características propias de cualquier seguro privado, como el seguro de vida, el seguro contra incendio o el seguro de responsabilidad civil, se rige por un estatuto jurídico de derecho privado y está sujeto a una regulación y supervisión de los poderes públicos, a través de algún organismo técnico, como una agencia de gobierno, una autoridad administrativa independiente o una superintendencia³⁰.

Por consiguiente no parece extraño que la regulación que le es aplicable a este seguro, permita a la aseguradora o ISAPRE, ciertas libertades de configuración contractual que le sirven para limitar el riesgo asumido y otras tantas garantías que le permitan evaluar el riesgo y fijar libremente la prima. De esta manera, la técnica del seguro se hace presente con su lógica comercial que tiende a equiparar el riesgo trasladado con la prima que paga el asegurado, con el ingrediente lógico de buscar una utilidad en la operación que permita mantener el interés del inversionista que busca hacer un buen negocio en la venta de este seguro de salud.

²⁹ El proceso de privatización de la salud, como servicio público y derecho social, es solo un eslabón más en una política económica general de privatizaciones, en donde se fueron entregando a las leyes de mercado, distintos servicios de interés general, tales como la educación, la salud, el transporte, la energía, las telecomunicaciones o la infraestructura de transportes, por medio de estructuras regulatorias por las cuales el Estado salió de su rol de proveedor de bienes y servicios y pasó a ser un simple fiscalizador y supervisor.

³⁰ Sin embargo, en Chile las ISAPRE nunca han sido supervisadas por las Superintendencia de Valores y Seguros, sino que por otras entidades, el FONASA entre 1980 y 1990, la Superintendencia de Isapres entre 1990 y 2005 y ahora la Superintendencia de Salud.

La fuente de conflictividad de este seguro radica precisamente en el ejercicio de estas libertades y garantías que el legislador le ha dado a la ISAPRE y la resistencia del cotizante que espera ciertas garantías del sistema público, solidario y subsidiado del cual provienen y que pugnan con la lógica comercial de un seguro privado salud.

Algunos de estos elementos que generan conflicto entre los derechos y garantías a la seguridad social que la ley reputa al cotizante y las libertades y facultades de la ISAPRE, son:

1. El deber de declaración precontractual del estado de salud que pesa sobre el cotizante.

El deber precontractual que pesa sobre el asegurado de entregar información respecto de su condición de salud y del estado de salud de sus beneficiarios, es fundamental y característico de los seguros privados de salud, pues será a partir de esos antecedentes que informa el cotizante, que la entidad aseguradora podrá evaluar y estimar el riesgo que le está siendo trasladado al contratar³¹.

Por lo mismo, esa información le servirá a la ISAPRE para determinar si quiere contratar o no, y si lo hace, le indicará bajo qué condiciones de prima y cobertura debe hacerlo para que sea un negocio conveniente para ella.

Creeos que a fin de facilitar la contratación u otro objetivo que el legislador haya tenido en mente, es que se dispuso que, dependiendo de los antecedentes de salud, edad y género que declare el cotizante, la ISAPRE pueda, además de establecer limitaciones de cobertura para las prestaciones relacionadas con las enfermedades o condiciones de salud declaradas, que pueda poner término anticipado al contrato en que la Declaración de Salud sea falsa, incompleta o inexacta, de acuerdo a los antecedentes que pudiere recopilar durante la vigencia del contrato que den cuenta de la existencia de una enfermedad preexistente no declarada por el cotizante.

La declaración pre contractual de enfermedades preexistentes sólo se entiende en la dinámica de un seguro privado de salud, pues los seguros públicos o sociales nunca la exigen a sus cotizantes, en el entendido que éstos seguros deben cubrir, por ley o por mandato constitucional, todas las prestaciones de salud que requiera el cotizante y sus

³¹ El artículo 190 del DFL N° 1, de 2006 dispone que: "Tales antecedentes de salud deberán ser registrados fidedignamente por el afiliado en un documento denominado Declaración de Salud, junto con los demás antecedentes de salud que requiera la Institución de Salud Previsional. La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente". La Declaración de Salud es un formulario regulado por la Autoridad, que refleja el deber de la ISAPRE de preguntar aquello que requiere saber, transformando el deber de declaración en un deber de respuesta para el asegurado.

beneficiarios, tengan o no relación con enfermedades o condiciones de salud preexistentes a su incorporación como beneficiarios³².

En ese sentido, la regulación que el legislador ha dispuesto para las ISAPRE siempre ha contemplado, en concordancia con la posibilidad de requerir información respecto al estado de salud del cotizante, la facultad para estas entidades de “*convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud*”³³, permitiéndoles de esta forma incorporar a sus contrato diversas limitaciones de cobertura para las enfermedades preexistentes declaradas, particularmente tiempos de espera o carencias de cobertura. El exceso en que cayeron las ISAPRE en una primera etapa, estipulando limitaciones de cobertura y usando indiscriminadamente la facultad de negar cobertura y poner término anticipado al contrato de salud cuando conocían de una enfermedad preexistente no declarada, llevaron al legislador a limitar las carencias, las exclusiones de cobertura y la facultad de poner término anticipado al contrato³⁴.

2. La libertad de contratación de que goza la aseguradora

Las ISAPRE pueden contratar con quien quieran³⁵, es decir, tienen pleno derecho, en su calidad de persona jurídica de derecho privado, a ejercer su libertad de contratación y por tanto, negarse a contratar con un cotizante cuyos antecedentes de salud lo hagan muy riesgoso, aún si éste está dispuesto a pagar una sobre prima o un monto adicional a su cotización legal, por ese motivo.

³² El artículo 190 del DFL N° 1, de 2006, dispone que “para los efectos de esta Ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso”.

³³ Artículo 14 DFL N° 3, de 1981.

³⁴ Sólo el año 1995, con la promulgación de la Ley N° 19.381, que modificó sustancialmente la Ley N° 18.933, el legislador limitó la facultad de las ISAPRE para imponer exclusiones de cobertura, prohibiéndoles aplicar cualquier otra exclusión que no sean aquellas exclusiones expresamente dispuestas en la misma ley, asimismo se les prohibió establecer períodos de carencia superiores a los 18 meses para las enfermedades preexistentes declaradas, limitando la cobertura de éstas al 25% de la cobertura general establecida en el plan para el resto de las prestaciones de salud. Luego, sólo el año 2005, con la promulgación de la ley N° 20.015 o “Ley Larga de Isapres”, se limitó la facultad de poner término al contrato por omisiones, inexactitudes o reticencias en la declaración precontractual disponiendo que: “La simple omisión de una enfermedad preexistente no dará derecho a terminar el contrato, salvo que la Institución de Salud Previsional demuestre que la omisión le causa perjuicios y que, de haber conocido dicha enfermedad, no habría contratado”.

³⁵ El artículo 189 del DFL N° 1, de 2006, dispone que “Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan. En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento”. Esta capacidad de elección del cotizante es recíproca, vale decir, la institución no está obligada a contratar con el cotizante que la elija.

Lo mismo la ISAPRE puede negarse a contratar con un cotizante mayor de 50 años o con una cotizante en edad fértil, pareja estable y una gran ilusión por ser madre. Da igual la condición del cotizante, la ISAPRE siempre tendrá el derecho a decir no a una propuesta de seguro.

Y no habría problema alguno si se tratase sólo de dos privados que pueden o no consentir en un contrato. Pero las ISAPRE son entidades previsionales, que forman parte del sistema de seguridad social implementado por el Estado de Chile, en donde juegan un rol fundamental otorgando financiamiento y cobertura a las prestaciones y beneficios de salud que requieran sus cotizantes, cumpliendo este rol de forma alternativa al que cumple el Estado directamente, a través del FONASA respecto de todos los otros cotizantes que no optan por el sistema privado de aseguramiento y se mantienen en el sistema público.

En ese sentido, parece perfectamente entendible que aquellos cotizantes que deciden emigrar al sistema privado quieran ser acogidos por la ISAPRE de su elección, en donde esperan mantener y ojalá aumentar los beneficios de salud que la seguridad social le otorgaba a través del sistema público de salud. Sin embargo, esta libertad de elección del sistema de salud que la Constitución asegura a todos los cotizantes en el artículo 19 N° 9, choca de frente con la libertad de contratación que las ISAPRE detentan, convirtiendo el tema de la estabilidad de la afiliación a una ISAPRE en una fuente de conflictos que se arrastran desde hace años en el sistema.

De otra forma no se explicaría que la citada Ley Corta de Isapres del año 2003, haya incluido una nueva definición a la regulación del sistema ISAPRE, cual es, la de cotizante cautivo, definiéndolo como *"aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de alguno de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional"*³⁶, es decir, que se haya creado por ley un tipo de cotizante distinto del resto, uno al que la autoridad administrativa y regulatoria desde hacía años le venía reconociendo una serie de prerrogativas y derechos que a otros cotizantes les son negadas, por lo que era necesario ratificar su existencia y denominarlo legalmente, pero sin intervenir en las circunstancias que dan origen al conflicto, pues se trataba de una "ley corta".

3. La libertad de configuración del plan en cuanto a las modalidades de cobertura, beneficios adicionales y establecimiento de otras restricciones de cobertura, distintas de

³⁶ Artículo 170, letra i) del DFL N° 1, de Salud, del 2006.

las exclusiones legalmente impuestas por el Estado³⁷.

Esta libertad de configuración de sus planes, tan característica de las ISAPRE, es quizás el elemento o facultad más comercial que el legislador les ha otorgado, toda vez que es precisamente por medio del ejercicio de esta libertad, que cada ISAPRE puede diferenciarse de las otras, en orden a ofrecer a los cotizantes distintos tipos de planes de salud que se acomoden a sus particulares necesidades de aseguramiento y capacidad de pago de la cotización.

A tanto pudo llegar esta libertad de configuración, que las ISAPRE en conjunto crearon cientos y quizás miles de planes de salud distintos, prácticamente uno diferente para cada cotizante, con lo cual no sólo se podía dar una sana competencia en el mercado, sino que también les permitía optimizar al máximo la capacidad de pago de cada cotizante, logrando que cada uno de ellos pagase la suma máxima que estaba dispuesto a pagar, de manera que nunca hubieran excedentes de cotización³⁸.

En cuanto a las modalidades de cobertura, si bien fueron las mismas ISAPRE las que iniciaron la configuración de planes cerrados o con prestadores preferentes³⁹, orientados a cotizantes que no tuvieran problemas en renunciar a su libertad de elección del prestador de salud a cambio de pagar un precio menor por su plan, esto es, limitarlo a la cotización legal, sin pagar una cotización adicional. Actualmente es la ley la que obliga a las ISAPRE a configurar sus planes de salud sólo considerando una o más de las tres modalidades de planes complementarios expresamente señaladas en la ley, limitándoles la libertad de configuración en este aspecto y regulando en detalle, particularmente, la

³⁷ Cabe preguntarse si la Ley N° 19.381 al prohibirle a las ISAPRE establecer en sus contratos exclusiones de cobertura a su arbitrio, a cambio de aplicar sólo aquellas que la propia ley fijó, al parecer, para siempre, finalmente fue para la mejor protección de los derechos de los cotizantes o fue sólo una buena forma de delimitar el riesgo que asumen las ISAPRE y de esa forma hacer más fácil la gestión de este seguro y la obtención de márgenes suficientes para satisfacer a los inversionistas.

³⁸ Sin embargo, en la práctica, igual se generaban excedentes entre el monto de la cotización legal y el precio pactado por el plan, situación que se reguló recién el año 1995 con la dictación de la Ley N° 19.381 que modificó la Ley N° 18.933. En efecto, la Ley N° 19.381 creó las "cuentas de excedentes de cotizaciones", es decir, una cuenta a nombre del cotizante en la que la ISAPRE debía acumular los excedentes de cotización que se fuesen generando mes a mes, a fin que con esos dineros, el cotizante pudiese, por ejemplo, pagar los copagos que se generasen por prestaciones médicas o cubrir el pago de cotizaciones en caso de cesantía. La misma ley estableció la posibilidad de que el cotizante renunciara a los excedentes que se generasen a cambio de beneficios adicionales que la ISAPRE le daría por ese motivo. El resultado de esta legislación es que son muy pocas las cuentas de excedentes abiertas, ya que las ISAPRE comenzaron a condicionar la suscripción de determinados planes (aquellos con mejores coberturas) a la renuncia expresa de los excedentes por parte del cotizante.

³⁹ Los planes de salud cerrados o HMO fueron creados en su origen por las aseguradoras privadas de salud en EE.UU., como una forma de bajar los costos de la salud y de sus seguros, evitando la libre elección del prestador y suscribiendo convenios con los prestadores, en virtud de los cuales, éstos últimos aseguraban una demanda de sus servicios a cambio de una rebaja considerable en sus aranceles para quienes suscribieran estos planes con su aseguradora.

operatividad y responsabilidad que cabe, tanto a la ISAPRE como al prestador de salud en convenio, cuando se trata de planes de salud cerrados y con prestadores preferente⁴⁰.

En efecto, la Ley N° 20.015 o Ley Larga de Isapres dispuso una serie de reglas a las que debía sujetarse la ISAPRE en la configuración y ejecución de los *planes cerrados y con prestadores preferentes*, determinando ciertos aspectos fundamentales para la protección de los cotizantes que adhieren a este tipo de planes⁴¹, en donde la voluntad del cotizante está limitada y el nivel de cobertura que obtendrá está directamente relacionado con el prestador que finalmente otorga las prestaciones que el cotizante o sus beneficiarios requieren.

De esta forma, el legislador intervino y limitó la libertad de configuración de la ISAPRE, imponiendo ciertas obligaciones, deberes y responsabilidades que tanto la ISAPRE como el prestador en convenio deben cumplir para la comercialización y ejecución de los planes cerrados y con prestadores preferentes, manteniendo la libertad de configuración respecto de los planes de libre elección.

Creemos importante destacar las limitaciones impuestas a la libertad de configuración de las ISAPRE en los planes cerrados y con prestador preferente, toda vez que nos permite demostrar que el legislador puede ser más riguroso en las regulaciones que implementa para el sistema ISAPRE, cuando se trata de velar por los derechos del asegurado, entendido como la parte débil de este contrato de seguro:

a) Que dichos planes siempre debían contemplar la individualización exacta tanto del prestador en convenio como de prestadores de salud alternativos, a los que pueda ser derivado el paciente cuando el prestador en convenio presente una insuficiencia técnica, de tal forma que el cotizante no deba pagar un copago mayor al que le hubiere correspondido pagar si hubiese sido atendido por dicho prestador, disponiendo expresamente la responsabilidad de la ISAPRE al establecer que “Las Instituciones de Salud Previsional no podrán excepcionarse de la responsabilidad que para ellas emana de los contratos de salud en lo que se refiere a acceso, oportunidad y cobertura financiera, atribuyéndosela a los prestadores”⁴².

⁴⁰ Uno de los temas que mayor controversia genera en el caso de los planes cerrados y con cobertura preferente es el de la “insuficiencia técnica”, es decir, la situación que se genera cuando el cotizante o su beneficiario acuden al prestador de salud en convenio y éste le niega el acceso a las prestaciones por falta de capacidad. El artículo 189 del DFL N°1, de 2006, define la insuficiencia técnica de la siguiente manera: “Se configura una insuficiencia del o los prestadores individualizados en el plan, cuando se encuentran imposibilitados de realizar alguna de las prestaciones que forman parte de la oferta cerrada o preferente”.

⁴¹ Artículo 189 del DFL N°1, de 2006.

⁴² Artículo 189, del DFL N° 1, de 2006.

b) Que la modalidad de libre elección en los planes con prestadores preferentes sólo puede ser usada voluntariamente por el cotizante y por tanto, no puede servir como excusa para cubrir insuficiencias del prestador preferente.

c) Que estos planes deben garantizar las prestaciones de urgencia que requiera el cotizante o sus beneficiarios, indicando los prestadores a los que podrá recurrir y la cobertura que tendrán las prestaciones que reciba de ellos, obligando a la ISAPRE a que en caso que el cotizante requiera de prestaciones de urgencia de otro prestador que no está en convenio, éste pueda ser trasladado a un prestador en convenio, sujetándose para estos efectos a una detallada regulación que protege la estabilidad del paciente y condiciona la decisión de traslado a la determinación favorable que haga el médico tratante y no a las exigencias o premuras financieras.

d) Que si por algún motivo la ISAPRE termina su convenio con el prestador en convenio asociado al plan, el cotizante podrá mantener la cobertura preferente en ese prestador hasta el término de la anualidad del contrato, oportunidad en la que la ISAPRE podrá adecuar su plan de salud informándole del término del convenio y proponiéndole un nuevo prestador en reemplazo o un plan alternativo en condiciones equivalentes.

Finalmente, en lo que dice relación con las limitaciones y exclusiones de cobertura, como adelantábamos, las ISAPRE han visto reducida su libertad de configuración de estos aspectos del contrato a partir del año 1995, oportunidad en que la Ley N° 19.381 dispuso que sólo podían contemplar en sus planes de salud las siete exclusiones de cobertura que la misma ley disponía⁴³ y limitar la cobertura de las prestaciones relacionadas con enfermedades preexistentes declaradas hasta por un plazo de 18 meses, manteniendo al menos una cobertura del 25% para esas prestaciones⁴⁴.

En consecuencia, esta libertad de configuración que el año 1981 era prácticamente absoluta, ha sido crecientemente limitada, tanto por el legislador como por la autoridad reguladora, a través de la resolución de conflictos particulares. De hecho es muy posible que esa tendencia continúe y se agudice, si finalmente el legislador configura un sistema de salud privado que se asemeje cada vez más al público en cuanto a las garantías de cobertura que debe entregar al cotizante.

⁴³ Las exclusiones de cobertura que la ley permite son: 1) Cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin; 2) Atención particular de enfermería; 3) Hospitalización con fines de reposo; 4) Prestaciones de salud que requiera el beneficiario como consecuencia de su participación en actos de guerra, y actos calificados como delito por la ley en tanto resulte criminalmente responsable; 5) Prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto; 6) Enfermedades preexistentes no declaradas y 7) Prestaciones no contempladas en el arancel referencial.

⁴⁴ El artículo 189 inciso final del DLF N° 1, de 2006, dispone que las ISAPRE "No podrán existir períodos de espera durante los cuales no sean exigibles las prestaciones y beneficios pactados, excepto las correspondientes al embarazo y a enfermedades preexistentes, en los términos señalados en el artículo 189, letra g)".

4. La facultad de la ISAPRE para adecuar los contratos todos los años

La facultad de modificar unilateralmente un contrato vigente es muy excepcional en nuestro ordenamiento jurídico.

Normalmente las partes deberán llegar a acuerdo y expresar su consentimiento para que las condiciones de un contrato puedan ser modificadas durante su vigencia⁴⁵, razón por la que tanto a la doctrina como a nuestra judicatura les resulta extraño y excepcional que la ISAPRE, como parte del contrato de salud previsional, pueda revisar y adecuar unilateralmente el precio u otras condiciones del contrato, de tal forma que el cotizante, como contraparte, deba aceptar ese nuevo precio o condiciones para mantener la vigencia de su contrato de salud previsional y en definitiva, su cobertura financiera ante la enfermedad.

Precisamente el hecho de que se trate de un contrato por el que el cotizante, que ha pagado sus cotizaciones legales, accede a los beneficios y coberturas financieras de salud dispuestos por el sistema de seguridad social, es que la preocupación del asegurado por la estabilidad del mismo sea de vital importancia, pues de ello depende que el riesgo de enfermedad esté siempre cubierto y se mantengan lejos las consecuencias patrimoniales negativas que genera un siniestro, las que pueden ser catastróficas para un cotizante que vive de su trabajo y no cuenta con medios para solventar los gastos de enfermedad si no es a través de un seguro de salud, en este caso, el seguro privado de salud que ha elegido en función de la libertad que le otorga el artículo 19 N° 9 de la Constitución.

Es por ello que una de las primeras modificaciones que el legislador hizo a la regulación de estos contratos⁴⁶, específicamente con la dictación de la Ley N° 18.933

⁴⁵ El contrato de salud previsional que contiene el plan de salud contratado por el cotizante a la ISAPRE, es un contrato bilateral que crea obligaciones y derechos recíprocos entre las partes. Por consiguiente le es aplicable el artículo 1545 del Código Civil que exige el acuerdo de las partes para ser modificado. Ahora bien, esta norma del Código Civil se aplica supletoriamente si existe una norma especial que regule esta materia de forma particular para algún contrato en específico, como ocurre con lo dispuesto en los artículos 197 y 198 del DFL N° 1, de 2006.

⁴⁶ El artículo 18° del DFL N° 3, de 1981, disponía que “los contratos a que hace referencia el artículo 14° de esta ley (contratos de salud previsional), deberán ser pactados por un plazo no inferior a 12 meses y no podrá desahuciarse unilateralmente por la Institución durante su vigencia, salvo incumplimiento por parte del cotizante de sus obligaciones contractuales”. En la práctica pasaron a ser contratos anuales, de cuya vigencia dependía la cobertura financiera de las prestaciones y beneficios de salud a los que el cotizante tenía derecho y respecto de los cuales la ISAPRE era considerada un sustituto del FONASA y los Servicios de Salud. De esta forma, al finalizar el período de vigencia, la ISAPRE podía no perseverar en el contrato o prorrogar su vigencia, pero a un precio distinto del inicialmente pactado.

del año 1990, fue disponer que fueran contratos de carácter indefinido⁴⁷, para de esa forma dar estabilidad a la relación asegurativa entre cotizante e ISAPRE. Sin embargo, al mismo tiempo que el legislador terminaba con los contratos anuales y disponía el carácter indefinido de los mismos, instauró la institución jurídica de la *"adecuación contractual"*, en virtud de la cual la ISAPRE podía, al cumplimiento de la anualidad del contrato, proceder a revisarlo⁴⁸ y *"adecuar sus precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan"*⁴⁹.

En consecuencia, si bien el legislador dio el carácter indefinido a los contratos de salud previsional, a su vez, permitió a la ISAPRE, año a año, si lo estimaba conveniente a sus intereses, ajustar las condiciones del contrato, de acuerdo a la nueva evaluación del riesgo y al grado de siniestralidad de cada plan, subiendo la prima o precio del plan (la cotización legal más la adicional pactada), disminuyendo el número de prestaciones cubiertas (con el límite impuesto por aquellas contempladas en el Arancel del FONASA) o disminuyendo los beneficios o porcentajes de cobertura financiera que el plan disponía para las prestaciones de salud que requiera el cotizante o sus beneficiarios.

De hecho, si la ISAPRE quería, podía en una misma adecuación subir el precio y disminuir los beneficios o porcentajes de cobertura del plan, quedando al cotizante sólo dos alternativas posibles frente a esta actuación de la ISAPRE: i) no hacer nada y aceptar la adecuación propuesta, en cuyo caso debía pagar un precio más alto o contar con una menor cobertura financiera para sus prestaciones en caso de enfermedad; o ii) desahuciar el contrato, en cuyo caso podía contratar con otra ISAPRE o volver a la condición de beneficiario del FONASA⁵⁰.

⁴⁷ El artículo 38 de la Ley N° 18.933 de 1990 dispuso que "los contratos a que hace referencia el artículo 33 de esta ley, deberán ser pactados por un plazo indefinido, y no podrán dejarse sin efecto durante su vigencia, sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente", como una forma de dar estabilidad a la cobertura de salud de los cotizantes.

⁴⁸ Esta posibilidad de revisar un contrato en el contexto del mercado de los seguros, significa claramente evaluar el riesgo nuevamente y en consideración a la magnitud del mismo, ajustar la prima. Entre los años 1990 y 1995 las ISAPRE pudieron revisar particularmente el estado de salud del cotizante y sus beneficiarios, posibilidad que posteriormente les fue prohibida legalmente.

⁴⁹ Artículo 38 inciso tercero de la Ley N° 18.933.

⁵⁰ En el sistema ISAPRE siempre ha existido un grupo no menor de cotizantes que entran y salen del sistema en función de los vaivenes de la economía y de los procesos de alzas de precio que las ISAPRE determinan para un año determinado. Se trata de cotizantes que ganan remuneraciones que generan una cotización limitada, que sólo les permite acceder a un plan de salud que mejora sólo en algo la cobertura que podrían recibir del FONASA, razón por la que son muy sensibles a las alzas de precio o a las crisis económicas que los hacen pasar de un sistema de salud a otro con cierta frecuencia.

Esta regulación se mantuvo hasta 1995, año en que la Ley N° 19.381 introdujo dos modificaciones a la facultad de adecuación que detentan las ISAPRE: primero, que las revisiones no podían tener en consideración el estado de salud del afiliado y sus beneficiarios, es decir, que la ISAPRE no podía subir el precio de un plan porque sus beneficiarios estuvieran más enfermos que a la fecha de suscripción contractual, y luego, que la ISAPRE estaba obligada a ofrecer al cotizante, junto con la adecuación de su plan, un plan de salud alternativo en condiciones equivalentes al plan vigente (en precio o beneficios), en cuyo caso el cotizante contaba con una alternativa distinta a aceptar la adecuación o desahuciar el contrato, esto es, aceptar el plan alternativo que la ISAPRE estaba obligada a presentarle, el que debía tener un precio similar al que tenía el plan vigente (pero normalmente con menor cobertura) en caso de tratarse de un adecuación al precio del plan de salud o una cobertura financiera similar a la del plan vigente (pero normalmente por un precio mayor) en caso de tratarse de una adecuación del plan de salud por beneficios.

De esta forma, el legislador buscó morigerar de alguna forma la amplitud de esta facultad excepcional que se le otorgaba a la ISAPRE, impidiendo que se ajustase el precio en función de la agravación del riesgo, esto es, en consideración al estado de salud del cotizante o sus beneficiarios y dando una alternativa que permitiese mantener al cotizante como afiliado de la Institución de Salud Previsional que eligió.

Sin embargo la regulación de fondo continuó igual y no se atacó la raíz del problema, que a nuestro entender no es otro que la problemática que se genera por el hecho de que el legislador otorga a la ISAPRE las prerrogativas propias de una compañía aseguradora privada, que puede ajustar la prima al riesgo que está asumiendo y no considera el rol previsional que estas Instituciones cumplen en nuestro ordenamiento jurídico, hecho que fue, es y será una fuente inagotable de conflicto entre la ISAPRE y el cotizante que encuentra injusto que se le suba el precio de su plan de salud todos los años, aun cuando a través de ese plan está recibiendo los beneficios de la seguridad social dispuestos por el Estado de Chile para todos sus ciudadanos.

Recién el año 2005, con la reforma general que el legislador hizo a la regulación del sistema ISAPRE, por medio de la "Ley Larga de Isapres"⁵¹, éste intervino de manera sustantiva la facultad de adecuación de la ISAPRE, limitando sus atribuciones y el alcance de la adecuación al ajuste del precio base del plan de salud, prohibiendo correlativamente la adecuación por beneficios y obligándola a subir el precio base del plan en rangos

⁵¹ Ley N° 20.015.

que no superaran el 30% de diferencia con las alzas de precio promedio del sistema⁵², buscando de esta forma evitar que algunos planes fueran ajustados con alzas de precio desmedidas, pero obligando a la ISAPRE a adecuar todos sus planes de salud y no sólo algunos, con lo cual se verifican alzas de precio en planes de salud que la ISAPRE quizás no necesitaba ajustar.

Ahora bien, no obstante esta nueva modificación sustantiva a la facultad de adecuación, el descontento de los cotizantes y el abierto conflicto entre las partes de este contrato, no disminuyó, sino que por el contrario, aumentó. Y como la sociedad es dinámica y siempre buscará salidas o soluciones a sus problemas en las distintas instancias que la institucionalidad le presenta, los cotizantes buscaron en los Tribunales de Justicia el

⁵² Artículo 198, del DFL N° 1, de 2006: “La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, se sujetará a las siguientes reglas: 1.- Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha. Para expresar en unidades de fomento los precios base de los planes de salud que se encuentren establecidos en moneda de curso legal, las Instituciones de Salud Previsional utilizarán el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior. 2.- En dicha oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Dichas variaciones no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva Institución de Salud Previsional, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio. El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados en el párrafo anterior, ponderadas por el porcentaje de participación de su cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso. 3.- Asimismo, la variación anual de los precios base de los planes creados entre febrero y junio del año en curso, ambos meses inclusive, deberá ajustarse a la regla indicada en el párrafo primero del numeral 2 precedente, al cumplirse la anualidad respectiva. 4.- La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo. 5.- En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan. 6.- Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el período indicado en el numeral 2. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma Institución de Salud Previsional. Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine. Lo señalado en los incisos precedentes no será aplicable a los contratos de salud previsional cuyo precio se encuentre expresado en un porcentaje equivalente a la cotización legal”.

amparo a sus derechos que ni el legislador ni el ejecutivo fueron capaces de entregarle⁵³, judicializando el conflicto a través de la presentación de Recursos de Protección que impidiesen a la ISAPRE subir unilateralmente el precio de un contrato de seguro vigente⁵⁴.

Nuestros Tribunales acogieron y acogen indefectiblemente estos recursos presentados por cotizantes descontentos y contrarios a las constantes alzas de precio de sus planes de salud⁵⁵, declarando que el actuar de la ISAPRE, al subir el precio del plan de salud unilateralmente, constituye un acto arbitrario e ilegal que perturba el ejercicio del derecho de propiedad del cotizante, garantizado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, al afectar su patrimonio por el hecho de tener que pagar una prima más elevada sin recibir una mejora en los beneficios como contraprestación y que amenaza el derecho a elegir el sistema de salud del cotizante, garantizado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución, en la medida que el alza de precio puede obligarlo a desafiliarse de la ISAPRE que eligió y volver al FONASA, sistema al que no ha deseado pertenecer⁵⁶.

En este sentido, cabe tener presente que el precio del plan de salud se determina a partir de un precio base asignado a cada plan que se multiplica por la suma de los factores correspondientes al cotizante y sus beneficiarios, factores que se desprenden de una "Tabla

⁵³ La Superintendencia de Isapres y luego la Superintendencia de Salud se hizo cargo de los reclamos de muchísimos cotizantes que veían que las alzas de precio constantes de su plan de salud los empujaban fuera del sistema privado de salud producto de las enfermedades preexistentes que presentaban, estableciendo año a año un índice máximo de alza de precio, obligando a la ISAPRE a no subir más allá de ese índice el precio de los planes de salud de los cotizantes cautivos. Sin embargo no hizo nada para evitar las alzas de precio del resto de los cotizantes.

⁵⁴ Sólo en la Corte de Apelaciones, desde el año 2007 en que se presentaron 737 recursos de protección, el número de recursos no ha dejado de aumentar (2008: 5214 recursos; año 2009: 5.963 recursos; 2010: 7.368 recursos).

⁵⁵ Según el Informe de la Consultora Altura Management "Realidad de los Recursos de Protección en Isapres Años 2007- 2008 y Proyección primer semestre 2009", sobre el 95% de los recursos que se presentan son acogidos y en el 99% de estos casos se condena en costas a la ISAPRE, lo que les significó, sólo el año 2008, desembolsar más de 1.600 millones de pesos por este concepto.

⁵⁶ Como ejemplo de lo que han resuelto nuestros Tribunales podemos ver la sentencia recaída en el recurso de Protección, N° Ingreso Corte, N° 6.812-2007.-Pronunciada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Jorge Dahm Oyarzún y conformada por la ministro (S) señora Pilar Aguayo Pino y el abogado integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas, que resolvió que "el acto de revisión y adecuación del plan de salud que mantenía el afiliado con la Isapre recurrida, ha sido realizado en forma tal que no se respetó la legislación vigente, por lo que cabe calificarla al tenor del artículo 20 de la Carta Fundamental, como arbitraria, perturbando el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que asiste al actor respecto del contrato de salud suscrito entre las partes, toda vez que dicha alza determinada en forma unilateral e injustificada por la recurrida, afecta en forma directa su patrimonio, al obligársele a efectuar sin la debida justificación, un mayor desembolso monetario; sin perjuicio de atentar -en grado de amenaza- contra el ejercicio del derecho de elegir su sistema de salud consagrado en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en la medida que por la situación que genera, puede obligarlo a desafiliarse y a derivar a un sistema no deseado".

de Factores” que asigna un factor a cada persona asegurada en función de su sexo y edad, es decir, en función del riesgo trasladado a al ISAPRE⁵⁷.

Así por ejemplo, una Tabla de Factores podía determinar un factor 1 al hombre de 30 años y un factor 5 a una mujer de 30 años y un factor 6 a un hombre mayor de 75 años, de tal forma que a medida que los beneficiarios o asegurados van cambiando de tramo de edad, por aplicación de la Tabla de Factores, el precio final del plan de salud también se va modificando, con lo cual se configuran alzas de precio que tienen su origen en el ejercicio de la facultad de adecuación y otras que tienen su origen en la aplicación de la respectiva Tabla de Factores.

Ambos tipos de alza de precio comenzaron a ser recurridas de protección por los cotizantes, siendo acogidas por las Cortes de Apelaciones sólo aquellas fundadas en el ejercicio de la facultad de adecuación, no así las fundadas en la aplicación de la Tabla de Factores, toda vez que los jueces estimaban que estas Tablas habían sido aceptadas expresamente por el cotizante y por tanto, éste conocía sus efectos desde que entró en vigencia el contrato.

Esta disparidad de criterio hizo que algunos cotizantes presentaran sendos Recursos de Inaplicabilidad de las normas legales que sustentaban la aplicación de las Tablas de Factores, ante el Tribunal Constitucional, Tribunal que los acogió por considerar que éstas Tablas vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, todos garantizados por la Constitución, ordenando a las respectivas Cortes de Apelaciones que no se aplicara la norma recurrida en la resolución de los respectivos recursos de protección pendientes.

⁵⁷ El riesgo en el seguro privado de salud se evalúa en función del estado de salud del asegurado informado por éste en su Declaración de Salud más la edad y género de éste, variables que estadísticamente muestran una notable diferencia en la ocurrencia de siniestros entre hombres y mujeres y entre personas jóvenes y aquellas que están en la tercera edad, de tal forma que las personas que más prestaciones de salud requieren son las mujeres en edad fértil, los niños menores de 2 años y los hombres y mujeres mayores de 65 años. La Ley N° 18.933 sólo disponía en forma genérica la posibilidad de establecer estas Tablas de Factores a propósito la exigencia que hacía a los contrato de contemplar la forma en que se modificaría la cotización pactada por la entrada o salida de un nuevo beneficiario del contrato, es así como el artículo 33 letra e) *“Forma en que se modifican las cotizaciones, prestaciones y beneficios por incorporación o retiro de beneficiarios legales del grupo familiar, caso en que, de haber aumento el número de beneficiarios legales, deberá establecerse en qué condiciones durante la vigencia del contrato podrán incorporarse las nuevas cargas, señalando precisamente la forma como se determinará la cotización adicional que se cobrará por ellas”*. Posteriormente, la Ley N° 20.015 introdujo un nuevo artículo 38 ter) a la Ley N° 18.933, incorporando y regulando legalmente las Tablas de Factores, como elemento para la determinación del precio del plan de salud, como una forma de limitar la libertad con que las ISAPRE estructuraban estas Tablas, para lo cual el legislador otorgó a la Superintendencia de Salud la facultad de fijar su estructura y los tramos e edad que debía contemplar en función de una serie de reglas que la misma ley señalaba (artículo 199 del DFL N°1, de 2006).

A los pocos meses de acogidos los primeros Recursos de Inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional, de oficio, declaró inconstitucionales y derogó las normas que regulaban la estructura y aplicación de las Tablas de Factores, por considerar, entre otras razones, que no corresponde a un órgano de la administración del Estado dictar las condiciones en que se otorgarán las prestaciones de salud y beneficios de seguridad social al que tienen derecho los cotizantes y de hacerlo debe ser hecho bajo condiciones de razonabilidad que no impliquen un alza exponencial de los precios que signifiquen una confiscación de las rentas del cotizante, lo que además genera un alza constante de los precios por prestaciones de seguridad social que el Estado garantiza a las personas⁵⁸.

En consecuencia, han sido los Tribunales de Justicia quienes han venido a poner orden en una regulación del sistema ISAPRE deficiente y en muchos aspectos, incompatible con el resto de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente respecto de los preceptos constitucionales que garantizan a los ciudadanos el goce de prestaciones de salud y de seguridad social uniformes a cambio de las cotizaciones previsionales que destinan a la institución, pública o privada, que está facultada para otorgarlas por mandato legal.

VI. CONCLUSIÓN

El seguro de salud que comercializan las ISAPRE es un seguro mal regulado por el legislador, toda vez que ha pretendido que una entidad de naturaleza privada, tenga finalidades previsionales, otorgue prestaciones garantizadas por el Estado y al mismo tiempo disfrute de las prerrogativas de una compañía aseguradora privada.

En este sentido resulta ilustrador lo razonado por nuestro Tribunal Constitucional, a propósito del contrato de salud previsual que contiene este seguro, cuando señala que este contrato *"no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público"*.

En consecuencia, se trataría de un contrato suscrito entre privados, que en razón de su contenido previsual y de las garantías que el Estado ha dispuesto en materia de seguridad social, lo transforman en un contrato regulado, de contenido heterogéneo,

⁵⁸ Por sentencia de fecha 6 de agosto de 2011 y en razón de un requerimiento de oficio, hecho por el mismo Tribunal, en razón del número de fallos que ya habían declarado inaplicables las normas que regulaban las Tablas de Factores, el Tribunal Constitucional de Chile declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 Ter) de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del DFL N° 1, de 2006. Esta sentencia se publicó en el Diario Oficial el día 9 de agosto de 2011 y desde ese día que se entiende derogada la norma que fue declarada inconstitucional.

que si no es bien estructurado, en orden a garantizar, al mismo tiempo, tanto la debida protección de los cotizantes, asegurando coberturas y estabilidad en la relación contractual, como los incentivos económicos para los inversionistas privados, trae por consecuencia innumerables conflictos y en definitiva, un perjuicio para el sistema de seguridad social en su conjunto.

MARCO NORMATIVO Y ASPECTOS JURIDICOS RELEVANTES DE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS DE INCENDIO CON OCASIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS EN CHILE.

REGULATORY FRAMEWORK AND RELEVANT LEGAL ASPECTS REGARDING FIRE INSURANCE HIRED IN CONNECTION TO MORTGAGE LOANS IN CHILE.

CARLOS VILLAGRÁN MUÑOZ.*
FRANCISCO ZENTENO SERRANO**

RESUMEN: El presente trabajo se aboca al estudio del marco normativo y principales características jurídicas de la contratación de seguros de incendio asociados a operaciones de crédito hipotecario en Chile, con especial énfasis en la reforma introducida por la Ley N° 20.552 al artículo 40 del Decreto con Fuerza de Ley N° 251 y en la regulación administrativa complementaria dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros.

Palabras clave: Contrato de seguro, seguros individuales, seguros colectivos, seguro de incendio, hipoteca, crédito hipotecario.

ABSTRACT: This paper focuses in the analysis of the regulatory framework and main legal features pertaining to the hiring of fire insurance associated to mortgage loans in Chile, with a special emphasis on the amendment of Article 40 of Law-Ranking Decree N° 251 by Law N° 20,552, as well as on the supplementary administrative regulation issued by the Superintendence of Securities and Insurance.

Key words: Insurance contract, individual insurance, collective insurance, fire insurance, mortgage, mortgage loans.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la reforma introducida por la Ley N° 20.552¹ al Decreto con Fuerza de Ley N° 251² y, particularmente, de las Normas de Carácter General de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) N° 330 y N° 331³, se otorgó un nuevo estatuto orgánico a la contratación de seguros asociados a los créditos hipotecarios en Chile. Si bien esta materia ya se encontraba tratada por la normativa administrativa

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: cfvillag@uc.cl

** Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: fjzenten@uc.cl

¹ Ley N° 20.552 que moderniza y fomenta la competencia del sistema financiero. Entró en vigencia con fecha 17 de diciembre de 2011.

² En adelante DFL N° 251.

³ En adelante NCG SVS N° 330 y N° 331 respectivamente

emanada de distintos entes públicos que regulan esta clase de créditos, resultaba imperioso conferir un tratamiento sistemático a la intervención de la institución financiera que otorga el crédito hipotecario⁴, a su relación con el asegurador, a la protección de los derechos del deudor hipotecario y a las condiciones mínimas que deben reunir los seguros que se contraten en el marco de esta operación. La necesidad de regular esta materia se explica fácilmente a partir de la enorme importancia que tiene el crédito hipotecario, en tanto principal y más común herramienta de financiamiento de que dispone la sociedad para adquirir la propiedad de bienes raíces cualesquiera sea su uso o destinación.

En este contexto, el presente trabajo pretende analizar los principales aspectos jurídicos que concurren en la contratación de los seguros de incendio con ocasión de estas operaciones, escenario que presenta la particularidad de la intervención de una entidad financiera que, en tanto acreedora de la obligación caucionada y eventual contratante del seguro, posee intereses que pueden ser diversos o comunes con sus deudores. Si a lo anterior añadimos que esta contratación se enmarca dentro de procesos caracterizados por su masividad e indispensable transparencia, la instauración de una normativa acorde con la naturaleza de la operación y los riesgos enfrentados, constituye todo un desafío para el regulador.

Al examinar las notas jurídicas de esta contratación destaca primeramente el proceso formativo del consentimiento de las partes, con las prevenciones y seguridades que concurren al efecto para garantizar debidamente los derechos de los involucrados. Enseguida, al momento de concentrarnos en la determinación de los riesgos, intereses, materias y sumas aseguradas, se manifiestan de inmediato las complejidades propias de un seguro que accede a una operación financiera que responde a características y definiciones distintas de la naturaleza propia del aseguramiento.

Finalmente en cuanto al desarrollo del presente estudio, se ha optado por describir primeramente el marco normativo dentro del cual se desarrolla la materia, incluyendo una visión general de las principales novedades introducidas por la reforma, para enseguida concentrarnos en la dimensión estrictamente jurídica de la contratación de los seguros con especial interés en la materialización de sus elementos esenciales y eventuales problemáticas que surgen en su celebración y ejecución.

II. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACION DE SEGUROS ASOCIADOS A CREDITOS HIPOTECARIOS

La nueva regulación introducida por la Ley N° 20.552, así como las normas dictadas al efecto por la SVS, lejos de derogar el estatuto primitivo, vinieron a

⁴ Para efectos de la presente investigación serán sinónimos de “institución financiera que otorga el crédito hipotecario” los siguientes: Banco, entidad crediticia, entidad financiera, institución crediticia, empresa bancaria y otros semejantes.

complementarlo, desarrollando con mayor detalle sus distintos contenidos, incorporando aspectos no considerados con anterioridad y, en general, a dotarlo de un tratamiento orgánico adecuado. En razón de lo anterior nos abocaremos en forma separada a estas modificaciones, concentrándonos en un comienzo en las principales normas que conforman el marco regulatorio anterior a su entrada en vigencia.

II.1. Marco normativo anterior a la Ley N° 20.552 y a las NCG SVS N° 330 y N° 331.

II.1.1. *Normas sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito* (Capítulo II.A.1, Circular N° 3013-652, Compendio de Normas Financieras, Banco Central de Chile).

El “Compendio de Normas Financieras”, dictado por el Banco Central de Chile en ejercicio de sus atribuciones legales en materia de regulación del crédito en el sistema financiero y de capitales, contiene, entre otras materias, la normativa que las empresas bancarias deben observar en sus operaciones hipotecarias con letras de crédito (Capítulo II.A.1). En el numeral 17 del párrafo denominado “Préstamo hipotecario y valor de la garantía” de la sección I de dicho capítulo se consagra el principio básico de la contratación obligatoria de seguros de daños en las operaciones hipotecarias al disponer lo siguiente:

17. Si en el inmueble hipotecado hubiere edificios, éstos deberán estar asegurados contra el riesgo de incendio mientras se encuentre vigente el préstamo. El referido seguro se contratará por el deudor a favor del banco por una suma no inferior al monto del préstamo o, en su caso, se podrá convenir con la empresa bancaria que ésta contrate el seguro por cuenta del deudor, siempre que se le informe previamente sobre los costos de las respectivas primas. En caso de que no contratarse el seguro o no pagare oportunamente las primas, podrá hacerlo el emisor con cargo al deudor.

El emisor queda facultado para efectuar el pago de las primas de seguro y sus renovaciones y el deudor queda obligado a reembolsar las sumas que el emisor hubiere desembolsado, debidamente reajustadas, más un interés anual igual al que devengue el crédito, con el pago del dividendo más próximo.

Sin perjuicio que nos explayaremos con mayor profundidad más adelante, cabe destacar que el citado cuerpo constituye la fuente normativa primigenia de la obligación de contratar un seguro de daños –específicamente del tipo o ramo incendio– respecto de

los edificios construidos en el bien inmueble hipotecado mientras se encuentre vigente la operación crediticia. Agrega la regulación que el referido seguro debe contratarse directamente por el deudor o, si así se conviene, por la propia entidad bancaria por cuenta del deudor, designándose en cualquier caso al mismo banco –en tanto acreedor hipotecario– como beneficiario de la póliza. Pero la norma va aún más lejos ya que faculta a la entidad bancaria a contratar el seguro si el deudor no lo hace. Al respecto debemos señalar que en la práctica mercantil habitual esta exigencia se ha traducido en la inclusión de una cláusula especial en los contratos de compraventa de inmuebles con crédito hipotecario en la cual se le impone al deudor la obligación de contratar el mencionado seguro con determinadas características –ramo incendio, bien y suma asegurada, condiciones especiales, vigencia, beneficiario, etc.– incluyendo al efecto una especie de mandato especial del deudor al acreedor para el caso que no diese cumplimiento a esta obligación. Las características jurídicas de esta modalidad de contratación así como sus alcances y estatutos de responsabilidad, serán analizadas en la segunda parte de la presente investigación.

Finalmente la norma en su párrafo “Requerimientos de información y transparencia en el otorgamiento de préstamos hipotecarios” incluye a la prima del seguro de incendio dentro de aquellos cargos que corresponden al deudor hipotecario

II.1.2. Normas sobre mutuos hipotecarios endosables y normas sobre operaciones con letras de crédito (Capítulos 8-4 y 9-1 respectivamente, Recopilación Actualizada de Normas, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF)).

El Capítulo 8-4 de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF consagra en el apartado I.1. sobre “Mutuos hipotecarios endosables otorgados con recursos propios” los requisitos que deben cumplir los préstamos endosables con garantía hipotecaria otorgados por los bancos. Entre estos, adicionalmente a los establecidos en el artículo 69 N°7 de la Ley General de Bancos, se encuentra el siguiente:

e) La propiedad entregada en garantía deberá contar con seguro de incendio por el valor de tasación del inmueble, el que se mantendrá hasta la extinción del importe total de la deuda.

De la lectura del fragmento antes citado advertimos el mismo principio consagrado en el Compendio de Normas Financieras del Banco Central aunque con ciertos matices. En primer lugar la SBIF hace coincidir el monto asegurado con el valor de tasación del inmueble y no con el monto del préstamo hipotecario que eventualmente podrían no coincidir. Enseguida se refiere como materia asegurada a la propiedad entregada en garantía –terreno y edificio a que se extiende la hipoteca– y no a los edificios construidos

sobre el inmueble hipotecado como lo hace el Banco Central que, a nuestro juicio, resulta más ajustado a Derecho ya que el terreno propiamente tal no puede ser objeto del seguro –no se pierde ni está expuesto a sufrir daños por la ocurrencia de siniestros– sino que solo pueden serlo las edificaciones de cualquier naturaleza que se erijan sobre él. Este último aspecto, que suele ser fuente de controversia para el lego, será objeto de especial análisis al momento de estudiar la extensión del seguro de incendio tomado sobre el bien hipotecado a la luz del tratamiento dado por la nueva normativa.

Enseguida el apartado I.10 del mismo capítulo confirma dentro de los pagos que pueden ser de cargo del deudor hipotecario a la prima del seguro de incendio. Agrega la norma que para el caso que el deudor no efectúe el pago oportuno de las primas para renovar los seguros de incendio, entre otros, podrá el banco acreedor realizar dichos pagos por cuenta de este.

Por su parte tanto el apartado III.2 del mismo acápite como el Capítulo 9-1 sobre “Operaciones con letras de crédito”, contienen normas sobre la información que los bancos deben entregar al deudor hipotecario relativa a los seguros que se contraten para la operación crediticia, a saber:

2. Información sobre los seguros.

Los bancos deberán entregar a los deudores la siguiente información relativa a los seguros que se contraten para estos créditos:

a) Seguros contratados directamente por el deudor: En el evento que el deudor desee contratar directamente los seguros correspondientes, el banco deberá entregarle un documento que especifique las condiciones que debe contener la correspondiente póliza.

b) Seguros contratados por la entidad financiera: Si los seguros son contratados por la institución acreedora, por cuenta de sus clientes, se deberá cumplir con lo establecido en el último párrafo de la letra c) del número 1 de la Circular Conjunta N° 3.321 de esta Superintendencia y N° 1.758 de la Superintendencia de Valores y Seguros.

La norma antes citada confirma las dos alternativas que se presentan en la contratación de seguros en las operaciones de crédito hipotecario y como opera la obligación de información que recae sobre la entidad bancaria en cada caso. Sin lugar a dudas la modalidad que más concierne al regulador, y cuál es la práctica generalizada de la banca nacional, es aquella en que el acreedor contrata los seguros por cuenta de sus deudores. Lo anterior se explica puesto que en esta situación la capacidad decisoria de

dichos deudores –asegurados de la póliza– suele verse disminuida frente a la intervención de la institución crediticia que contrata estos seguros en el marco de un producto comercial de carácter masivo ofrecido por las compañías aseguradoras. Por lo anterior, según veremos a continuación, los entes fiscalizadores regulan el deber de transparencia e información que ha de primar en esta clase de contratación a fin de que los deudores estén en conocimiento de las condiciones y características básicas de los seguros tomados por el banco.

II.1.3. Normas de transparencia sobre la contratación de seguros colectivos (Circular conjunta SBIF N° 3321 y SVS N° 1758, año 2001).

La presente circular conjunta abarca toda clase de seguros contratados por las entidades bancarias por cuenta de sus clientes, especialmente respecto de los seguros colectivos de desgravamen e incendio vinculados a préstamos hipotecarios. En primer lugar la norma señala cual es la información que deben proporcionar los bancos antes de la formalización del crédito hipotecario:

1. Información que deben proporcionar los bancos antes de la formalización del contrato de crédito hipotecario para vivienda.

Los bancos que contraten seguros de desgravamen e incendio vinculados a créditos hipotecarios para vivienda deberán entregar a los respectivos deudores la siguiente información mínima, que les permita tomar una decisión informada, antes de la formalización del contrato:

a) Información sobre la compañía aseguradora:

- Nombre de la compañía aseguradora.
- Última clasificación de riesgo de la compañía aseguradora entregada por dos clasificadoras privadas.
- Relación existente entre la compañía aseguradora y el banco contratante.

b) Condiciones de la póliza:

- Código de depósito de la póliza y sus adicionales, en la SVS.
- Riesgos cubiertos y materia asegurada.
- Requisitos de asegurabilidad.
- Exclusiones.
- Deducibles.
- Antecedentes requeridos para la evaluación del riesgo (inspección, cuestionario, declaraciones, exámenes médicos u otro).
- Plazo de vigencia del seguro (fecha inicial y fecha de vencimiento) y condiciones para su renovación.
- Monto asegurado. En el caso del seguro contra incendio y adicionales deberá indicarse si éste comprende el valor comercial del bien protegido o el saldo de la deuda al momento del siniestro.

- Monto de la prima.
- Monto de la prima por cobertura de riesgos adicionales, si existen.
- c) Intermediario:
 - Nombre de la corredora de seguros.
 - Relación existente entre la corredora, la compañía aseguradora y el banco contratante.

Una copia de estos antecedentes deberá ser entregada al cliente y mantenerse en su carpeta.

Los bancos deberán informar al cliente el derecho a contratar una póliza individual con la compañía aseguradora e intermediario de su elección.

Adicionalmente, los bancos deberán entregar al deudor del mutuo hipotecario el certificado de cobertura emitido por la compañía aseguradora y, en aquellos casos en que el deudor lo solicite, una copia de la respectiva póliza.

Junto con incluirse dentro de la información a entregar la individualización de la compañía aseguradora y del intermediario, así como las relaciones existentes entre estos y el banco, destaca la consolidación del derecho que tiene el deudor hipotecario de contratar personal y directamente una póliza individual con la aseguradora e intermediario de su elección. El ejercicio de esta facultad deberá ceñirse, en todo caso, a las condiciones de contratación del seguro que señale la entidad bancaria –materia y monto asegurado, condiciones mínimas, vigencia, constituir al banco como beneficiario, etc.– según se indica tanto en el Compendio de Normas Financieras del Banco Central como la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF a que nos referimos anteriormente.

En cuanto a las condiciones de la póliza que se va a contratar –sea por el banco o directamente por el deudor–, la norma exige la publicidad de sus condiciones generales y particulares así como otros antecedentes adicionales. Nuevamente el monto asegurado surge como un aspecto de interés ya que debe indicarse si este corresponde al valor comercial del bien “protegido” –debe entenderse “asegurado”– o al saldo de la deuda al momento del siniestro. A nuestro juicio ambas expresiones no pueden confundirse y se refieren a situaciones distintas. En primer lugar la suma asegurada constituye simplemente una limitación de la responsabilidad del asegurador y debe determinarse a la luz del valor del bien que se desea asegurar según la estimación hecha por las partes al momento de celebrar el contrato. Enseguida, la ocurrencia de un siniestro será la oportunidad idónea para determinar los daños que proceda indemnizar y la materialización de su pago dependerá de cómo concurra en dicho momento el interés asegurable de cada uno de los intervinientes –banco: beneficiario y acreedor hipotecario; cliente: asegurado y deudor hipotecario–. Ahondaremos al respecto en el próximo capítulo.

Finalmente la norma señala que esta información deberá mantenerse permanentemente disponible a disposición del público general en el sitio web de las

compañías aseguradoras y de los bancos que son parte del contrato de seguro celebrado por cuenta de sus deudores. Adicionalmente debe incluirse el porcentaje que reciba cada participante –banco, corredores de seguros, compañía aseguradora– del total pagado por concepto de prima, comisiones y otros gastos.

II.1.4. Instrucciones para las sociedades corredoras de seguros que sean filiales de bancos o financieras y para personas relacionadas a bancos o financieras que actúen como corredores de seguros en conformidad al artículo 70 de la Ley General de Bancos (NCG SVS N° 80, año 1998 ⁵).

La Ley General de Bancos, tras la modificación introducida por la Ley N° 20.448⁶, consagra en su artículo 70 letra a) inciso 3° –Título IX, párrafo 1 “Sociedades filiales en el país”– lo siguiente:

Artículo 70.- Los bancos pueden constituir en el país sociedades filiales destinadas a efectuar las siguientes operaciones o funciones:

a) (...)

(Inc. 3°) La Superintendencia de Valores y Seguros, mediante norma de carácter general, impartirá a las sociedades corredoras de seguros, que sean filiales de bancos o personas relacionadas al banco que actúen como corredores de seguros, instrucciones destinadas a garantizar la independencia de su actuación y el resguardo del derecho del asegurado para decidir sobre la contratación de seguros y la elección del intermediario, estándoles especialmente vedado a los bancos condicionar el otorgamiento de créditos a la contratación de los seguros que ellos ofrezcan, pudiendo el deudor contratar libremente la póliza en cualquiera de las entidades que lo comercialicen, bajo el requisito de que se mantengan las mismas condiciones de cobertura y se considere como beneficiario del seguro al banco o a quien éste designe.

⁵ Modificada parcialmente por Normas de Carácter General N° 128 y N° 166 de 2002 y 2004 respectivamente.

⁶ Publicada en diario oficial con fecha 13 de agosto de 2010. Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales.

La normativa antes citada, esta vez con rango legal, viene a confirmar el derecho que detenta el asegurado –deudor hipotecario– en el marco de un crédito hipotecario definiendo dos fases del mismo, a saber: 1) decisión sobre la contratación del seguro –bajo el requisito de cumplir con las condiciones de cobertura indicadas por el banco, designando a este como beneficiario del mismo– y 2) libre elección del intermediario. Agrega el legislador, consciente de la posición dominante de la entidad bancaria en operaciones de esta naturaleza, la prohibición absoluta de los bancos de condicionar el otorgamiento de créditos u otros productos o servicios a la contratación de seguros que los intermediarios-filiales del banco ofrezcan.

Finalmente la NCG SVS N° 80, junto con complementar lo anterior, se refiere a la promoción, publicidad y oferta de esta clase de seguros extendiendo la prohibición mencionada en el párrafo anterior a la corredora de seguros – filial del banco.

II.1.5. Créditos hipotecarios para vivienda. Contratación de seguros adicionales al de incendio (Carta Circular SBIF Bancos N° 15 / Financieras N° 14 de 5 de junio de 2001).

La presente resolución tiene su génesis en los múltiples reclamos deducidos por deudores hipotecarios frente a condiciones adicionales a la cobertura contra incendio contratadas sin su consentimiento por las respectivas entidades financieras, todo lo cual se traducía en el consiguiente aumento en el importe de las primas. Por esta carta circular la SBIF confirma que en virtud de la normativa vigente las instituciones acreedoras no están facultadas para contratar por cuenta del deudor, sin su autorización expresa, coberturas adicionales al riesgo de incendio. En consecuencia, el regulador ordena a las instituciones financieras abstenerse de esta práctica, salvo que no signifique un costo adicional para el deudor hipotecario.

II.1.6. Otras normas relacionadas.

Con el objeto de concentrarnos exclusivamente en el tema que nos convoca, y no obstante ser de suyo aplicable a la materia, se ha optado por no incluir en su marco normativo particular la legislación común del contrato de seguro como tampoco la innumerable normativa administrativa, de distinta naturaleza y ente emisor, que por regular la contratación general de seguros resulta aplicable a aquellos que se toman con ocasión de una operación hipotecaria. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de este último grupo es necesario mencionar la siguiente:

a) Instrucciones sobre información y atención a los asegurados de seguros contratados en forma colectiva. (Circular SVS N° 1759).

b) Instrucciones sobre información a incluir en pólizas de seguros; reglas mínimas para seguros contratados en forma colectiva; normas generales de publicidad y; normas sobre promoción, publicidad y oferta de seguros y beneficios asociados (NCG SVS N° 1457).

II.2. Principales aspectos de la reforma introducida por la Ley N° 20.552, que moderniza y fomenta la competencia del sistema financiero, respecto de la contratación de seguros asociados a créditos hipotecarios.

II.2.1. Modificación de la Ley N° 20.552 al DFL N° 251 sobre Compañías de Seguros.

En primer lugar, debemos señalar, que la mencionada ley incorpora una reforma al derogado artículo 40 del DFL N° 251⁷, estableciendo como nuevo texto de este *“la obligación de las entidades crediticias de licitar los seguros asociados a créditos hipotecarios”*.

Conforme al mensaje del proyecto de ley enviado al Congreso, la principal razón de este cambio se debe a que si bien las beneficiosas tarifas obtenidas por las entidades crediticias en razón de la gran masa de asegurados que representan y por ende del gran poder de negociación que detentan, *“en la práctica este beneficio no está siendo traspasado a ellos [los consumidores], debido a la existencia de comisiones que se pactan en los seguros colectivos, a favor de la entidad crediticia y del corredor de seguros, usualmente relacionado a dicha entidad”*⁸.

De esta manera, el objetivo de esta reforma es conseguir que se traspase de manera efectiva los beneficios que obtienen las entidades crediticias de la contratación masiva de seguros, directamente a los asegurados⁹.

En síntesis, esta modificación impone a las entidades crediticias *“que en virtud de operaciones hipotecarias con personas naturales contraten seguros de desgravamen por muerte o invalidez e incendio y coberturas complementarias tales como sismo y salida de mar, por cuenta y cargo de sus clientes, con el objeto de proteger los bienes dados en garantía o el pago de la deuda frente a determinados eventos que afecten al deudor”*¹⁰ deberán cumplir con determinados requisitos y mecanismos establecidos en el propio artículo a la hora de su contratación.

⁷ Se entiende por entidades crediticias conforme a la ley *“Los bancos, cooperativas, agentes administradores de mutuos hipotecarios endosables, cajas de compensación de asignación familiar, y cualquier otra entidad que tenga dentro de su giro otorgar créditos hipotecarios”*.

⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que moderniza y fomenta la competencia del sistema financiero, p. 6.

⁹ A este respecto el mensaje del proyecto de la ley 20.552 establece que *“Los objetivos del proyecto de ley son: a) Que la entidad crediticia traspase al asegurado deudor el costo efectivo del seguro, ya que el objeto de estos seguros es proteger la garantía o la fuente de pago del crédito; b) Garantizar el traspaso de los beneficios de la contratación colectiva del seguro a los asegurados deudores, que son quienes asumen el pago de la prima; c) Fortalecer la competencia y transparencia en el proceso de contratación de estos seguros.”*

¹⁰ Artículo 40 DFL 251.

El procedimiento que deberá regir la contratación colectiva de seguros relacionados con créditos hipotecarios, conforme al artículo 40 del DFL N° 251, se puede esquematizar de la siguiente manera:

- a) Tipo de procedimiento: Licitación pública con bases preestablecidas.
- b) Requisitos de las Compañías Aseguradoras: No podrán participar la compañías cuya menor clasificación de riesgo sea igual o inferior a BBB.
- c) Reglas básicas del procedimiento:
 - c.1. Prima: Debe ser expresada como un porcentaje del monto asegurado de cada riesgo e incluir la comisión del corredor, si lo hubiere, expresado como un porcentaje de la prima.
 - c.2. Comisiones: No puede estipularse pago alguno a la entidad crediticia ya sea, por comisiones relativas a la contratación o gestión de seguros, cobranza de primas o cualquier otro concepto, salvo el derecho de la entidad crediticia en su calidad de acreedor hipotecario de pagarse su crédito con la indemnización en caso de siniestro.
 - c.3. Devoluciones o Reembolsos: Corresponderán al deudor asegurado, ya sean por mejor siniestralidad, volumen de primas, número de asegurados u otros conceptos similares.
 - c.4. Contratación Individual: Siempre los deudores hipotecarios conservarán el derecho de contratar directamente sus seguros relacionados a operaciones hipotecarias con un asegurador a su elección con tal que ésta póliza individual tenga lo menos las mismas coberturas que los seguros licitados.
 - c.5. Personas Jurídicas: Las disposiciones del artículo 40, serán aplicables a personas jurídicas cuando presenten sus operaciones en atención al objeto y fines del crédito presente similares particularidades a las realizadas personas naturales.
 - c.6. Reserva de Datos: Las compañías que se adjudiquen la licitación deben mantener en reserva las bases de datos que reciban de las entidades de crédito, salvo que la referida entidad los libere de la presente obligación.
 - c.7. Leasing: Serán aplicables a los contratos de arrendamiento de vivienda con promesa de compraventa las disposiciones señaladas en el artículo 40 del DFL N° 251.
- d) Adjudicación: Los seguros serán adjudicados a la compañía aseguradora que presente el menor precio, incluida la comisión del corredor. La excepción a esta regla, viene dada en aquellos casos que entre el proceso de licitación y antes de su asignación la compañía se encontrare en notorio estado de insolvencia en cuyo caso el órgano directivo

máximo de la entidad crediticia, puede resolver en forma pública, fundada y previa calificación de estos antecedentes por una clasificadora de riesgo establecida en las bases, asignar la licitación a la segunda propuesta de menor precio recibida.

e) Regulación Específica: Se establece que mediante una circular conjunta de la SVS con la SBIF, se instruirá a las entidades financieras acerca de las condiciones mínimas que deberán contener las bases de licitación. Además se dispone que la SVS normará las coberturas y condiciones que deberán contemplar los seguros asociados a éstos créditos. Todo esto será analizado en los siguientes acápites de la presente investigación.

II.2.2. Norma Conjunta de Carácter General de la Superintendencia de Valores y Seguros Nº 330 y de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Nº 3.530 respecto de Bancos, Nº 147 respecto de Cooperativas y Nº 62 respecto de Filiales.

En conformidad al nuevo artículo 40 del DFL Nº 251, las Superintendencias tanto de Valores y Seguros como de Bancos e Instituciones Financieras dictaron la referida norma conjunta, en la cual se plasma el mencionado mandato legal en cuanto se establece el procedimiento de licitación, así como las condiciones que deben instaurar las entidades crediticias en las bases de licitación¹¹. Esta normativa entró en vigencia el 21 de marzo de 2012, consagrando que el proceso de licitación deberá ser iniciado al menos 90 días antes del vencimiento del contrato colectivo vigente. Sin embargo, para los contratos con vencimiento entre el 1 de julio y el 31 de agosto de 2012, ambas fechas inclusive, el proceso podrá iniciarse 60 días antes del vencimiento.

Principalmente esta normativa centra sus aspectos más relevantes en fijar reglas generales y particulares en relación a la licitación, adjudicación y contratación colectiva de seguros asociados a créditos hipotecarios, determinando el contenido mínimo de las bases de licitación. Estas disposiciones tendientes al fortalecimiento de la competencia y en favor de la transparencia, permitirán a los deudores acceder a estándares mínimos de calidad de servicio en relación a los seguros licitados, obtener a los asegurados información mínima regulada bajo criterios previamente establecidos y en los plazos normados, asistencia complementaria a la establecida en el DS Nº 863 de 1989 por parte de los corredores de seguros en cuanto haya sido requerida por la entidad crediticia, entre otras obligaciones establecidas.

Asimismo, en esta normativa se establecen instrucciones especiales para la contratación individual de seguros de deudores hipotecarios que no persigan someterse al

¹¹ Conforme al punto III.2 de la NCG Nº 330: “Deberán ser licitados públicamente los seguros asociados a créditos hipotecarios que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos: a. Que toda la prima o una parte de ella sea de cargo del deudor asegurado; b. Que el beneficiario sea total o parcialmente la entidad crediticia; c. Que se trate de cobertura de desgravamen por muerte, cobertura complementaria de invalidez o cobertura de incendio y sus adicionales, tales como sismo y salida de mar”.

procedimiento de licitación y opten por contratar directamente su seguro sobre el inmueble con una compañía aseguradora, lo cual es privativo del deudor.

Por último se instauran las obligaciones de comunicar al deudor asegurado de ciertas informaciones en cada renovación del contrato colectivo. De esta manera, los deudores asegurados recibirán a través de un cuadro resumen –determinado en un anexo de esta norma- la cobertura de su seguro de daños asociado a crédito hipotecario.

II.2.3 Norma de Carácter General de la Superintendencia de Valores y Seguros N° 331.

Esta norma, que rige desde 21 de marzo de 2012, establece las condiciones y coberturas mínimas que deberán contemplar las pólizas de seguros asociados a créditos hipotecarios

En cuanto a las cláusulas que deben contener este tipo de pólizas, se repiten conceptos consagrados en el artículo 40 del DFL N° 251, en lo referido a la forma de expresión de las primas y a quien deben ser dirigidos sus devoluciones. Sin embargo, se establecen nuevas estipulaciones, entre las cuales podemos señalar por la relevancia que detentan, que todas las modificaciones a las pólizas requerirán el consentimiento del deudor asegurado y la aceptación del acreedor hipotecario; las obligaciones de información o declaración consagradas en la póliza deben establecer los medios que la aseguradora se obliga a proporcionar y sus plazos; se establece un plazo máximo en que se pagará la indemnización;¹² en cuanto a las denuncias de siniestros se deben fijar plazos claros y suficientes para su declaración.

En lo relacionado a las coberturas que deben tener éstas pólizas, se establece que: “La póliza de incendio, debe incluir como cobertura básica la de daños materiales a causa de incendio, inhabilitación, traslado de muebles, retiro de escombros, daños a consecuencia de explosión de artefactos domésticos y daños materiales a consecuencia de rayo”.

En tanto las coberturas adicionales que se señalan en la norma de carácter general corresponden a las de sismo¹³ y de salida de mar ¹⁴. La suscripción de estas últimas, especialmente reguladas por la SVS en función del mandato legal del artículo 40 del DFL N° 251, en cuanto ordena normar las condiciones y coberturas mínimas que deben

¹² No puede exceder los 6 días hábiles contados desde que se establezca la pérdida y procedencia de su pago, de acuerdo al informe final de liquidación.

¹³ La cobertura de sismo corresponderá a los daños materiales e incendio a consecuencia de sismo cualquiera sea la intensidad o magnitud y origen del fenómeno que los provoque, y deberá contemplar la inhabilitación y retiro de escombros.

¹⁴ La cobertura de salida de mar corresponderá a los daños materiales e incendio a consecuencia de salida de mar originada por un sismo, cualquiera sea la intensidad, magnitud u origen de éste.

contemplar los seguros aquí tratados, podría entenderse como obligatoria en razón de ser las únicas coberturas adicionales especialmente tratadas en dicha norma. No obstante, hacemos presente que del tenor literal de la NCG N° 331 no se desprende en forma expresa que los referidos adicionales detenten tal carácter por cuanto esta se limita a establecer determinadas condiciones que deben incluir dichas coberturas complementarias. Sobre este aspecto nos centraremos en la segunda parte de este trabajo investigativo.

Por último, se establecen otro tipo de condiciones en orden al monto asegurado, el que deberá ser el valor de tasación, descontado el valor del terreno. Adicionalmente se debe indicar claramente qué tipos de inmuebles no serán asegurables y en los casos de pérdidas parciales la indemnización se fijará conforme al valor de reparación o reconstrucción, habida consideración del material y características de construcción del inmueble a la fecha del siniestro. En consecuencia no se contempla la reducción del monto a indemnizar por concepto de depreciación, antigüedad, uso o desgaste del bien asegurado; asimismo, en caso de prepago del crédito, se exige la devolución de la prima no devengada al deudor asegurado.

II.3. Proyecto de Ley que reforma el Código de Comercio en materia de Seguros¹⁵.

Respecto del mencionado proyecto hacemos presente que en lo referido a la contratación de seguros de daños con ocasión de créditos hipotecarios, no se establecen reglas especiales para este tipo de casos, quedando en consecuencia supeditado este tema a la normativa anteriormente desarrollada. No obstante, en esta materia resulta significativo el nuevo artículo 517 por cuanto se norman aspectos sustantivos de la contratación colectiva que serán aplicables en la especie tratada, señalando lo siguiente:

Artículo 517. Contratación colectiva de seguros. Hay contratación colectiva de seguros en aquellos casos en que mediante una sola póliza se cubra a un grupo determinado o determinable de personas vinculadas con o por el tomador.

En este caso llámase tomador o contratante, a quien celebra el contrato por el grupo asegurado.

A través del tomador, el asegurador deberá entregar a cada uno de los asegurados que se incorporen al contrato de seguro colectivo, una copia de la póliza, o, al menos, un certificado que acredite la cobertura. En el último caso, tanto el asegurador como el tomador y el

¹⁵ Proyecto de Ley que Regula el Contrato de Seguros, Boletín N° 5185-03. Al 10 de Mayo de 2012 se encuentra en segundo trámite constitucional.

corredor del seguro, deberán mantener a disposición de los interesados una copia de la póliza.

El asegurador deberá, también, notificar a los asegurados a través del tomador, todas las modificaciones del seguro, las que sólo podrán efectuarse y regir, a partir de la siguiente renovación del contrato. Las modificaciones no informadas serán inoponibles al asegurado.

En tal evento, el asegurado podrá renunciar al contrato mediante comunicación escrita dirigida al asegurador, dentro de los diez días siguientes de recibida la notificación, en cuyo caso deberá restituirse la prima que se dentro de los diez días siguientes de recibida la notificación, en cuyo caso deberá restituirse la prima que se hubiere abonado desde la modificación.

Si la comunicación de renuncia se hubiere presentado ante el tomador o el intermediario, se presumirá su conocimiento por el asegurador a contar de la fecha de su presentación.

El tomador es responsable de los daños causados por su actuación en las pólizas colectivas en que intervenga, sin perjuicio de la responsabilidad del asegurador por las gestiones que hubiere encomendado. El asegurador no podrá oponer al asegurado los errores, omisiones o deficiencias del tomador.

En este tipo de contratos de seguro, la indemnización de los siniestros cede a favor del asegurado afectado por ellos, o del beneficiario, en su caso.

El citado artículo viene a recoger los principios consagrados en la contratación colectiva de seguros hipotecarios, resguardando los derechos de los asegurados que acceden a esta forma de contratación. En efecto, se establecen obligaciones esenciales como lo son la entrega de la póliza y del certificado de cobertura, como también que las modificaciones del condicionado particular de esta sea informado al asegurado directamente, regulando como sanción en caso de falta de consentimiento, la inoponibilidad de ésta para el asegurado. A su vez, importante resulta la responsabilidad del tomador de la póliza colectiva en cuanto responderá de todos aquellos daños y errores que tengan los contratos en tanto haya sido partícipe de estos.

III. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DE LA CONTRATACIÓN DE LOS SEGUROS ASOCIADOS A CREDITOS HIPOTECARIOS

III.1. Formación y celebración de los contratos de seguros.

III.1.1. Las partes intervinientes.

En primer lugar cabe señalar a quienes intervienen en esta clase de seguros, a saber:

a) Asegurador: Quien toma de su cuenta el riesgo será una compañía de seguros nacional, en forma individual o bajo la forma de coaseguro, cuya menor clasificación de riesgo sea superior a BBB y que, con la intervención de uno o más corredores de seguros, se haya adjudicado el proceso de licitación de los seguros asociados a créditos hipotecarios en cumplimiento con lo prescrito en el artículo 40 del DFL 251 y de las NCG SVS N° 330 y 331.

b) Contratante o tomador: Quien celebra el contrato y sobre quien recaen las obligaciones y cargas del mismo podrá ser tanto la entidad crediticia –contratación colectiva– como el deudor hipotecario –contratación individual–.

c) Asegurado: Quien están expuesto al riesgo y lo transfiere al asegurador será el deudor hipotecario por su interés asegurable en tanto propietario del inmueble hipotecado. La prima, por su parte, podrá ser de cargo total o parcial del deudor.

d) Beneficiario: Quien tendrá derecho a la indemnización será la entidad crediticia hasta la concurrencia de su interés y, en lo que exceda el saldo insoluto de la deuda especificada en la póliza, lo será el deudor hipotecario.¹⁶

III.1.2. Modalidad de contratación.

El nuevo artículo 40 del DFL N° 251, tal como ya lo hacía el estatuto existente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.552, consagra esta vez con rango legal el derecho de los deudores hipotecarios a contratar directamente los seguros asociados a la operación crediticia, eligiendo libremente el asegurador. En consecuencia, la contratación de dichos seguros puede hacerse ya sea de este modo o bien, como se dijo, por la entidad bancaria por cuenta y cargo de sus clientes. Por lo anterior, y en razón de sus particularidades, nos referiremos por separado a ambas modalidades sin olvidar que se rigen por las mismas normas sustantivas.

¹⁶ Por aplicación de reglas generales del interés asegurable y por mandato expreso de NCG SVS N° 331, párrafo III punto N° 10.

III.1.1.1. Contratación de seguros por el deudor hipotecario.

La reforma introducida por la Ley N° 20.552 consagró legalmente el derecho, antes reconocido por la normativa administrativa, que los deudores hipotecarios detentan para contratar individual y directamente, con un asegurador a su elección, los seguros asociados a operaciones hipotecarias a que se refiere el artículo 40 del DFL N° 251. Esta facultad prevalece por sobre la contratación colectiva de seguros que realice la entidad crediticia por medio del proceso de licitación pública –regulado en el precepto antes referido y en sus normas complementarias– conforme lo cual estos *“podrán ser contratados individual y directamente por el deudor asegurado en la compañía o por intermedio del corredor de su elección”*¹⁷. Continúa la norma legal que en caso de ejercerse este derecho, *“la entidad crediticia no podrá exigir al deudor coberturas o condiciones distintas a las contempladas en los seguros licitados, ni podrá aceptar una póliza individual con menores coberturas que las de los seguros licitados”*. Así entonces, las bases de licitación constituyen al mismo tiempo una garantía y una limitación al ejercicio de esta facultad por cuanto, conforme lo prescribe la NCG SVS N° 330, en ellas se contienen las condiciones mínimas que deben reunir los seguros que sean objeto de dicho proceso. Esta última circular agrega que *“la entidad crediticia estará obligada a aceptar la póliza contratada en forma directa por el deudor asegurado en cualquier momento durante la vigencia del crédito hipotecario”*¹⁸.

Al respecto cabe destacar que el derecho del deudor puede ejercerse durante toda la vigencia de la operación hipotecaria, sin que el hecho de haberse tomado inicialmente por el banco signifique conservar dicho seguro hasta su definitiva conclusión. En este último caso el deudor, junto con contratar la póliza individual, deberá renunciar formalmente al seguro tomado colectivamente por el banco, declaración que se incluirá en las condiciones particulares del nuevo contrato. Este último deberá ser remitido directamente al ente crediticio por el asegurador dentro de los 5 días siguientes a su contratación y, tanto esta como la respectiva renuncia tendrán efecto sólo una vez que la póliza individual haya sido aceptada por la entidad crediticia. Hemos destacado aquí los mismos términos utilizados por la NCG SVS N° 330 puesto que esta parece sugerir la existencia de un aparente control ex-ante de la entidad crediticia frente al legítimo ejercicio del derecho que le corresponde al deudor. Sin embargo, la norma habla de póliza contratada por lo que más bien se trataría de un control posterior a la celebración de dicho contrato.

Estimamos en cualquier caso que nada puede entorpecer la práctica de la mencionada facultad y que dicho examen debe limitarse única y exclusivamente a que la póliza individual se contrate utilizando los modelos de texto de condiciones generales depositados especialmente en la SVS y que se haya designado al acreedor hipotecario como beneficiario del mismo, así como las demás exigencias señaladas en el párrafo II

¹⁷ NCG SVS N° 330 párrafo I.6.

¹⁸ NCG SVS N° 330 párrafo II “Normas para la Contratación Individual de los Seguros”.

Nº 1 de la NCG 330. Si no se observaran los antedichos requisitos en la póliza individual, la entidad bancaria podrá rechazarla, informando con todo detalle a los involucrados los motivos que fundan su decisión, de modo el deudor comprenda cabalmente cuales fueron los requisitos incumplidos y pueda proceder, si así lo desea, a enmendarlos en conjunto con el asegurador e intermediario elegidos. Cabe señalar finalmente que durante todo este proceso de contratación individual, y mientras esta última no quede a firme, el contrato colectivo permanecerá vigente produciendo todos sus efectos.

III.1.1.2. Contratación de seguros por la entidad crediticia por cuenta del deudor hipotecario.

El nuevo artículo 40 del DFL Nº 251 recoge lo que ya prescribían el Compendio de Normas Financieras del Banco Central y la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF en cuanto faculta a la entidad crediticia, en el marco de operaciones hipotecarias, con el objeto de proteger los bienes dados en garantía o el pago de la deuda frente a determinados eventos que afecten al deudor y sin perjuicio del derecho de este último previamente analizado, para contratar seguros de incendio y otras coberturas complementarias por cuenta y cargo de los deudores, ajustándose en todo momento al proceso de licitación pública con bases preestablecidas regulado por dicha norma y por las NCG SVS Nº 330 y 331¹⁹. Al respecto dispone la NCG SVS Nº 330 en su párrafo I.6 que *“tratándose de seguros contratados por la entidad crediticia por cuenta y cargo del deudor, éstos deberán ser convenidos en forma colectiva por la entidad crediticia, por medio de licitación pública con bases preestablecidas”*. Agrega la citada norma en su párrafo III.1.1 que *“la entidad crediticia deberá incluir en los seguros colectivos a todos los deudores respecto de los cuales no haya recibido ni aceptado una póliza individual que cubra los riesgos señalados en el punto III.2.1, de acuerdo a las condiciones de asegurabilidad pactadas en el seguro colectivo”*.

Cabe detenernos en la naturaleza jurídica que envuelve este tipo de contratación. Si tenemos presente que quien celebra el contrato en estos casos –banco– carece a priori de un poder especial para representar al tercero –deudor–, bien podríamos concluir que estamos frente a la figura del seguro por cuenta ajena o de un tercero, consagrada en el artículo 519 del Código de Comercio,²⁰ la cual se asemeja a una forma peculiar de estipulación en favor de otro y, en tal caso, *“conforme al artículo 1449 del Código Civil, el asegurado puede ejercer los derechos que le competan en calidad de tal; mas, mientras*

¹⁹ Hacemos presente que respecto del proceso licitación y, en especial, de las reglas que gobiernan la confección de sus bases y la posterior adjudicación de los seguros, nos remitimos a lo dispuestos en el párrafo III de la NCG SVS Nº 330 puesto que estas materias, por su carácter técnico, procedimental y principalmente administrativo, escapan al objeto central del presente estudio.

²⁰ Art. 519 Código de Comercio.: *“El seguro puede ser contratado por cuenta propia o por la de un tercero en virtud de un poder especial o general y aún sin su conocimiento y autorización”*.

*no exteriorice su aceptación en forma expresa o tácita, el seguro es revocable por la sola voluntad del asegurador y el contrayente; el asegurado, pues, mientras no manifieste su aceptación, no es parte en el contrato y no lo afectan las obligaciones que de él emanen, las que sólo atañen al contrayente*²¹. Sin embargo estimamos que esta figura, no obstante el lenguaje utilizado por la norma, no concurre en esta clase de contratación puesto que aquél por cuenta de quién se toma el seguro no constituye de modo alguno un tercero absoluto que resulta favorecido de un contrato ajeno; por el contrario, la obligación de contratar el seguro, como se dijo, le corresponde primeramente al deudor y nace precisamente como consecuencia de un acto jurídico –contrato de crédito hipotecario– celebrado con la entidad bancaria. Del mismo modo resulta claro que en la contratación que nos interesa, el interés asegurable concurre no solo en la persona del deudor hipotecario sino que también en la del acreedor hipotecario en circunstancias que “si el seguro se contrata por cuenta de un tercero, el interés ha de buscarse en la persona por cuya cuenta se contrata, y ese tercero (...) tendrá que probar que su interés sufrió daño al tiempo de producirse el siniestro y como consecuencia del mismo”²².

Creemos, en definitiva, que no se trata en la especie de la figura prevista en el artículo 1449 del Código Civil; por el contrario, en la contratación de seguros asociados a créditos hipotecarios concurre el cumplimiento de una obligación consagrada en la normativa financiera que regula esta clase de operaciones²³ y que, en la generalidad de los casos, se cristaliza en una cláusula especial incorporada en dichos contratos. En consecuencia, se trataría más bien de un seguro contratado a favor de otra persona –y también del propio contratante–, en cumplimiento de un pacto especial que procede a su vez de una obligación normativa: “Tal ocurre, por ejemplo, cuando entre un acreedor hipotecario y el deudor se estipula que éste debe tomar un seguro sobre el bien dado en garantía, en favor del propio acreedor (...); en estos últimos casos, el contrayente no actúa en representación del asegurado como mandatario o representante legal; tampoco se presenta aquí la figura prevista en el artículo 1449 del Código Civil; la traslación de los efectos del contrato a la persona del asegurado opera aquí como efecto de la modalidad estipulada en el contrato, del cual la celebración del seguro es una de las obligaciones contraídas por el contrayente”²⁴.

Sin perjuicio de la discusión aquí planteada, tal como lo señalamos cuando nos referimos a su marco normativo, la práctica bancaria habitual en estos casos consiste en incorporar una cláusula particular en los contratos de compraventa de inmuebles

²¹ BAEZA, Sergio, “El Seguro”, Editorial Jurídica de Chile, 3° edición, 1994, p. 45.

²² VARELA, Raúl, “Los Seguros”, Editorial Universitaria S.A., 1958, p. 21.

²³ Normas sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito (Capítulo II.A.1, Circular N° 3013-652, Compendio de Normas Financieras, Banco Central de Chile) y Normas sobre mutuos hipotecarios endosable y normas sobre operaciones con letras de crédito (Capítulos 8-4 y 9-1 respectivamente, Recopilación Actualizada de Normas, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras).

²⁴ BAEZA, Sergio, Op. Cit., p. 45.

con crédito hipotecario en la cual se reproduce la obligación normativa, incluyendo adicionalmente un mandato especial que el deudor confiere al banco para que éste, en su representación, contrate los seguros si el deudor no lo hiciese en su oportunidad. En este caso *"la persona del contrayente es distinta de la persona del asegurado; pero, de acuerdo con el principio de la representación contemplado en el artículo 1448 del Código Civil, el contrato produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo"*²⁵. No vemos inconveniente alguno para que se proceda de este modo, incluso con la nueva normativa vigente: Se trata de un mandato especial para realizar un negocio determinado –contratar un seguro– que resulta de mutuo interés para ambas partes y que debe cumplirse por el mandatario –banco– con estricto apego a los términos o instrucciones en que fue conferido²⁶, las cuales se corresponden forzosamente con lo prescrito en la normativa aplicable –Art. 40 DLF 251 y NCG N° 330 y N° 331– por lo que el mandatario carece de facultades arbitrarias para contratar el seguro y debe, además y en todo momento, respetar el derecho del deudor para contratarlo en forma directa. Finalmente cabe recordar que en esta modalidad, en cualquier caso, el banco, en tanto mandatario, tiene la obligación de rendir cuentas de su encargo y responderá de culpa leve en el cumplimiento de este²⁷.

III.1.3. Otras materias de interés en el proceso formativo de los contratos.

III.1.3.1. La propuesta.

La propuesta de seguro ha sido generalmente definida como *"la oferta escrita de contratar el seguro, formulada al asegurador por el contratante, el asegurado o por un tercero a su nombre; En dicha propuesta se deben proporcionar todos los antecedentes necesarios para que la compañía aseguradora pueda estar en condiciones de evaluar el riesgo que asume y calcular el valor de la prima consiguiente"*²⁸. Teniendo presente este concepto podemos señalar que las bases de licitación que las entidades crediticias ponen a disposición de las compañías de seguros al momento de iniciarse dicho proceso, se corresponden en sus notas principales con el concepto de propuesta de seguro por cuanto por medio de ellas el banco informa a las aseguradoras, entre otras materias, la cobertura requerida, sus condiciones especiales, la individualización de los asegurados –deudores hipotecarios–, monto del capital asegurado, duración del seguro, información y características de los bienes raíces a asegurar, etc²⁹. El contenido de estos antecedentes permite a las aseguradoras evaluar el riesgo que se asume y calcular el valor de la prima

²⁵ Ibid.

²⁶ Artículo 2131 del Código Civil: *"El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo"*.

²⁷ Artículo 2129 del Código Civil: *"El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo"*.

²⁸ CONTRERAS, OSVALDO, *"El Contrato de Seguro"*, Editorial Jurídica La Ley, 1° edición, 2002, p. 91.

²⁹ Para mayor detalle ver Anexo 1 de la NCG SVS N° 330.

consiguiente, lo cual se traducirá en una oferta formal –con eventual intervención de uno o más corredores de seguros– que se entregará a las compañías en sobre cerrado en los plazos y según las formas preestablecidas en el proceso. Aquí el seguro, por tanto, si bien se negocia a iniciativa de la entidad crediticia en virtud de un proceso de licitación pública, se concreta posteriormente con la oferta o cotización del asegurador y se resuelve en definitiva por la asignación formal hecha por el banco al oferente que cumpla con lo prescrito en el párrafo III.3 de la NCG SVS N° 330 sobre “Normas para la Adjudicación de los Seguros”.

III.1.3.2. Formación del consentimiento.

En el caso de los seguros contratados directa e individualmente por el deudor hipotecario, no quedan dudas que procede la aplicación íntegra de los conceptos y normas generales sobre la capacidad de las partes propias del derecho común. Aquí el contrato de seguro se entenderá formado cuando se otorgue efectivamente la póliza suscrita entre deudor y asegurador, al margen del control que pueda ejercer posteriormente la entidad crediticia si es que dicho seguro no reúne las condiciones mínimas preestablecidas para la operación. En este último caso, si la póliza fuese rechazada por la entidad crediticia, debería procederse a su cancelación formal ante el asegurador o bien a su enmienda, de ser posible, por la vía de endosos modificatorios en los términos indicados por el banco.

En cuanto a los seguros contratados por el banco por cuenta del deudor hipotecario, podría darse una situación de nuestro interés. En estos casos, como se dijo, la negociación se inicia con las bases de licitación que se ponen en conocimiento del mercado asegurador y con cuyo mérito se realizan las distintas ofertas. Conforme lo prescribe la norma, la asignación de los seguros se hará en el marco de un proceso formal que incluye la intervención inicial de un Notario Público, al momento de proceder a la apertura de las ofertas, y finaliza con la publicación de los resultados de la licitación en distintos medios de difusión. Los contratos de seguros, en consecuencia, si bien se negocian a iniciativa de la entidad crediticia, se concretan posteriormente con la asignación formal hecha por el banco al oferente que cumpla con lo prescrito en el párrafo III.3 de la NCG SVS N° 330. En aplicación de las reglas generales del derecho común y particularmente del Código de Comercio, el consentimiento se entiende formado “cuando una de las partes contratantes acepta pura y simplemente la proposición o contra proposición de la otra”³⁰ por lo que una vez asignados los seguros de una cartera hipotecaria a un asegurador determinado ya estaríamos frente a un acuerdo de voluntades debidamente constituido. Sin embargo, teniendo presente que en Chile el seguro es un contrato solemne, mientras no se otorgue la póliza no habría propiamente un contrato legalmente perfeccionado, con todas las graves consecuencias que ello implica. ¿Supone esto que tendría lugar un área gris, ubicada de facto entre la asignación de los contratos y el otorgamiento de la

³⁰ CONTRERAS, Osvaldo, Op. Cit. p. 93.

póliza, en la cual los asegurados estarían privados del amparo del seguro? Tal como en forma unánime lo sostiene tanto la doctrina nacional como la comparada, en este y en todos los demás momentos del iter contractual del seguro, la aplicación del principio de la *uberrimae bonae fidei*³¹, que no solo se predica respecto del asegurado sino que también se extiende a la esfera del asegurador³², impide que se produzcan situaciones semejantes: “En la práctica, sin embargo, aceptada la propuesta, y pagada la prima, la compañía se considera obligada a la indemnización en caso de siniestro, lo que importa una solución de buena fe a una situación que, en el hecho, dependen únicamente de ella”³³.

III.1.3.3. Los intermediarios.

Para el caso que el propio deudor hipotecario contrate directa e individualmente el seguro, cabe recordar que su derecho a elegir la compañía aseguradora se extiende también a la persona del corredor. Sin embargo, al igual que respecto al asegurador, sea el propio deudor o la entidad crediticia la que contrata el seguro, la elección del corredor de seguros está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos especiales que se indican en la NCG SVS N° 330 pudiendo citarse, entre otros, el haber intermediado seguros por un monto de prima promedio anual que sea al menos igual a la mitad del monto de la prima anual de los seguros que se están licitando –monto neto de comisiones– y el no haber sido sancionado por la SVS con al menos una multa igual o superior a UF 100 durante el último año contado desde la fecha de llamado a licitación.

III.1.3.4. La póliza contratada y sus condiciones.

Respecto de modelos de pólizas y sus condiciones que pueden contratarse en el caso de los seguros asociados a créditos hipotecarios, cabe reiterar que su elección se encuentra limitada a aquellos que hayan sido especialmente depositados para este efecto en la SVS y que a su vez se ajusten en su contenido a la NCG N° 331. A las principales características de los nuevos modelos de pólizas de incendio –individual y colectiva– asociadas a créditos hipotecarios que, en cumplimiento de la reciente reforma legal, han sido depositadas en el último tiempo por la Asociación de Aseguradores de Chile A.G. nos referiremos en el apartado III.5 del presente estudio.

³¹ Al respecto, en relación al principio de la buena fe, OSSA señala que éste estaba presente en todos los contratos pero “sólo que el seguro lo es en más alto grado, *uberrimae fidei*, lo que tiene un fundamento extensible en la intangibilidad de la mercancía que constituye su objeto y en la imprecisa consistencia de los elementos que se utilizan para regular el precio de ella”. OSSA, Efrén, “Teoría general del seguro”, t. II, “El Contrato”, 2° edición, 1991, p.44.

³² Al respecto conviene remitirse al trabajo realizado por don Francisco Tirado Suárez, “Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro”, publicado en la recopilación “Derecho de seguros”, editorial Hammurabi, 1° edición, 2001, coordinada por don Nicolás H. Barbato y patrocinada por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros.

³³ BAEZA, Sergio, Op. Cit., p. 100.

III.2. Los riesgos cubiertos por el seguro de incendio con ocasión de créditos hipotecarios.

En torno del riesgo, como elemento de la esencia del contrato de seguro, se circunscriben relevantes aspectos de la relación asegurativa tratada en la presente investigación, en tanto cuanto generalmente *"las personas recurren al seguro para ampararse de los riesgos que las amenazan y con el objeto de neutralizar económicamente los efectos dañosos producidos por el evento previsto"*³⁴. En este contexto, el riesgo³⁵ en los contratos de seguros asociados a créditos hipotecarios, se encuentra determinado por la posibilidad que ocurran al efecto eventualidades que puedan dañar al inmueble objeto del seguro, perjudicando patrimonialmente tanto al propietario del inmueble como al acreedor hipotecario, en su caso³⁶. De este modo, tradicionalmente en las operaciones asociadas a créditos hipotecarios uno de los riesgos que se encuentra claramente delimitado es el de incendio, por lo que establece -como hemos visto en la primera parte de esta investigación- la obligación que para el otorgamiento de un crédito de este orden, se tenga que cubrir al menos el riesgo de incendio, ya sea en razón que el propio deudor contrate un seguro de incendio³⁷, o en su defecto, que el banco lo contrate por cuenta del deudor. Esto genera la obligación para estas operaciones de contratar un seguro de incendio que haga frente a este tipo de riesgo³⁸, quedando en principio a voluntad del propietario la contratación de adicionales³⁹ como el caso de sismo, salida de mar, etc. No obstante lo señalado, y como ya se indicó en su oportunidad, suele ser práctica usual del mercado bancario, que sea pactado en los contratos de mutuo hipotecario que el deudor faculte al banco para que contrate el adicional de sismo y otros necesarios mediante un mandato, estipulando *"que la póliza que se contrate podrá tener los adicionales que el Banco estime convenientes"* u

³⁴ MEILLJ, Gustavo, Manual de Seguros, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 10

³⁵ Entendido en el sentido definido por GARRIGUES: *"Riesgo es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial"* pág. 11

³⁶ En consecuencia, como señala CONTRERAS *"La noción de riesgo está, de este modo, íntimamente vinculada con el concepto de interés asegurable, porque para que un evento sea riesgoso para alguien, es preciso que dicha persona tenga un interés concreto en prevenir los daños que puedan afectar al objeto del seguro"*, Op. Cit. p. 57. En la especie tratada, queda en evidencia que tanto el deudor hipotecario como la entidad crediticia tienen un manifiesto interés asegurable en tanto cuanto en su calidad de propietario como de acreedor hipotecario respectivamente, tienen interés en que el objeto materia del seguro no sufra daño alguno.

³⁷ *"El seguro de incendio cubre los riesgos que causa el fuego y sus consecuencias"*. VARELA, Raúl, Op. cit. p.99.

³⁸ Los riesgos cubiertos por la póliza de incendio depositada en la SVS bajo el código POL 1 90 006, se encuentran señalados en su cláusula primera y segunda.

³⁹ En conformidad a la Circular N° 1338 de la SVS se señala en su punto III.2., párrafo primero, que las cláusulas adicionales *"son aquellas cláusulas accesorias a uno o más textos de pólizas determinados, que permiten extender o ampliar las coberturas comprendidas en las condiciones generales de un texto registrado, incluyendo riesgos no contemplados o expresamente excluidos, o eliminando restricciones, condiciones u obligaciones que afecten o graven al asegurado o contratante. De consiguiente, no podrán ser objeto de cláusulas adicionales la inclusión de limitaciones a las coberturas o de restricciones a los derechos de los asegurados"*

otras fórmulas establecidas en los referidos contratos^{40 / 41}.

Normalmente los riesgos cubiertos adicionales a la póliza de incendio⁴² contratada por los bancos en operaciones relacionadas a créditos hipotecarios corresponden a los siguientes⁴³: condición adicional de incendio y daños materiales causados por sismo; incendio a consecuencia de fenómenos de la naturaleza excepto sismo; daños materiales causados por salida de mar; avalancha, aluviones y deslizamientos; daños materiales causados por peso de nieve o hielo; daños materiales causados por explosión; daños materiales causados por vehículos motorizados; daños materiales causados por aeronaves; daños materiales causados por rotura de cañerías; incendio por combustión espontánea; daños materiales por choque o colisión con objetos fijos o flotantes, incluyendo naves; adicional incendio y explosión por huelga, desorden popular; daños materiales por huelga, desorden popular; adicional saqueo durante huelga, desorden popular; colapso de edificio; daños materiales por viento, inundación y desbordamiento de cauces; inhabilidad de la vivienda y honorarios profesionales.

⁴⁰ A mayor abundamiento, reproducimos una cláusula tipo utilizada por un Banco de la plaza, referida a la materia tratada: “El mutuario se obliga a mantener aseguradas las construcciones existentes o que se levanten en la propiedad hipotecada, contra el riesgo de incendio y daños materiales, con todos sus adicionales, incluyendo incendio a consecuencia de sismo y daños materiales a consecuencia de sismo, en una suma no inferior al valor de tasación efectuada por el propio Banco y de las construcciones y obras anexas indicadas en el informe de tasación del inmueble hipotecado, el cual las partes declaran conocer y que forman parte integrante de esta escritura. Por el presente instrumento el deudor otorga un mandato irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio al Banco para que éste, actuando en nombre y en representación del deudor, pueda contratar el seguro antes referido y sus adicionales, en una compañía de seguros establecida en Chile, y pagar la respectiva prima por cuenta del deudor, quedando el Banco expresa e irrevocablemente facultado para proceder a solicitar la suscripción o la renovación periódica de dicho seguro durante todo el período de vigencia del crédito, para acordar y contratar en cada solicitud de suscripción o renovación las condiciones de coberturas, prima, base de cálculo, vigencia y cualquier otra condición o términos de la póliza. El deudor declara estar en pleno conocimiento que las coberturas adicionales al riesgo de incendio y daños materiales estipuladas en ésta cláusula, son voluntarias y que en tal carácter otorga el mandato para que el Banco las contrate por su cuenta durante toda la vigencia del crédito. El deudor se obliga a entregar oportunamente al Banco las pólizas respectivas, con constancia de estar pagadas al contado por todo el período de cobertura a que ellas se refieran”.

⁴¹ Sobre esta base versa el proyecto de ley “Sobre seguro obligatorio de daños por sismos e incendios”, Boletín N° 6.878-14, en cuanto en su mensaje se señala: “Por su parte, tanto los Bancos como las demás instituciones financieras, imponen a sus clientes la obligación de contratar seguros de sismo, que por lo general van asociados “en paquete” al seguro de incendio”.

⁴² Inscrita en el Registro de Pólizas de la SVS bajo el código POL 1 90 006.

⁴³ La presente es una descripción meramente ilustrativa, con el objeto de dar a conocer algunas de las coberturas adicionales contratadas. Se tuvo en consideración algunas pólizas colectivas tomadas por prestigiosos bancos de la plaza, respecto de sus carteras de deudores hipotecarios.

Pasando a los aspectos fundamentales relacionados a los cambios introducidos por las reformas anteriormente señaladas, importante resulta dilucidar que coberturas mínimas serán las exigidas conforme a la nueva normativa legal como reglamentaria en los procesos de contratación colectiva llevadas a cabo por las entidades crediticias en la licitación de sus carteras hipotecarias. Señalaremos preliminarmente, que el nuevo artículo 40 en cuanto a coberturas mínimas señala por una parte, que una norma conjunta de la SVS y de la SBIF regulará respecto de las licitaciones las coberturas de los seguros a licitar⁴⁴ y, por la otra que será la SVS mediante norma de carácter general quien regulará las condiciones mínimas de cobertura que deberá contemplar esta especie de seguros⁴⁵.

De lo señalado en la normativa conjunta, se puede erigir que en lo referido a esta investigación, se instaure como piedra angular la cobertura contra incendio, toda vez que este es un requisito sine qua non para que las entidades crediticias liciten su cartera⁴⁶ –por el hecho de contratar un seguro de incendio vinculado a una operación hipotecaria, cumpliendo los demás parámetros establecidos, deben proceder a su contratación colectiva por licitación pública⁴⁷–, pero no se logra determinar en qué consisten las condiciones mínimas que debe contemplar la póliza de incendio así como los adicionales a su cobertura que deben concretar estas pólizas, pues se limita a señalar que dicha regulación será aplicada a entidades crediticias que contraten seguros de incendio con coberturas complementarias tales como sismo y salida de mar⁴⁸. En tal sentido, cada vez

⁴⁴ El Artículo 40 N° 7 del DFL N° 251, en lo pertinente prescribe: “Una norma conjunta, que dictarán las Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras, regulará el proceso de licitación y las condiciones mínimas que contemplarán las bases de licitación. Dicha norma podrá considerar, entre otros, los siguientes aspectos: a) Coberturas de seguros a licitar; b) Duración de los contratos y coberturas [...]”.

⁴⁵ El Artículo 40 del DFL N° 251 señala: “La Superintendencia de Valores y Seguros establecerá, por norma de carácter general, las condiciones y coberturas mínimas que deberán contemplar los seguros asociados a los créditos hipotecarios a los que se refiere este artículo, tanto para aquellos contratados directamente por el deudor como para los contratados por la entidad crediticia por cuenta de éste. La citada norma deberá ser enviada en consulta a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”.

⁴⁶ Conforme a la NCG N° 330, en su apartado I.1, se establece que: “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del decreto con fuerza de ley N° 251, del Ministerio de Hacienda, de 1931, las disposiciones de la presente norma se aplicarán a las entidades crediticias que, en virtud de operaciones hipotecarias, contraten seguros de desgravamen por muerte o invalidez e incendio y coberturas complementarias tales como sismo y salida de mar, por cuenta y cargo de sus clientes, con el objeto de proteger los bienes dados en garantía o el pago de la deuda frente a determinados eventos que afecten al deudor.” (El destacado es nuestro).

⁴⁷ Somos de la opinión que la obligación de contratar el seguro de incendio, viene dada por la normativa existente sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito (Capítulo II.A.1, Circular N° 3013-652, Compendio de Normas Financieras, Banco Central de Chile) y por las normas sobre mutuos hipotecarios endosables y normas sobre operaciones con letras de crédito (Capítulos 8-4 y 9-1 respectivamente, Recopilación Actualizada de Normas, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras), y no de esta nueva reforma, ya que ésta sólo viene a regular los procedimientos de licitación de contratación de seguros asociados a créditos hipotecarios.

⁴⁸ Como ya se señaló en cita 23.

que esta norma se refiere a coberturas adicionales a la de incendio lo hace sólo a modo de ejemplificar utilizando las palabras tales como.⁴⁹

La Norma de Carácter General N° 331, viene a clarificar en cierta manera las interrogantes recientemente planteadas, por cuanto establece las condiciones de cobertura mínimas, que deben contemplar los seguros asociados a créditos hipotecarios. En efecto, ésta normativa crea la cobertura básica obligatoria que debe comprender la póliza de incendio⁵⁰ que deberá ser depositada en la SVS especialmente para estos efectos⁵¹. Sin embargo, en cuanto a las coberturas complementarias –o adicionales– que deben ser consideradas por este tipo de pólizas se refiere solamente a dos adicionales: la cobertura de sismo y la cobertura de salida de mar. En ambos casos, como ya hemos visto, se dispone en qué consiste la cobertura otorgada por estos adicionales, causales del siniestro cubiertas y que deben comprender la inhabitabilidad y retiro de escombros.

De este modo, apreciamos que la normativa citada, no es clara respecto de si en las bases de licitación la entidad crediticia debiera incorporar estos u otros adicionales, pero si establece que en los casos de sismo y salida de mar se debe estipular las condiciones antes expuestas. En vista y considerando lo señalado, somos de la opinión que en ningún caso las cláusulas adicionales de sismo y salida de mar, al ser las únicas tratadas en la NCG N° 331, podrían ser consideradas como coberturas adicionales obligatorias, toda vez que del tenor literal de la norma se desprende que dicha mención es meramente ejemplar y que su tratamiento obedece a la importancia que el regulador otorga a estos riesgos. Estimamos que en materia de coberturas adicionales a la póliza de incendio, estas se siguen rigiendo en definitiva por la voluntad del deudor hipotecario por cuanto será únicamente él quien manifieste su intención contratar. En consecuencia, resultará de vital importancia determinar si convencionalmente el deudor en la escritura de mutuo hipotecario autorizó a la entidad crediticia para contratar adicionales por cuenta suya. Lo anterior, trasciende de sobremanera para el deudor hipotecario, toda vez que el contratar coberturas adicionales

⁴⁹ Tal es el caso de las expresiones contenidas: “Que se trate de cobertura de desgravamen por muerte, cobertura complementaria de invalidez o cobertura de incendio y sus adicionales, tales como sismo y salida de mar” y “Tratándose de seguros que cubran el riesgo de incendio y coberturas complementarias tales como sismo y salida de mar, se deberá enviar al deudor asegurado lo siguiente”. (El énfasis es nuestro).

⁵⁰ Se señala en el apartado III.1 de la NCG N°331: “La póliza de incendio, debe incluir como cobertura básica la de daños materiales a causa de incendio, inhabitabilidad, traslado de muebles, retiro de escombros, daños a consecuencia de explosión de artefactos domésticos y daños materiales a consecuencia de rayo”.

⁵¹ La NCG N° 331, en su disposición transitoria, señala que “a más tardar el 5 de abril de 2012, deberá estar depositado al menos un modelo por cobertura de riesgo de las pólizas y cláusulas adicionales a que se refiere esta norma”, para estos efectos la Asociación de Aseguradores de Chile depositó la póliza colectiva de incendio inscrita en los registros de la SVS bajo el código POL 112027.

se va a reflejar en un recargo de la prima contratada⁵².

III.3. La materia asegurada y la suma asegurada. Relación con la hipoteca.

III.3.1. La materia asegurada y su relación con la hipoteca.

Según lo dispuesto en las NCG N° 330 y N° 331 la materia asegurada, entendida como el "bien material afecto al riesgo sobre el cual gira la función indemnizatoria"⁵³, corresponde en los seguros asociados a créditos hipotecarios a los bienes inmuebles dados en garantía a la entidad crediticia. La terminología utilizada por la normativa, sin embargo, nos parece poco afortunada. En primer lugar, el deudor, con ocasión de la operación hipotecaria y a fin de garantizar al banco el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones que emanan de esta, constituye una hipoteca en favor de dicha entidad sobre el bien raíz objeto del contrato de compraventa a que accede y que se extiende a todos los inmuebles que, por adherencia o destinación, pertenezcan o se reputen pertenecer a la propiedad hipotecada, así como a sus frutos tanto naturales como civiles, aumentos y mejoras⁵⁴. Si nos servimos de los términos empleados por la normativa dictada por la SVS llegamos a concluir que el seguro de daños que debe contratarse en estos casos deberá asegurar todos los bienes inmuebles dados en garantía, es decir, todos aquellos a que se extienden los efectos de la hipoteca. Sin embargo, lo anterior supondría extender el seguro al terreno o suelo, bien inmueble por naturaleza que efectivamente se encuentra comprendido en la garantía hipotecaria, pero que jamás podrá ser afectado por un incendio o siniestro cualquiera y, por tanto, nunca podría ser considerado como materia asegurada. Al respecto la doctrina nacional ha sostenido categóricamente que *"en ningún caso podrían indemnizarse los edificios de acuerdo a su valor comercial, toda vez que el precio de un inmueble no sólo incluye el valor de la construcción misma sino que incluye el valor del terreno en que se encuentra situado, el que no puede ser afectado por un siniestro y por lo tanto no es indemnizable"*⁵⁵. En este punto resulta de enorme

⁵² Como bien señala BARBATO en su trabajo sobre determinación del riesgo y exclusiones a la cobertura: *"El riesgo se encuentra en estrecha relación técnico-económica con la prima que se cobra por el amparo asegurativo y, por ende, el mantenimiento de ese equilibrio resulta esencial no sólo para el normal desenvolvimiento del contrato individualmente considerado, sino también para el desenvolvimiento de las articulaciones económicas derivadas de la mutualidad de asegurados en la que dicho contrato se inserte."* BARBATO, Nicolás, *"Determinación del riesgo y exclusiones a la cobertura"*, publicado en la recopilación *"Derecho de seguros"*, editorial Hammurabi, 1° edición, 2001, coordinada por don Nicolás H. Barbato y patrocinada por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, p. 39.

⁵³ CASTELO, Julio y PÉREZ, José María, *"Diccionario Básico de Seguros"*, Editorial MAPFRE, 4ª edición, 1981, p. 99.

⁵⁴ La doctrina nacional también extiende los efectos de la hipoteca a la indemnización en caso de expropiación (Art. 924 Código de procedimiento civil y Art. 20 DL N° 2186) y a la indemnización debida por los aseguradores en caso de siniestro (Art. 2422 Código Civil y Art. 555 Código de Comercio.). LECAROS, José Miguel, *"Las cauciones reales: Prenda e Hipoteca"*, Editorial Metropolitana, 2° edición, 2001, p. 295 y ss.

⁵⁵ CONTRERAS, Osvaldo, Op. Cit. p. 158.

utilidad citar al reconocido jurisconsulto español VARGAS VASSEROT quien, en un destacado estudio sobre la materia y al referirse al seguro por el valor de la finca hipotecada, sostiene que el Real Decreto Español N° 685/1982, desarrollando lo sostenido por la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario, prescribe que *“los bienes sobre los que se constituya la hipoteca deberán contar con un seguro contra daños en que la «suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien asegurado excluidos los elementos no asegurables por naturaleza» (...); Esta exclusión de los «elementos no asegurables por naturaleza» (expresión con la que el legislador sin decirlo de manera expresa se refiere básicamente al valor del solar que se han tenido en cuenta en la tasación del inmueble pero que queda fuera del seguro contra daños), que fue introducida por el Real Decreto 1289/1991, es realmente interesante”*⁵⁶. Continúa el autor señalando que *“la razón de dicha previsión, más que evitar a toda costa un infraseguro como se ha defendido, es adecuar la suma asegurada al interés asegurado, en el sentido de no incluir en su cálculo a elementos no asegurables y evitar la contratación de un seguro excesivo para el deudor hipotecario con el consiguiente incremento adicional de las primas”*⁵⁷. Para concluir, respecto de las consecuencias que conlleva asegurar elementos no asegurables como el terreno, sostiene que *“abusivo me parece imponer un seguro que cubra el valor global del inmueble, es decir, el valor de tasación, sin reducir el valor del solar; en tal supuesto se le está obligado a asegurar algo sobre lo que no existe riesgo y, por tanto, el seguro debería considerarse, al menos parcialmente, nulo”*⁵⁸. Concordamos con esta última aseveración de VARGAS VASSEROT puesto que uno de los requisitos que debe reunir el objeto del seguro en nuestra legislación es *“que se trate de cosas que estén expuestas a perderse por un determinado riesgo que toma a su cargo el asegurador, lo que es un principio de evidente lógica, toda vez que ya hemos dicho que sin existencia de riesgos, el seguro no es válido”*⁵⁹. Estimamos que la sanción para este caso no sería propiamente la nulidad –a lo menos parcial– del contrato, no obstante lo prescrito en el artículo 522 y 557 N° 3 del Código de Comercio, sino más bien la inexistencia del seguro por carecer este de un requisito esencial –falta de objeto asegurado y, por consiguiente de riesgo– conforme lo prevenido en el artículo 1444 del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior creemos que este conflicto puede salvarse –una vez más– mediante la aplicación del principio de la *uberrimae bonae fidei* en justo resguardo de la verdadera intención que tuvo el asegurado al contratar el seguro. De esta forma, una vez manifestada esta situación durante la vigencia del contrato, podría conservarse la eficacia del seguro mediante su enmienda con la emisión de un endoso por parte del asegurador que modifique la materia originalmente asegurada, ajustándola al verdadero objeto del seguro, rebajando la suma asegurada al monto real del riesgo asegurable y, si así fuese el caso, reintegrando al asegurado la prima que haya

⁵⁶ VARGAS VASSEROT Carlos, “El seguro de la finca hipotecada”, Editorial Marcial Pons, 1° edición, 2003, p. 200.

⁵⁷ Ibid., p. 201.

⁵⁸ Ibid., p. 202.

⁵⁹ CONTRERAS, Osvaldo, Op. Cit. p. 81.

pagado en exceso.

No obstante la discusión antes planteada y que proviene de una redacción impropia de la nueva normativa, creemos que, en cualquier caso, dicha imprecisión se salva con lo prescrito en el Capítulo II.A.1. del Compendio de Normas Financieras del Banco Central que al efecto prescribe en su acápite N° 17 que “si en el inmueble hipotecado hubiere edificios, éstos deberán estar asegurados contra el riesgo de incendio mientras se encuentre vigente el préstamo”. El precepto antes citado acierta al distinguir entre el inmueble hipotecado y los edificios construidos en él y aclara que la obligación de aseguramiento recae sobre estos últimos, con exclusión de aquella parte del bien raíz hipotecado que por su naturaleza no está afecta a riesgo alguno.

III.3.2. La suma asegurada.

La NCG SVS N° 331 en su apartado III.8 (“Condiciones del seguro de incendio y coberturas complementarias”) acierta al prescribir que “el monto asegurado corresponderá al valor de tasación del inmueble, descontado el valor del terreno” ya que circunscribe el seguro precisamente al riesgo sobre el cual recae. Agrega la norma que respecto de dicha suma deberá “aplicarse el concepto de «primera pérdida» y por lo tanto, que la indemnización no estará afecta al prorrateo que señala el Artículo 532 del Código de Comercio; Este será el límite máximo de responsabilidad del asegurador”. Lo anterior significa que “el asegurado recibe indemnización por todos los daños que haya sufrido hasta concurrencia de la suma asegurada, prescindiendo de considerar el descubierto o mayor valor que puedan tener los bienes asegurados con relación a la suma asegurada”⁶⁰. Al respecto cabe recordar que “la regla proporcional (del artículo 532 del Código de Comercio) no es una norma de orden público; ella sólo contiene una presunta voluntad de las partes que puede destruirse por pacto en contrario”⁶¹. Con esta condición especial que han de cumplir el seguro de incendio y las coberturas complementarias que se contraten, el regulador ha querido dotar de cierta seguridad a la operación crediticia frente al riesgo de reducción del pago indemnizatorio como consecuencia de que la suma asegurada sea inferior al valor real del inmueble asegurado al tiempo del siniestro. Lo anterior constituye un caso de infraseguro o seguro insuficiente con su grave y sensible desventaja: la disminución del monto a indemnizar se trate de pérdidas totales o parciales⁶². El banco, ante esta circunstancia y en tanto beneficiario de la póliza, vería mermado su derecho y con ello debilitada su garantía hipotecaria como resultado de una situación de hecho

⁶⁰ CONTRERAS, Osvaldo, Op. Cit. p. 164.

⁶¹ VARELA, Raúl, Op. Cit. p. 63.

⁶² “El efecto secundario, y el más difícil de entender para el lego, se da en el caso de pérdidas parciales y consiste en que, en ese caso, el asegurado no recibe toda la indemnización del daño sufrido, sino la proporción existente entre el monto del seguro que había tomado y el verdadero valor del objeto; En ello consiste la aplicación de la llamada regla proporcional o, simplemente, «el prorrateo»”.

–aumento del valor real del inmueble frente a una insuficiente suma asegurada– que usualmente le será ajena. Así entonces, para evitar este perjuicio a la operación crediticia en general, se ha establecido por la NCG N° 331 como condición necesaria de los seguros a licitar que a la suma asegurada se le aplique el concepto de primera pérdida o a primer riesgo y con ello, en caso de siniestro, el asegurador proceda a indemnizar todos los daños que haya sufrido el bien asegurado y que se logren acreditar fehacientemente en el procedimiento de liquidación, sin aplicación alguna del infraseguro, hasta la concurrencia de la suma asegurada, la cual constituye –tal como señala la norma– el límite máximo de responsabilidad del asegurador.

III.4. El interés asegurado.

III.4.1. Intereses involucrados sobre un bien hipotecado.

Un elemento de la esencia de todo contrato de seguro es el interés asegurable, el cual analizaremos en esta parte en sus aspectos más trascendentales, circunscribiéndonos, claro está, al tema central del presente trabajo y su relación en el seguro de incendio con ocasión de créditos hipotecarios. En primer lugar, es conveniente señalar que el interés asegurable como lo define CONTRERAS corresponde a *“la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito y susceptible de valoración económica y que constituye al asegurado en interesado en la conservación del objeto asegurado, o, en otros términos, en que no se produzca un siniestro que lo afecte”*⁶³. Este concepto se encuentra recogido en nuestra legislación, en el artículo 518 del código de comercio el que establece como requisito de validez del contrato de seguro, que el asegurado *“tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado”*.

Emana de un simple análisis del artículo citado que el asegurado debe tener un interés en que no se produzca el siniestro y debe gozar de un título que avale tal situación, es decir, que lo vincule a encontrarse afecto de sufrir un perjuicio económico si se produce un daño sobre la materia asegurada. En consecuencia, *“la propiedad de los bienes, la posesión y los contratos tales como el mutuo, la hipoteca, el arrendamiento, por los derechos que originan, constituyen sin duda fuente de interés asegurable”*⁶⁴.

En los seguros de daños, pueden coexistir distintos intereses asegurables sobre

⁶³ CONTRERAS, Osvaldo. “El interés Asegurable. Su relevancia en el Seguro”. Trabajo investigativo publicado en Revista Chilena de Derecho de Seguros, Octubre de 2006.

⁶⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, “Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias”, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2010, p.189.

un mismo bien, en otras palabras, se pueden contener distintas relaciones de contenido económico entre una o varias personas –natural o jurídica- y un bien determinado⁶⁵. De este modo, si estamos hablando de un bien hipotecado debemos indicar que pueden concurrir los intereses por una parte del acreedor hipotecario, como titular de un interés en el bien en garantía de su crédito, y por otra parte el del deudor hipotecario, que como propietario del bien tiene un indiscutible interés asegurable.

III.4.2. El interés asegurable del acreedor hipotecario.

Debemos señalar que la protección del interés del acreedor hipotecario puede admitir dos formas, conforme señala VARGAS VASSEROT, en su obra *El Seguro de la Finca Hipotecada*⁶⁶:

a) Mediante el seguro de su interés, es decir, asegurar el inmueble hasta la suma del crédito otorgado al deudor hipotecario (seguro directo del interés hipotecario: acreedor-asegurado); o bien,

b) Como comúnmente se utiliza en la práctica bancaria y de seguros, a través del seguro que tome el dueño del bien hipotecado sobre éste en su propio interés, quedando a salvo los derechos del acreedor mediante la tutela indirecta que la ley le concede en su calidad de acreedor hipotecario y por la estipulación de determinadas cláusulas convencionales a su favor, especialmente por la designación del acreedor como destinatario de la indemnización (seguro indirecto del interés hipotecario: propietario-asegurado y acreedor-beneficiario).

Respecto del seguro del interés del acreedor hipotecario, este se centra en que dicho acreedor, en cuanto detenta un legítimo interés asegurable sobre el inmueble, puede perfectamente asegurarlo⁶⁷. En efecto, mediante este tipo de pólizas, el acreedor *"asegura el riesgo de perder su garantía y adquiere la seguridad de cobrar su crédito aunque se pierda el bien hipotecado"*⁶⁸. Así lo entienden las legislaciones modernas las cuales *"se limitan a declarar la necesidad de que exista un interés asegurable en los seguros contra*

⁶⁵ En este sentido concordamos con lo señalado CONTRERAS: "En los seguros de daños puede ocurrir que sobre una misma cosa concurren dos o más intereses legítimos. Por ejemplo, en el caso de un inmueble que tiene dos o más dueños o en el caso de un bien que está dado en prenda o hipoteca, en que subsiste el interés del dueño y también lo tiene el acreedor hipotecario o prendario" CONTRERAS, Osvaldo, op. cit. p. 85.

⁶⁶ VARGAS VASSEROT op cit, p, 69

⁶⁷ En este tipo de casos es el propio asegurador el que toma el seguro, pues puede actuar como asegurado en los seguros de daños, cualquier persona que tenga un interés real en evitar los riesgos (artículo 518 del Código de Comercio). En tal caso, la indemnización corresponde al contratante, a menos que en la póliza se exprese que es por cuenta de un tercero (artículo 519 del Código de Comercio). LECAROS, José Miguel, *Las cauciones reales: Prenda e Hipoteca*, p.298.

⁶⁸ VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, vol.I, cit., p. 117.

daños o las consecuencias de la falta de dicho interés, sin hacer referencia expresa a la posibilidad del seguro de interés hipotecario"⁶⁹. De esta forma, la suma asegurada en esta clase de seguros sólo podrá ser cubierta hasta el monto de la cuantía del mutuo otorgado por la entidad financiera⁷⁰.

Siguiendo y basándonos en la clasificación antes expuesta, señalamos que práctica usual en el mercado chileno, es que el seguro sea tomado de acuerdo a lo descrito en el literal b) precedente, es decir, en consideración del interés del propietario/deudor hipotecario de la finca caucionada, quedando al efecto cubierto el interés del banco en tanto acreedor hipotecario/beneficiario de la indemnización hasta el monto de su acreencia debiendo imputar lo recibido a la deuda actual existente, y en el resto de la indemnización si lo hubiere, corresponderá al propietario del inmueble en su calidad de asegurado/beneficiario del saldo⁷¹.

III.4.3. La indemnización en función del interés del deudor y del acreedor hipotecario.

Usualmente, antes de la entrada en vigencia de las reformas introducidas por la normativa legal y reglamentaria, las pólizas colectivas emitidas por las compañías de seguros delimitaban este asunto, mediante la cláusula opcional para seguro contratado directamente por o cedido a favor de acreedor prendario o hipotecario⁷², la cual señala textualmente lo siguiente:

Queda entendido y convenido que del monto de la indemnización a que haya lugar en virtud de la presente póliza, se pagará al acreedor hasta la concurrencia del interés que tenga en la conservación del objeto materia del seguro en el momento de producirse el siniestro y, en el saldo, si resulta, se considerará asegurado al dueño de las cosas afectadas por el siniestro, quién tendrá derecho a ese saldo de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, con las condiciones generales

⁶⁹VARGAS VASSEROT, op cit, p. 69

⁷⁰ "Si el crédito garantizado es menor que el valor de la finca hipotecada, para poder el acreedor asegurarla por todo su valor ha de asegurar por su cuenta su interés y por cuenta ajena el del propietario". Ibid, p. 71

⁷¹ "El interés del acreedor es coextenso con su crédito, de modo que no tendría derecho a cobrar el seguro más allá del monto de este. En el saldo y de acuerdo con la cláusula de rigor en los seguros en favor de los acreedores, se entenderá asegurado el dueño o deudor, de acuerdo con las reglas generales, las que podrían incluso, privarlo de dicho exceso". BAEZA, Sergio, Los acreedores y el seguro terrestre, Revista Chilena de Derecho de Seguros, Santiago, 1990, p. 79.

⁷² Inscrita en el Registro de Pólizas bajo el Código COP 1 92 012.

de esta póliza en cuanto le fueren compatibles, y siempre que no haya tenido intervención dolosa en la provocación del siniestro.

En dicha cláusula se estipula expresamente la operatoria y como se distribuye la indemnización ocurrido un siniestro, determinando que al acreedor se le pagará hasta el monto de acreencia –interés en la conservación de la cosa– al tiempo del siniestro⁷³. Lo enunciado precedentemente, no deja de ser una aplicación del principio indemnizatorio⁷⁴, por cuanto naturalmente el banco, en su calidad de acreedor hipotecario, no podría recibir una suma indemnizatoria más allá de su interés asegurable, el cual se traduce en el saldo insoluto del crédito otorgado al deudor, puesto que si recibiera indemnización alguna en exceso conllevaría necesariamente un lucro ilegítimo, cuestión que pugna con el mencionado principio. Por lo demás, así han fallado nuestros tribunales superiores de justicia⁷⁵.

Con las reformas introducidas por el nuevo artículo 40 del DFL N° 251, este tema no sufre mayores transformaciones a lo anteriormente expuesto. Corolario de esto es que ya se advierte que en el mencionado artículo se sienta dicho principio toda vez que se reconoce expresamente “el derecho del acreedor a pagarse con su crédito con la indemnización en caso de siniestro”⁷⁶. El mismo texto sin modificaciones es reproducido en la NCG N° 330, párrafo III.1 numeral 7°. De esta manera, evidentemente este derecho del acreedor deberá serlo en razón del saldo insoluto del crédito caucionado, ya que la entidad crediticia es beneficiario sobre esta parte de la indemnización. Por lo demás así es señalado por la NCG N° 330.⁷⁷

No deja dudas a lo aquí señalado, lo establecido en la NCG N° 331, en la cual se consagra literalmente en su apartado III sobre condiciones del seguro de incendio y coberturas complementarias numeral 10 que “deberán contemplar que el acreedor hipotecario no tendrá derecho alguno sobre la parte de la indemnización que exceda el saldo insoluto de la deuda especificada en la póliza”. La norma es del todo evidente, no

⁷³ Esto normalmente se acredita con el certificado de deuda del crédito hipotecario emitido por la entidad bancaria, el cual debe ser presentado al liquidador para que en su informe de liquidación establezca quienes son los beneficiarios de la indemnización y sus respectivos montos.

⁷⁴ Recogido en nuestro Código de Comercio en su artículo 517.

⁷⁵ “El seguro es un contrato de mera indemnización que no puede ser jamás ocasión de una ganancia por el asegurado, razón por la cual el asegurador no puede ser obligado a pagar sino el valor de la pérdida realmente experimentada por el asegurado; y por consiguiente para la estimación de la pérdida sufrida debe tenerse como base el valor de los objetos asegurados en el momento del siniestro, con deducción del valor apreciable que tengan los despojos” (Corte Suprema 1904 RDJ Tomo II sección 1ª, p.123).

⁷⁶ Artículo 40 número 5 DFL N° 251.

⁷⁷ La NCG N° 330 En su apartado II. Sobre normas para la contratación Individual de los seguros literal b prescribe que “Se deberá identificar en las condiciones particulares de la póliza al acreedor del crédito hipotecario como beneficiario del seguro”.

resiste mayor análisis, por cuanto no tiene fundamento alguno que -como hemos visto a lo largo de capítulo- la entidad crediticia goce de una indemnización mayor al crédito caucionado. No obstante, hacemos presente que dicha norma si incorpora una novedad, la cual corresponde a que la deuda deberá ser especificada en la póliza. Esto no deja de ser relevante y estimamos que debe ser tomado a modo referencial a la hora del proceso de liquidación ya que, como hemos mencionado, el interés asegurable del banco a la época del siniestro debe ser determinado conforme a lo que efectivamente deba el deudor hipotecario a la respectiva entidad, lo cual será determinado por dicho liquidador a partir del certificado de deuda que emita el banco u otro documento análogo que permita establecer el monto de la deuda a la fecha de ocurrencia del siniestro.⁷⁸

III.5. Breves consideraciones sobre los modelos de póliza de incendio asociada a créditos hipotecarios depositada en la SVS.

Conforme al artículo transitorio de la NCG N° 331, "a más tardar el 5 de abril de 2012, deberá estar depositado al menos un modelo por cobertura de riesgo de las pólizas y cláusulas adicionales a que se refiere esta norma". De esta manera han sido depositadas en la SVS a la fecha⁷⁹ las siguientes pólizas de incendio:

a) Póliza colectiva de incendio asociada a créditos hipotecarios, depositada por la Asociación de Aseguradores de A.G. inscrita en el Registro de Pólizas de la SVS bajo el código POL 112027, por resolución del 4 de Abril de 2012. (Puede ser comercializada a partir del 13/04/2012).

b) Póliza individual de incendio asociada a créditos hipotecarios, depositada por la Asociación de Aseguradores de A.G. inscrita en el Registro de Pólizas de la SVS bajo el código POL 112040, por resolución del 23 de Abril de 2012.

Resulta evidente que la forma de contratación de ambas pólizas tienen orígenes distintos; la primera orientada a procesos de contratación colectiva llevados a cabo por entidades crediticias mediante un procedimiento de licitación pública y la segunda enfocada a la contratación "para asegurar individualmente el riesgo, interés y materia asegurada constituida en hipoteca para garantizar créditos otorgados por terceras personas"⁸⁰.

En cuanto a su contenido, ambas pólizas presentan similares características en materias de coberturas, materia asegurada, riesgos no cubiertos y exclusiones, responsabilidad máxima del asegurador, moneda del contrato, precio del contrato, obligaciones del asegurado en caso de siniestro, cláusulas generales, entre otras.

⁷⁸ Hacemos presente que podrían detectarse entre la ocurrencia del siniestro y el pago efectivo del siniestro, diferencias en el monto de la acreencia de la entidad financiera.

⁷⁹ Se tuvo a la vista los registros de la SVS al 17 de Mayo de 2012.

⁸⁰ Punto II.- Artículo 1° sobre forma de contratación de la POL 112040.

Algunas de sus diferencias vienen dadas en torno a la disímil naturaleza de la contratación precedentemente analizada. En consecuencia en la póliza de seguros colectivos, se establecen obligaciones de información especialmente consagradas para la entidad crediticia en su calidad de contratante del seguro⁸¹. Adicionalmente se señala que cualquier devolución será a favor del deudor asegurado en la parte que haya sido de su cargo –y no de la entidad crediticia–, consecuencia lógica, ya que las causales sobre las cuales versan estos conceptos son inherentes a la calidad de deudor asegurado⁸². Asimismo, entre los motivos de terminación del contrato se establece como causal especial el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el presente contrato, toda vez que, como se dijo anteriormente, existen obligaciones particulares para el contratante del seguro. Por último mencionamos que en la póliza colectiva se establece la cláusula específica de rehabilitación de la cobertura en caso de término por no pago de prima o renuncia⁸³ en la cual se dispone que, ante la terminación de cobertura por no pago o decisión del contratante o renuncia del asegurado, puede tanto el contratante como el asegurado requerir por escrito la rehabilitación de esta cobertura, dentro de los tres meses siguientes, manteniendo las condiciones asegurables en la medida que no se haya alterado la situación original del riesgo. Esto puede llegar a beneficiar al asegurado si por alguna razón imputable al contratante ocurre un cese de cobertura y el deudor asegurado quisiera continuar con sus condiciones originales de cobertura.

IV. CONCLUSIONES.

En las líneas anteriores se ha querido presentar una visión general del estatuto normativo de la contratación de los seguros de incendio asociados a créditos hipotecarios, incluyendo su más reciente reforma, para enseguida analizar sus notas jurídicas de mayor relevancia, todo con el objeto descubrir los puntos más críticos de su celebración y ejecución.

Creemos, en primer lugar, que las reformas introducidas por la Ley N° 20.552 al DFL N° 251 y la normativa dictada al efecto por la SVS, vinieron a subsanar el tratamiento inorgánico que existía respecto de esta materia, consolidando además algunos principios

⁸¹ POL 112027, Artículo 14, Deber de información del contratante *“Sin perjuicio de las obligaciones del asegurador, el contratante del seguro colectivo deberá informar al asegurado que forme parte de la póliza, acerca de todas las circunstancias, modalidades, términos y condiciones del seguro, haciendo especial mención de las condiciones de asegurabilidad y exclusiones de cobertura.*

La compañía no será responsable en caso de reticencia, omisión o falsa declaración del riesgo, del interés o de la materia asegurada o en el evento del incumplimiento de alguna condición de asegurabilidad, detectados al liquidar un siniestro, salvo que hubieran sido conocidas por el asegurador antes del siniestro”

⁸² Estas son: mejor siniestralidad, volumen de primas, número de asegurados u otro concepto análogo.

⁸³ Artículo 33 POL 112027.

fundamentales para la operación crediticia en que una de las partes –cliente, deudor o asegurado– se encuentra en una posición desventajosa frente la otra–banco–. Entre estos últimos podemos destacar las obligaciones de información que se han impuesto al ente crediticio frente a su deudor así como los deberes de transparencia y certeza que han de primar a lo largo del proceso de licitación para el caso de la contratación colectiva de los seguros.

Enseguida hemos querido presentar la concreción de los elementos esenciales de todo seguro para esta clase de contratación, poniendo especial énfasis en que el crédito hipotecario suscrito con el objeto de adquirir la propiedad de un bien raíz, permea decisivamente la naturaleza del seguro de incendio que, por mandato normativo, ha de tomarse a su respecto. Lo anterior se explica por cuanto si bien dicho seguro jamás será accesorio al crédito, nace como consecuencia del mismo y comunica sus atributos a través de la hipoteca que se constituye sobre el bien asegurado. Esto obliga a analizar e interpretar este contrato como parte de una operación financiera mayor y compleja, de modo que en caso de conflicto habrá de recurrirse a dicho microcosmos para darle eficaz solución.

Finalmente nos permitimos señalar que su marco normativo, si bien no está exento de críticas, apunta hacia la dirección correcta en el sentido de garantizar adecuadamente los derechos de los intervinientes, sin constituir un lastre excesivo para la natural fluidez que ha de primar en la marcha de los negocios. Sin embargo creemos que, tanto por su reciente promulgación y comercialización de los nuevos modelos de pólizas depositados en la SVS, resulta temerario anticipar su total éxito. Un interesante debate tendrá lugar una vez que la ejecución de estos seguros que se contraten masivamente revele la eficacia o ineficacia de la norma, así como el comportamiento que al respecto tendrán la entidad financiera, el asegurador, el deudor y el regulador.

BIBLIOGRAFIA CITADA

BAEZA, SERGIO (1990): LOS ACREEDORES Y EL SEGURO TERRESTRE (SANTIAGO, REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGURO) 79 PP.

BAEZA, SERGIO (2002): EL SEGURO (SANTIAGO. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE) 45 PP.

BARBATO, NICOLÁS (2001): DERECHO DE SEGUROS (BUENOS AIRES, EDITORIAL HAMMURABI) 39 PP.

CASTELO, JULIO Y PÉREZ, JOSÉ MARÍA (1981): DICCIONARIO BÁSICO DE SEGUROS (MADRID, EDITORIAL MAPFRE) P. 99.

CONTRERAS, OSVALDO (2002): EL CONTRATO DE SEGURO, EDITORIAL JURÍDICA LA LEY, 1º EDICIÓN, 2002, 85-158 PP.

GARRIGUES, JOAQUÍN (1982): CONTRATO DE SEGURO TERRESTRE (MADRID, IMPRENTA AGUIRRE) 11 PP.

MEILLI, GUSTAVO RAÚL (1994): MANUAL DE SEGUROS (BUENOS AIRES, EDICIONES DEPALMA) 10 PP.

OSSA, EFRÉN (1991): TEORÍA GENERAL DEL SEGURO (BOGOTÁ, EDITORIAL TEMIS LIBRERÍA) 44 PP.

SANDOVAL, RICARDO (2010): CONTRATOS MERCANTILES, REGLAS GENERALES, COMPRAVENTA, TRANSPORTE, SEGURO Y OPERACIONES BANCARIAS (SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE) 189 PP.

VARELA, RAÚL (1958): CURSO DE DERECHO COMERCIAL LOS SEGUROS (SANTIAGO. EDITORIAL UNIVERSITARIA S.A.) 21-99 PP.

VARGAS VASSEROT, CARLOS (2003): EL SEGURO DE LA FINCA HIPOTECADA (MADRID, EDICIONES MARCIAL PONS) 69-202 PP.

VIVANTE, C. (1890): IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE, (MILANO) 117 PP.

NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE CHILE.

CÓDIGO DE COMERCIO DE CHILE.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997, LEY GENERAL DE BANCOS.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 251, DE 22 DE MAYO DE 1931, LEY DE SEGUROS.

NORMATIVA ADMINISTRATIVA CITADA

CARTA CIRCULAR N° 15, DE FECHA 14 DE JUNIO DE 2001. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS.

CIRCULAR N° 1338, DE FECHA 7 DE AGOSTO DE 1997. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

CIRCULAR N° 1759, DE FECHA 14 DE JULIO DE 2005. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

CIRCULAR CONJUNTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS N° 3321 Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS N° 1758, DE FECHA 6 DE JULIO AÑO 2001.

COMPENDIO DE NORMAS FINANCIERAS, DE 17 DE ENERO DE 1979. BANCO CENTRAL DE CHILE

NORMA DE CARÁCTER GENERAL N° 80, DE FECHA 3 DE ABRIL DE 1998. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

NORMA DE CARÁCTER GENERAL N° 331, DE FECHA 21 DE MARZO DE 2012. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

NORMA DE CARÁCTER GENERAL N° 1457 DE FECHA 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

NORMA CONJUNTA DE CARÁCTER GENERAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS N° 330 Y DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS N° 3.530 RESPECTO DE BANCOS, N° 147 RESPECTO DE COOPERATIVAS Y N° 62 RESPECTO DE FILIALES, DE FECHA 21 DE MARZO DE 2012.

RECOPILACIÓN ACTUALIZADA DE NORMAS, DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2008. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR SEGUROS EN LA REPÚBLICA DE CUBA.

ALEJANDRO VIGIL IDUATE*

1. LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO LEY NO. 263, "DEL CONTRATO DE SEGURO"

El seguro obligatorio, regulado anteriormente en el Código Civil de 1989 en su artículo 449.2, no aparece consignado en el Código de Comercio de 1885, lo cual es entendible atendiendo a la época de su promulgación. En el recién Decreto Ley No. 263, "Del contrato de seguro"¹ se dispone el imperativo de su creación mediante la ley, y que el propio cuerpo legal de manera accesoria dicta sobre el mismo².

Aparentemente no hay cambios entre lo preceptuado en la norma civil y lo dispuesto por el Decreto Ley, solo una modificación de la letra inicial mayúscula, "ley" por "Ley", con implicaciones en franca discusión, pues se debate si resulta de carácter formal o material, a lo que en nuestra interpretación es de carácter formal.

1.1. Fundamentación de los seguros obligatorios

En los seguros obligatorios se impone la voluntad estatal que ataca la libertad contractual, en una especie de contrato forzoso, pues no existe consentimiento y si acatamiento, con autores que valoran la inexistencia del contrato al no existir voluntad de obligarse, y aunque para su nacimiento la cobertura se otorga por el legislador, "la relación jurídica entre el asegurador y el asegurado requiere, para su nacimiento, de algún hecho que permita justificar su existencia"³. Por su carácter impuesto, ha merecido ser definido como un "sistema jurídico asegurativo, tendiente a satisfacer las Políticas Sociales de protección de las víctimas"⁴. Incluso, en algunos casos, la no suscripción del seguro no impide que el afectado reciba los beneficios.

Por sus características, en los mismos se encuentran bien definidos los términos, lo que permite a RAPA ÁLVAREZ⁵ valorar que "en los seguros obligatorios no caben discusiones

* Profesor Facultad de Derecho Universidad de la Habana. Presidente de AIDA, sección Cuba. Correo electrónico: vigil@lex.uh.cu.

¹ Firmado con fecha 23.12.2008, y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria No. 5, de fecha 26.01.2009, entró en vigor a los treinta días de su publicación.

² Artículo No. 3 del Decreto-Ley no 263, "El seguro obligatorio se rige por las disposiciones de la Ley que lo crea y, supletoriamente, por las que se establecen en este Decreto – Ley".

³ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, Manual de Obligaciones y Contratos, t. II, segunda edición, Félix Varela, 2003, p. 229.

⁴ Cfr. SOBRINO, Waldo, en <http://www.estudio-sobrino.com>

⁵ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, ídem, p. 229.

en lo que respecta a la amplitud de la cobertura o a las condiciones del seguro, porque las relaciones entre las partes se rigen por la ley, y no existe lugar para riesgos selectivos, ni la posibilidad de aumentar o restringir por contrato el tiempo durante el cual se extenderá el seguro. Éste, por otro lado, no puede extinguirse por falta de pago de las primas, como sucede con los seguros voluntarios”

Por lo general, los seguros obligatorios son seguros de responsabilidad civil, y aunque no todos tienen esta connotación, merece detenernos en su análisis.

Los seguros de responsabilidad proveen los fondos necesarios para indemnizar a los perjudicados, salvando el dilema que se presentaría caso de que el responsable del daño no tuviera los fondos necesarios. El seguro obligatorio, como variante de los seguros de responsabilidad, no se dirige a proteger a potenciales causantes que no dispongan de los recursos, lo que, al entendido de DÍAZ-GRANADOS⁶, “es económica y socialmente útil, puesto que en caso de realización del riesgo previsto en el contrato, la carga, frecuentemente muy onerosa, será soportada por el asegurador en contrapartida de la prima pagada por el tomador. En otros términos, la previsión del Estado suple la eventual imprevisión de aquellos que se encuentran sometidos a la realización del riesgo”.

Para enfrentar los riesgos a nuestro alrededor, “el derecho ha visto que la responsabilidad civil es el instrumento más adecuado para conservar el equilibrio entre los intereses jurídicamente tutelados de las personas frente a la problemática que se genera por las acciones y omisiones recíprocas”⁷.

Hoy se habla de la crisis de la responsabilidad civil, al revisarse los postulados clásicos⁸ y cuestionarse ciertos principios que se tenían como incuestionables⁹. Crisis que ha motivado un cambio en la función del seguro de responsabilidad civil, donde en un principio se consideraba que lo importante era indemnizar al asegurado, pasándose después a la posición de reparar los daños del perjudicado. En la actualidad se habla de un criterio totalmente nuevo; la protección del perjudicado, y por ello, su función social.

Los pasos dados por el legislador, en muchos casos, orientándose hacia las

⁶ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro de responsabilidad*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 471.

⁷ LONDOÑO GONZÁLEZ, J. Ernesto, “Sociedad, conductores y vehículos. Riesgo social y responsabilidad”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, No. 29, año 17, julio-diciembre de 2008, p. 33.

⁸ La tendencia a la supresión de los distinguos entre responsabilidad contractual y extra-contractual, al igual que el cuestionamiento acerca del valor de la culpa como criterio de responsabilidad en la sociedad moderna.

⁹ Hoy prácticamente todos los ingredientes o elementos de la responsabilidad civil, experimentan alguna novedad, empezando por la determinación del sujeto pasivo del daño, hasta llegar a la forma de su reparación, pasando por la valoración del elemento “relación de causalidad”, entre otros ejemplos.

modernas teorías, apoyan a HALPERIN¹⁰ definir que “las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro”, y ello aumenta con los seguros obligatorios, los que han motivado a SÁNCHEZ CALERO¹¹, a expresar que “la preocupación que ha dominado la política legislativa y las resoluciones judiciales de proteger de forma creciente a los perjudicados por las actividades peligrosas, ha propiciado la obligatoriedad del aseguramiento de los responsables”.

Para el caso de los que no son de responsabilidad, actúa el estado en el interés de que el causante o beneficiario contribuya a los fondos para la indemnización o el servicio que el mismo podría recibir.

2. LOS SEGUROS OBLIGATORIOS VIGENTES

En nuestro entorno se presenta hoy la obligación de suscribir un contrato de seguro como requisito para la realización de determinada actividad u obtener un beneficio, entiéndase, ser porteador privado; para obtener una matrícula (chapa) diplomática, exenta o consular, en razón de ocupar tal rango en el país, y mencionado para la realización de los servicios marítimo-portuarios.

Aparecen además, el seguro por daños ambientales y el seguro contra incendios, que son ambos de responsabilidad en el actuar; y el recién seguro de gastos médicos para los viajeros y los residentes temporales.

Mención aparte merece la elaboración del artículo 47 de la Ley de Inversión Extranjera, que indica que las formas de inversión extranjera¹² deben contratar con

¹⁰ HALPERIN, Isaac (actualizado por Juan Carlos Felix MORANDI), Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, página IX del Prólogo.

¹¹ SÁNCHEZ CALERO cit. pos TZIRULNIK, Ernesto, “El futuro del seguro de responsabilidad civil”, Ponencia para el VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros – CILA 2000, Cartagena de Indias, mayo 2000, igualmente valora que “la distribución del riesgo, en el sentido de hacer recaer las consecuencias patrimoniales de los daños por los que ha de responder como causante de estos, aun cuando despliegue la debida diligencia en su actividad, tiene como finalidad, bien sabemos, alcanzar la tutela de la víctima de esos daños mediante su resarcimiento. Pero tal finalidad no se consigue si el responsable resulta insolvente. Para evitar tal resultado, se impone al eventual responsable la obligación de estar asegurado, lo que, por otro lado, se justifica diciendo que *no se quiere hacer del responsable otra víctima*; afirmación esta que presupone la extensión de la responsabilidad por riesgo y responde en cierta medida la superación de una concepción culpabilista de la responsabilidad civil”.

¹² Recoge la mencionada ley como formas de inversión extranjera a las empresas mixtas, los inversionistas extranjeros y nacionales en los contratos de asociación económica internacional, y las empresas de capital totalmente extranjero; mientras que posterior Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros reguló otras formas de inversión extranjera, a saber, contrato de producción cooperada y contrato de administración hotelera, de producción y servicios, resultando cuestionable si la “indicación” de la Ley 77 sobre la contratación de seguros se extienda a ellos, en lo que a nuestro criterio no, atendiendo a que no se crea nueva persona jurídica, y al carácter de la norma que por su nivel de aprobación no modifica la ley.

compañías autorizadas por el Ministerio de Finanzas y Precios¹³ a operar en el país los seguros correspondientes sobre bienes, propiedades, operaciones, y cualesquiera otras actividades o riesgos que resulten necesarios, sobre la base de primas y demás condiciones contractuales competitivas a escala internacional. De tal manera, se expone que las instalaciones industriales, turísticas o de otra clase, o, los terrenos, que sean dados en arrendamiento por empresas estatales u otras organizaciones nacionales, son aseguradas, por el arrendatario a favor del arrendador, en correspondencia con las condiciones previstas en el apartado anterior. Lo anterior no resulta un seguro obligatorio, ni llega a la obligación de asegurar, se configura como una línea de deseo o política del país.

2.1. Diferencias entre los seguros de suscripción obligatoria y los seguros obligatorios

Se confunde la obligatoriedad o requisito de suscribir un seguro con los seguros obligatorios. En cuanto a la obligatoriedad o requisito de suscribir un seguro, se trata de exigencias administrativas que demandan la previa contratación de una póliza para poder desempeñar una actividad específica, definido por la doctrina como seguros de suscripción obligatoria. Estos solo aparecen enunciados en normas superiores, y su desarrollo es mediante las pólizas y la relación contractual, utilizando en muchos casos pólizas muy similares a las ofertadas en los seguros voluntarios, que, con ligeras modificaciones, amparan similares conductas mediante seguros voluntarios.

Por otra parte, los seguros obligatorios, son altamente regulados por el Estado, fundamentalmente en sus características y elementos de la póliza, la suma o valor asegurado, las primas a pagar y los valores a indemnizar.

así, DÍAZ-GRANADOS ORTIZ¹⁴ defiende tal diferencia, al igual que, RAPA ÁLVAREZ¹⁵, quien diferencia los seguros obligatorios de los seguros de obligatoria suscripción, dejando en esta segunda categoría a los seguros de responsabilidad civil de los portadores privados y de los beneficiarios de las matrículas diplomática, consular y exenta.

Al final, en las condiciones y legislación cubana, el límite práctico entre ambas categorías es tenue, con una confluencia de características entre estos, que mueve a las interpretaciones y el debate.

¹³ Dos años después de promulgada la mencionada ley se dicta el Decreto Ley no 177 por el que se crea la Superintendencia de Seguros de Cuba, que es la encargada de aprobar la operación de nuevas aseguradoras.

¹⁴ Cfr. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro de*, p. 471, quien analiza el tema y refiere a PERÁN ORTEGA, Juan, *La responsabilidad civil y su seguro*, editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 252. Al respecto, señalan ambos autores como diferencias entre los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatorios, que los primeros, además de ser de suscripción mandataria, son altamente regulados en sus características, suma asegurada y primas, mientras en los segundos la intervención del Estado tiene menor intensidad, pues solo se establece el aseguramiento obligatorio, y eventualmente el valor asegurado, dejando el resto a la relación contractual.

¹⁵ RAPA ÁLVAREZ, *Manual de Obligaciones*, p. 228.

2.2. Seguros de suscripción obligatoria

2.2.1. El seguro de responsabilidad civil de los portadores privados

El seguro de responsabilidad civil de los portadores privados¹⁶, cubre la responsabilidad civil en que incurra el asegurado por actos propios, impuesta por los tribunales, como consecuencia de los daños emergentes del ejercicio de la actividad de transportación, además, cubre los daños que ocurran durante la explotación y estadías. Resguarda la responsabilidad civil que le haya sido impuesta al asegurado por los tribunales, originada por lesiones corporales o muerte causadas a terceras personas en un accidente del tránsito. Adicionalmente, se otorga extensión a la persona que con el conocimiento del asegurado esté guiando el vehículo descrito en la póliza, siempre que dicha persona observe, cumpla y se sujete a los términos y condiciones de la póliza en cuestión.

Es muy similar al seguro de responsabilidad civil de conductores, y a la cobertura de responsabilidad civil incorporada al Seguro de Vehículos de Transporte Terrestre, que de manera voluntaria se comercializan; lo que denota las analogías mencionadas inicialmente.

2.2.2 El seguro amparando los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes

¹⁶ La Resolución no 73, de 22.04.2005, del Ministro del Transporte, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, no 63, de 15.12.2005, pp. 1015-1027, en su art. 24 dispone que para la entrega de una Licencia para Servicios Públicos a una persona natural ésta deberá previamente obtener y acreditar la suscripción de una Póliza de Seguro de responsabilidad civil por pérdidas, daños y perjuicios materiales y por lesiones corporales o muerte a las personas, y que para la realización del trámite el solicitante utilizará la copia del modelo de solicitud de Licencia, previamente habilitada por la Oficina de la Unidad Estatal de Tráfico con el tipo de servicio que se autoriza. O sea, solicita la licencia, y en suspenso, debe obtener la póliza para continuar el proceso de la licencia operativa.

Se entiende por Licencia para Servicios Públicos la otorgada a personas jurídicas y a personas naturales para dedicarse profesionalmente y como actividad fundamental, a prestar servicios públicos del transporte, de forma regular y continua, para satisfacer demandas de cualquier persona, rama o sector de la economía o de la población, a cambio del pago de una remuneración. Dichas Licencias se otorgan a personas que formen parte del sistema público del transporte y que ofrezcan las mejores posibilidades de satisfacer las demandas con los medios de transporte más eficientes y siempre que el servicio a prestar resulte de necesidad e interés y no sea coincidente o interfiera la prestación de otros servicios ya autorizados.

Para las personas jurídicas solicitantes de la citada licencia no es requisito previo la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, criterio seguido que desde la promulgación del seguro obligatorio para los portadores privados, creado mediante el Decreto no 800, de 04.04.1936, valorándose que generalmente cuentan con los recursos para asumir las obligaciones que se deriven, aspecto que no compartimos. Surgido así como un seguro obligatorio, esta norma fue derogada por el Decreto Ley no 168, de 26.11.1996, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 06.12.1996; manteniéndose la obligatoriedad de su suscripción mediante resolución del Ministro de Transporte, como requisito para obtener la aprobación de realizar la actividad, lo que elimina, a nuestro entender, la categoría de seguro obligatorio, pasando a ser un seguro de suscripción obligatoria.

ajenos los vehículos con matrícula diplomática, exenta y consular.

El seguro amparando los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos los vehículos con matrículas diplomáticas, exenta y consular¹⁷ resulta un requisito indispensable para la concesión de tal matrículas (chapa) diplomáticas, exenta y consular, el que se mueve en la cuerda floja en cuanto a su definición de obligatorio o de suscripción obligatorio, criterio este último que acogemos, pues a pesar de ser declarado y requerido en una norma jurídica con rango de ley, esta es de carácter general, referida a las exenciones y franquicias de carácter diplomático, ajena a la técnica del seguro, en la que solo se enuncia el seguro, dejando sus detalles y reglamentación a norma inferior.

Aquí se interpreta que la intención del legislador fue la de defender a perjudicados de los daños que les pudieran provocar los conductores de vehículos que generalmente no se encuentran sometidos a la legislación nacional en virtud de acuerdos internacionales¹⁸. Es la variante que encontró el legislador para proteger a las víctimas y que el causante se involucrara en su indemnización, a falta de un seguro obligatorio, dirigido a todos los conductores sin exclusiones.

Cubre, dentro de los límites pactados, la responsabilidad civil por los daños materiales causados por personas que tengan carácter diplomático o consular o por las personas autorizadas para conducir los vehículos cuya matrícula sea diplomática, exenta o consular, que no gocen de inmunidad diplomática, que ocasionen daños a bienes ajenos en accidente del tránsito. Asimismo, cubre, dentro de los límites pactados, el importe de los daños a la integridad corporal o muerte causada a terceros en un accidente de tránsito. Como extensión de la cobertura, cubre el importe de los servicios médicos que se requieran para la curación de las lesiones corporales que sufra cualquier persona con inmunidad diplomática que viaje en el vehículo cuya matrícula sea diplomática, exenta o consular, aun siendo familia del chofer o del asegurado con inmunidad diplomática.

Se activa la póliza cuando el propietario del vehículo comunica de manera oficial a la aseguradora la ocurrencia de un siniestro y su intención de reparar los daños con la cobertura contratada, lo cual conspira con su verdadera función, la protección de las víctimas, pues en la práctica, estas no tienen la potestad ni posibilidad de reclamar sus derechos.

¹⁷ Ley no 1089, Ley de exenciones y franquicias de carácter diplomático, de 31.12.1962, en Gaceta Oficial de la República, Ordinaria, n. 3, de 7.01.1963, p. 113, art. 19, "Será requisito indispensable para la concesión de las matrículas a que se refiere este Capítulo que los vehículos correspondientes se encuentren asegurados contra los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos".

¹⁸ La República de Cuba suscribió el Convenio de 1959, sobre Inmunidades y Franquicias de la Organización de las Naciones Unidas, y la Convención de Viena de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas, que en su artículo 31 establece que "el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor y que gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa..."

Suele suceder que si el conductor del vehículo no reconoce su culpabilidad, o simplemente no comunica oficialmente a la aseguradora mediante el aviso de accidente lo ocurrido y su interés de indemnizar, el tercero perjudicado se queda indefenso pues al no poder iniciar proceso judicial en su contra (la inmunidad diplomática lo protege), ni lograr acuerdo extrajudicial, la aseguradora no conforma expediente y no paga. Es, a nuestro criterio, la principal problemática que presenta hoy, y sobre la cual es necesario implementar un mecanismo de protección como ya existió antes, aunque no funcionó eficazmente.

Como reglamento de la Ley no 1089, en cuanto a las exenciones y franquicias de carácter diplomático correspondiente a los vehículos automotores, se dictó la Resolución No 166-A, del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹, que analizada en el tema genera más dudas que definiciones, en cuanto a cuál es la autoridad judicial correspondiente, si es que los diplomáticos no pueden ser enjuiciados, no era tal autoridad judicial, sino investigativa y policial, pues la fiscalía acusa y el tribunal juzga solo cuando el conductor es un nacional que no ostenta protección diplomática o consular, lo que en realidad no siempre así sucede. El procedimiento para indemnizar a los perjudicados, era lento, recaía en trámites administrativos, y la víctima queda a merced de las diligencias de los funcionarios, sin posibilidad de ejercer sus derechos, ni influir.

Posteriormente, mediante la Resolución No 14, de 5 de abril de 1989, del Presidente del extinto Comité Estatal de Finanzas²⁰, se dictaron las condiciones generales y especiales y las tarifas aplicables al seguro contra los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos, los vehículos matrículas diplomáticas, exenta y consular; siendo asumida la actividad por la Empresa de Seguros Nacionales, ESEN, en lo que se pudiera identificar como una acción que transformaba el seguro de suscripción obligatorio a un seguro obligatorio, aunque sin llegar a configurarse totalmente como tal.

La mencionada resolución, en su apartado Sexto, estableció que los perjudicados en su integridad personal o en sus bienes como consecuencia de un accidente causado por

¹⁹ La cual, en su apartado Décimo Sexto dispone que: "El seguro sobre vehículos amparando los daños que los mismos puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos, establecido en el Artículo 19 de la Ley, deberá contratarse con alguna entidad radicada en Cuba, con póliza por una cantidad no menor de \$5,000.00, siendo imprescindible que dicho seguro esté activo durante el tiempo en que aparezca inscrito el vehículo, ya que el incumplimiento de este requisito causará de oficio la baja de la matrícula correspondiente.

Siempre que un vehículo inscrito con matrícula Diplomática, Exenta y Consular ocasionare daños a terceros y/o bienes ajenos, la autoridad judicial correspondiente solicitará de oficio del MINREX información acerca de la póliza de seguros que cubre estos riesgos y, una vez recibida por dicha autoridad la información solicitada, procederá a reclamar lo que hubiere lugar, conforme a derecho, a la entidad aseguradora".

²⁰ Resolución no 14, de 5.04.1989, del Presidente del Comité Estatal de Finanzas, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria n. 25, de 12.04.1989, reglamentó el seguro contra los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos, los vehículos con matrículas diplomáticas, exenta y consular.

alguno de los vehículos en cuestión, podían dirigirse a la empresa aseguradora para la reclamación, detallando los documentos que debía presentar, y que una vez aceptada la reclamación, el pago se realizaría en un plazo no mayor de 30 días.

Sin embargo, la mencionada Resolución fue derogada mediante la Resolución 48, de la Ministra de Finanzas y Precios, de 15 de febrero de 2000, aunque hoy se continúa ofertando el seguro por la Empresa de Seguros Nacionales, ESEN, con las mismas condiciones que aparecían en la resolución derogada, pero conspira contra la protección de la víctima y el buen funcionamiento del seguro, la falta de publicidad, pues solo el asegurado y la aseguradora conocen las condiciones particulares, ya que al no ser publicada en gaceta Oficial ninguna norma jurídica que lo ampare, no conoce el perjudicado cuales son sus derechos, que son escasos, pues no puede acusar, ni pactar, y la entidad de seguros no recibe las reclamaciones y paga las indemnizaciones si no media sentencia o muestra el asegurado su interés en el pago.

Consideramos que por su marcado carácter protector, y por las limitaciones que presenta la acción penal a estos asegurados, debe ser regulado el seguro por la autoridad correspondiente, en materia de política de seguros del país, y no dejar que la aseguradora imponga sus condiciones en perjuicio de los afectados.

2.2.3. Seguros de responsabilidad ante los daños que causen a terceros los prestatarios de servicio marítimo-portuario

Aparece de manera muy general, como necesario para la realización de los servicios marítimo-portuarios²¹, aunque la terminología empleada no lo muestra como obligatorio, y como falta por regular y reglamentar por la administración su obligatoriedad, no todos los que ofrecen servicio marítimo-portuario se aseguran.

Hoy se ofrece la cobertura mediante pólizas comerciales, las que suscriben voluntariamente algunos de los operadores de actividades marítimo-portuarios, sin llegar a cubrirse la totalidad de los operadores activos

2.3 seguros obligatorios

2.3.1 Seguro obligatorio de responsabilidad civil para cubrir daños al medio ambiente causados accidentalmente

²¹ Decreto-Ley no 230, de 22.08.2002, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 13.09.2002, en su artículo 45 dispone que: Los servicios marítimo-portuario serán prestados por las personas naturales o jurídicas autorizadas mediante las licencias de operación de transporte y el contrato correspondiente, las que deberán cumplir con los requisitos exigidos por este Decreto-Ley y demás disposiciones vigentes, así como estarán provistas de seguros que cubran su responsabilidad ante los daños que causen a terceros.

Complejo, difícil de evaluar, sumamente costoso, el seguro ambiental es hoy ofertado parcialmente por grandes compañías aseguradoras, principalmente en pool o asociaciones²² para asumir entre varios los altos costos; en la mayoría de las ocasiones por imperio de la ley, y en ocasiones impulsado por un convenio internacional²³.

Los daños ambientales se pueden generar por dos maneras diferentes de contaminación: la accidental y la gradual, entendiéndose la primera como un accidente o hechos de naturaleza súbita, y la segunda es la acumulación de efectos que como resultado provocan el daño. Ambos casos son extremadamente difíciles de predecir y cuantificar.

En la cubana Ley del Medio Ambiente, se dispuso que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Finanzas y Precios y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, deberá dictar las regulaciones pertinentes para el establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para cubrir daños al medio ambiente causados accidentalmente²⁴, adoptando un sistema de responsabilidad civil subjetiva, y excluyendo la acumulación de efectos dentro de los daños a asegurar.

Tal mandato no se ha cumplido, y lo que se ha evidenciado es la imposibilidad práctica de su acatamiento, al no contarse con la plataforma necesaria para su implementación por resultar extremadamente costoso, y no existir hoy las condiciones económicas para su implementación obligatoria. Por una parte, su costo sería extremadamente alto, soportado fundamentalmente por las empresas estatales productivas, que generalmente no cuentan con recursos financieros, presupuestos ni aprobaciones para tal gasto²⁵, y por la otra la existencia de solo dos entidades de seguro no podría ofrecer un producto eficiente, por lo enormes valores de las indemnizaciones que se tratan y la imposibilidad de compartir riesgos.

De lo que se trata entonces es de aumentar los controles medio-ambientales, evaluar el costo-beneficio en las actividades que generan daño al medio ambiente, revisar la Ley del Medio Ambiente en aras de rectificar su enunciado, así como valorar la implementación de un fondo de compensación estatal con cargo al presupuesto estatal. Más, las condiciones económicas del país no lo permiten hoy.

²² Vid. El español Pool de Riesgos Medioambientales, la Cámara Argentina Aseguradora de Riesgo Ambiental (CAARA), la francesa Agrupación ASSURPOL, el holandés Pool Mas, el italiano Pool de Inquinamento, en el Reino Unido el Pool Ceilif; y en Suecia, el Pool Miljoskade Konsortiet, entre otros.

²³ Por ejemplo, la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963, y la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación del mar por hidrocarburos de Brusela, de 1969.

²⁴ Ley no 81, Del Medio Ambiente, de 11.07.1997, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, n. 7, en su artículo 74 establece que: El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Finanzas y Precios y el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, dictará las regulaciones pertinentes para el establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para cubrir daños al medio ambiente causados accidentalmente.

²⁵ La experiencia del Seguro obligatorio contra Incendios y líneas aliadas así lo atestigua. Cfr. 2.3.2

2.3.2. Seguro Obligatorio contra Incendios

El seguro obligatorio contra incendios, para proteger las instalaciones y recursos por parte de las empresas estatales y sociedades mercantiles de capital totalmente cubano, se promulgó en el año 2001²⁶, y de inmediato se reglamentó²⁷. No obstante, por indicaciones expresas se dejó de comercializar rápidamente; por razones económicas, pero sin mediar un sustento legal que ampare la suspensión.

Se promulgó por la autoridad administrativa, mediante Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, y al no encontrarse operativo, en técnica legislativa corresponde modificar el acuerdo que lo implantó, eliminándolo y, en consecuencia, derogar la resolución que lo reglamenta, o caso contrario, implantarlo.

No obstante, se mantiene en el mercado en cobertura opcional, para las personas jurídicas, de manera voluntaria.

2.3.3. Seguro de viajes, con cobertura de gastos médicos, para los viajeros, extranjeros y cubanos residentes en el exterior, que ingresen al país; y el seguro médico para los extranjeros con residencia temporal en el país.

Siguiendo una práctica que se impone mundialmente, en aras de reducir o eliminar los gastos públicos en caso de accidentes y emergencias médicas de visitantes y turistas, y así alejado de los seguros de responsabilidad, recién se impone su extensión en la República de Cuba.

Ya en vigor el Decreto-Ley No. 263, a pesar del impedimento que impone el artículo No. 3, cuando refiere que los seguros obligatorios se imponen por Ley, se dictó el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros²⁸, que establece el requisito del seguro de viajes, con cobertura de gastos médicos, para los viajeros, extranjeros y cubanos residentes en el exterior, que ingresen al país; y del seguro médico para los extranjeros con residencia temporal en el país

A nuestro entender, si bien necesario y oportuno el citado seguro, la técnica utilizada de un acuerdo del Comité Ejecutivo no es la correcta, por cuanto estos no tienen rango de ley²⁹, ni decreto-ley, ya que entre las atribuciones dadas en la Carta Magna

²⁶ Acuerdo no 4076, de 20.06.2001, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que establece la obligatoriedad de su suscripción, encargando al Ministerio de Finanzas y Precios establecer las regulaciones necesarias a tal efecto.

²⁷ Resolución no 384, de 29.11.2001, del Ministro de Finanzas y Precios, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria n. 84, de 3.12.2001, pp. 1707-1720.

²⁸ Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 16.02.2010, en publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria n. 11, de 26.02.2010.

²⁹ En el entendido de la eterna controversia de si los decretos-leyes tienen rango de ley, en el que acepto la similitud del rango y su equiparación, por su peso material y la práctica actual.

referido órgano, en el artículo 98, k) se dispone que puede “dictar decretos y disposiciones sobre la base y en cumplimiento de las leyes vigentes y controlar su ejecución”, donde el genérico “disposiciones” ampara a los acuerdos que hoy se emiten.

Siguiendo el criterio material y formal de la ley, en el primer caso toda regla de Derecho, y en el segundo, “la norma jurídica originada por el órgano legislativo en virtud de la función legislativa y cumpliendo el íter jurídico establecido con esa finalidad”³⁰, por lo que el Acuerdo ataca el principio de jerarquía de la norma³¹, emitiéndose una norma ajena al rango que el legislador impulsó, que los seguros obligatorios se dictaran por norma de superior jerarquía, lo que se reforzó con la palabra Ley, en inicial mayúscula, para evitar inequívocos, que hoy tenemos.

Continuado el análisis del acuerdo de referencia, en el mismo se utiliza el término “entidad aseguradora”, cuando la legislación cubana se refiere a “entidad de seguros”³², e introduce un elemento de confusión, “entidad aseguradora reconocida en Cuba”, cuando la autoridad de control y fiscalización, la Superintendencia de Seguros de Cuba, no emite reconocimientos, ni aparece ello como una de sus funciones. Lo anterior parece salvado con los acuerdos de corresponsalías que se suscriben entre Asistencia al Turismo, S.A. “ASISTUR”, y las compañías de asistencia internacionales, pero realmente no supera la confusión. En un principio, se ha aceptado la tenencia de pólizas de seguros de viajes, con cobertura de gastos médicos, de cualquier aseguradora internacional que esté dispuesta y no imposibilitada legalmente de efectuar cualquier transferencia y transacción económica con entidad cubana. En tal caso, no es necesaria la compra de una póliza ofertada por compañía cubana. Pero ello es interpretación, no encuentra sustento en norma legal alguna.

Otro aspecto es que encarga a la Ministra de Finanzas y Precios la aprobación del valor de las pólizas de seguro a contratar, lo que en realidad se ha concretado a una operación comercial, sin mediar la aprobación gubernamental encomendada.

Para cumplir con la obligatoriedad del mismo, se extiende a todos los viajeros que ingresen, sin exclusiones en razones de edad o condiciones de salud. Para el caso de los que se dediquen a actividades riesgosas y a los mayores de 70, se les aplica un pago adicional o sobreprima, por el incremento de los riesgos que representan.

³⁰ MANTILLA CORREA, Andry, Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento), en Colectivo de autores, Temas de Derecho administrativo cubano, ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p.57.

³¹ Cfr. ALVAREZ TABÍO, Fernando, Comentarios a la Constitución Socialista, ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1988, p. 56; “Un principio fundamental, íntimamente ligado al de legalidad, es el principio de jerarquía de la norma. Según este principio, la ley ordinaria está subordinada a la Constitución y, a su vez, ocupa un lugar más alto en la escala jerárquico-normativa en relación con los decretos leyes, decretos, reglamentos, disposiciones, etc.”.

³² Cfr. artículos 2, a) del Decreto-Ley No. 177, “Del ordenamiento del seguro y sus entidades”, y artículo 9.1 del Decreto-Ley No. 263, “Del contrato de Seguro”.

El nuevo seguro obligatorio, adecuado al contexto financiero internacional, necesario para enfrentar situaciones de emergencia médica y accidente que son costosas en un sistema de salud de alcance nacional, puede ayudar a elevar la conciencia y cultura en materia de seguros, tan necesaria en la sociedad cubana.

3. ANTECEDENTES, A MANERA DE RESUMEN

Casi un siglo tienen los seguros obligatorios en Cuba. En el año 1911 se aprueba una Moción en el Ayuntamiento de la Habana, en la que se pretende la implantación del seguro de accidentes para los obreros, en forma obligatoria y con la intervención y auxilio del Municipio. Realmente no pasó de un deseo, pues no tuvo aplicación práctica.

Poco después, en 1915, se ordena proceder a la formación de un Reglamento que haga efectivo el seguro obligatorio de los trabajadores contra la enfermedad, invalidez, ancianidad y accidentes del trabajo, el que finalmente vio la luz mediante Ley del Congreso de 1916, que creó el seguro contra accidentes durante la jornada de trabajo, también llamado seguro obrero, que es cubierto por compañías privadas de seguro.

Una nueva ley de seguros obreros se promulgó en 1933, mejorando la anterior. La misma consigna las enfermedades que ampara y establece las enfermedades que deben ser declaradas por facultativo especialista, como efecto exclusivo del género de trabajo efectuado por el obrero. Su reglamento se dicta en 1935 y establece las clases de accidentes indemnizables, a partir de este momento las tarifas para primas son reguladas por una comisión de carácter oficial.

El seguro contra accidentes en vehículos de motor se dicta en 1936, obligando a todo porteador a mantener en vigor una póliza de seguro que cubra su responsabilidad por lesiones corporales o muerte ocasionada a las personas, y por daños causados a la propiedad ajena para responder subsidiariamente a las sentencias que dictaren los tribunales de justicia, conforme a lo dispuesto en el Código Penal vigente en aquel momento. Quedó encargada la Secretaría de Comunicaciones de fijar en cada caso la ascendencia de las pólizas, de acuerdo con las soluciones económicas del porteador y las posibilidades de riesgo que la clase y circunstancias de los seguros demanden.

Se excluyó de la obligación de asegurarse a los porteadores de carga que utilizaren camiones y ómnibus de los clasificados como "públicos" y de "alquiler", los que debían mantener una póliza flotante que garantizara por igual cantidad la carga que transportaran, y a los porteadores dedicados al transporte de carga que utilicen camiones clasificados como "particulares". posteriormente se eliminó el otorgamiento de éstas pólizas en los casos de organismos y empresas estatales y se creó la caja de resarcimiento como instrumento para pagar las indemnizaciones y cobrarle a los responsables, la que se mantiene operando en la actualidad.

La Ley de Protección a la maternidad, de 1937, establece un nuevo seguro de maternidad obrera, cubierto por dependencias del estado con carácter autónomo y delegaciones provinciales, con aportes patronales y proletarios; el que se extiende al sector agrícola en 1951.

La Constitución de 1940, considerada la más avanzada de su época en América Latina desde el punto de vista social, declaró obligatorio el seguro social, el seguro por accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.

Cumpliendo lo anterior, se promulga la Ley de Accidentes de trabajo, con la intención de proteger y amparar los obreros manuales, donde todo patrono quedó obligado de constituir un seguro y mantenerlo a sus expensas para garantizar el pago de indemnizaciones a sus obreros que se lesionen en las labores y una adecuada compensación a sus familiares en caso de muerte.

En 1953 se dispuso la obligación de asegurar los ascensores para uso de personas, y en 1955 surge el seguro del viajero, extensivo posteriormente de manera obligatoria a los pasajes expedidos por los ómnibus interprovinciales o intermunicipales con salida o destino en la terminal de ómnibus de la Habana.

Hoy, los seguros sociales, que incluyen seguros de pensiones y jubilaciones, no están presentes en Cuba, pues desde 1959 se organizó como actividad estatal, apartándose de los seguros privados. Inicialmente se creó el Banco de Seguros Sociales de Cuba, incorporando al mismo todas las instituciones y regímenes que ejecutaban seguros sociales obligatorios de invalidez, vejez y muerte, y le transfirió todos los activos y pasivos de las instituciones y regímenes antes mencionados, así como los recursos que a estos correspondía. En 1962, se aprobó una Ley de Seguridad Social, cuyo campo de aplicación se extendió a todos los trabajadores y de esta manera, la Seguridad Social del Estado asumió las coberturas que anteriormente brindaban los seguros sociales, y el Banco de Seguros Sociales de Cuba, los que dejan de funcionar.

Existe hoy un perfeccionado y extendido mecanismo de seguridad y asistencia social, con cargo al Presupuesto del Estado y soportado por obligaciones tributarias, que protege y ampara a todos los trabajadores del país.

4. CONCLUSIONES

Los regímenes asegurativos obligatorios³³ cubanos, salvo el reciente seguro de gastos médicos, son seguros de responsabilidad, encaminados a que el asegurado, causante del daño, asuma la carga que provoque su actuar. En sentido general se requieren

³³ Genérico que incluye los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatoria, Cfr. LONDOÑO GONZÁLEZ, J. Ernesto, "Sociedad, conductores", p. 45.

perfeccionar, en aras de proteger en primera y principal instancia, al perjudicado, lo que no siempre funciona así.

Entendemos que corresponde dejar sin efecto el seguro ambiental, que claramente se define por ley, o instrumentarlo y cumplir el mandato, pues no se debe mantener el limbo actual; dejar sin efecto el acuerdo que impuso el seguro de incendio y hoy no se comercializa, o cumplirlo, a lo que guarda lastimoso silencio la Superintendencia de Seguros de Cuba; reglamentar el seguro de responsabilidad civil para la realización de los servicios marítimo-portuarios; y adecuar al rango de norma correspondiente, el seguro de asistencia médica a los visitantes y residentes extranjeros con residencia temporal en el país, perfeccionando su enunciado.

Se promulgó recientemente un Código Seguridad Vial, Ley No. 109, que lamentablemente no recoge el seguro obligatorio de accidentes, dejando escapar la posibilidad de su promulgación.

El reto es reorientar los seguros a una función social, pues se mantiene el seguro centrado en la responsabilidad civil, y no en el daño, ya que por lo general se ampara a los que provocan el daño, mediando declaración de culpabilidad, y no se extiende a quienes reciben el perjuicio.

COMENTARIOS E INDICACIONES AL PROYECTO DE LEY SOBRE REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE SEGUROS (PARTE GENERAL Y DAÑOS)

OSVALDO LAGOS VILLARREAL*

I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

1. Antecedentes sustanciales¹

Ya es un lugar común afirmar que nuestro derecho legislado sobre contrato de seguro, contenido en el título VIII el Libro II del Código de Comercio de 1865, está superado por la práctica, y que no puede conocerse el derecho de seguros actualmente vigente, si no se conoce el contenido de las condiciones generales de los contratos de seguro. La discrepancia entre la “práctica” y la legislación, hace de esta área del derecho, un área accesible sólo para iniciados. De esto, usualmente se desprende que el derecho de seguros es un sector especialmente complejo del derecho privado.

En mi opinión, esta última observación es errada. El hecho de que este sector del derecho privado sea para iniciados, tiene más que ver con defectos institucionales que con las características del contrato de seguro. Es cierto, un defecto es la ya mencionada inadecuación de la legislación a los usos de la industria, cual es el argumento que usualmente se utiliza para promover la reforma. Pero no sólo eso, sino que existen otros dos factores que, a mi parecer, son especialmente influyentes: primero, la masificación del seguro y los cambios tecnológicos que afectan su contratación; segundo, la falta de visibilidad de los fallos sobre seguros.

El primero de estos factores, ha generado que la racionalidad que se encuentra detrás de las reglas del contrato de seguro haya variado, sin que hayan cambiado las reglas legales del contrato. Las normas de contrato de seguro, al menos en su evolución en la Época Moderna, intentan equiparar la posición desmedrada del asegurador ante el asegurado. Éste transfiere las consecuencias económicas negativas de la producción de cierto riesgo, pero es quien conoce ciertas circunstancias que influyen en la producción del riesgo y se mantiene en control de ciertos actos que pueden dar lugar a la materialización del riesgo. El principio de máxima buena fe, no es más que una forma de contrarrestar esta situación, estableciendo deberes de información y colaboración mucho más intensos que los del derecho común. No obstante, el tránsito del contrato de seguros de ser un contrato diseñado para su celebración entre comerciantes, a ser un contrato en muchos casos de

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Comercial, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: Oswaldo.lagos@uai.cl

¹ Los fundamentos de estos antecedentes y de las indicaciones sugeridas, se encuentran en un artículo de investigación titulado “la estructura del contrato de seguro”, de próxima publicación. Estas líneas son una síntesis de lo expresado en ese trabajo.

contratación masiva, y los cambios tecnológicos que facilitan el manejo de información, provocan que el asegurador ya no se encuentre en una posición que debe ser protegida, y que requiera un estatuto especial. Por el contrario, su posición se vuelve preeminente, pues en muchos casos conoce más del riesgo que el propio asegurado, está en condiciones tecnológicas de proveerse por sí mismo ese conocimiento, y cuenta con un muy superior manejo informativo para discriminar entre buenos y malos riesgos.

Por lo tanto, lo apropiado es transitar a un sistema más cercano a las reglas generales de derecho privado. Como puede apreciarse, la dificultad de comprender el sentido de las reglas del contrato de seguro, para un abogado no experto o para un lego, radica no en la supuesta complejidad inmanente del instituto, sino en que es difícil justificar sus soluciones. En consecuencia, como en ciertos casos no coinciden con la idea general de lo que sería equitativo, se vuelven arbitrarias y, por lo tanto, difíciles de entender.

El segundo de los factores mencionados es la falta de visibilidad de los fallos judiciales. Estos se encuentran, especialmente en los últimos treinta años, contenidos en sentencias arbitrales. Son visibles los fallos publicados por AIDA, por CAM Santiago, y los que, a través de apelación o casación, llegan a los tribunales superiores de justicia y son publicados en alguna revista o base de datos. Los fallos de seguros publicados anualmente suelen no superar la veintena o treintena. Evidentemente, es poco con relación a lo que razonablemente se presume que se litiga en esta materia, dada la cantidad de pólizas emitidas. Además, el hecho de que el arbitraje sea establecido a través de cláusulas de uso general en las condiciones generales, provoca que, dado su alto costo, muchos asegurados deban desistir de promover acciones, a pesar de que consideren que sus derechos han sido transgredidos.

Pero lo que puede apreciarse, en aquellos escasos fallos visibles, es un esfuerzo de los tribunales arbitrales para morigerar los estrictos efectos de las reglas legales o contractuales contra el asegurador. Así, no es raro encontrar que, a partir de la idea de equidad, se alteran los efectos legales, en beneficio del asegurado: se exige relación causal entre una carga incumplida (sea de información o colaboración) con la producción del siniestro, para dar lugar a la liberación del asegurador; se limita el efecto rescisorio aplicando la prescripción de la nulidad relativa de cuatro años; se desestima la alegación del incumplimiento de una carga, si esto no produce perjuicio al asegurador; se interpreta con laxitud la institución del interés para evitar la nulidad del contrato; se cambia el criterio para determinar el momento en que la obligación se hace exigible, con el fin de favorecer al asegurador, extendiéndolo hasta la liquidación para efectos de la prescripción, o retro trayéndolo al momento del siniestro, para efectos del cobro de intereses moratorios por no pago.

En consecuencia, el derecho del contrato de seguros actualmente vigente, no puede conocerse en su verdadero alcance, sin acceso a la jurisprudencia. De este modo, la falta de visibilidad de la jurisprudencia y la sublitigación, provocan falta de certeza, lo que reafirma la falsa idea de que el contrato de seguro es un contrato peculiarmente complejo,

pues no lo sería tanto si la jurisprudencia fuera visible y uniforme.

2. Antecedentes formales

El actual proyecto de reforma data de 1990, y fue elaborado por una comisión de prestigiosos expertos en derecho de seguros. Durante sus más de veinte años de existencia, el proyecto ha ido siendo modificado paulatinamente².

La intención de estas reformas, es contar con un derecho legislado de contrato de seguros a la altura de los estándares internacionales. En este sentido, es evidente que el proyecto actual produce un mejor resultado que el contenido de las actuales reglas del Código de Comercio. Sin embargo, en varios aspectos el proyecto no cumple con su intención de dejar la legislación nacional a la altura de los estándares internacionales. Existen actualmente trabajos legislativos de preparación de leyes de contrato de seguro, principios doctrinales y nuevas leyes de seguros, que se hacen cargo, con bastante éxito, del problema de la adecuación del contrato de seguros a la realidad contemporánea. Nuestro proyecto no siempre recoge estos avances y, además, presenta problemas de armonía entre sus partes.

Probablemente ya es muy tarde para hacerse cargo de los problemas de coherencia del sistema que propone la reforma. También, para discutir la incorporación de dos instituciones polémicas: el plazo para pronunciarse sobre si se cubre o no el siniestro, estableciendo un período máximo a la liquidación; y la acción directa en el seguro de

² El Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula el contrato de seguro, boletín n° 5.185-03, relata: "en abril de 1990 [...] la Superintendencia de Valores y Seguros se hizo eco de la opinión generalizada y formó una comisión de especialistas presidida en un comienzo por el profesor SERGIO BAEZA PINTO, y a su muerte por el profesor OSVALDO CONTRERAS STRAUCH. Dicha comisión evacuó un anteproyecto de nueva ley sobre contrato de seguro que, a través del Ministerio de Justicia, fue enviado al Congreso en 1993. Sin embargo, el proyecto no registró avance legislativo alguno, hasta que en el año 2000 fue retirado por el Ejecutivo en el marco de un reordenamiento de la agenda legislativa.

'En el año 2003, el Ministerio de Justicia decidió reimpulsar esta iniciativa, nombrando una comisión para la revisión y actualización del referido anteproyecto, teniendo en cuenta los últimos avances registrados por la disciplina del derecho de seguros en el mundo, que finalizó sus labores en agosto de 2004. Esta nueva versión comenzó a ser revisada en el seno de la Superintendencia de Valores y Seguros, mas la iniciativa no progresó posteriormente.

'En consideración de todos estos antecedentes, el antes citado especialista CONTRERAS STRAUCH, profesor de Derecho Comercial y Presidente del Comité Iberoamericano de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros), elaboró un nuevo anteproyecto de ley que incorpora los últimos avances en la doctrina y la legislación mundial, sobre la base del cual se estructura, esencialmente, la moción en análisis".

Por ejemplo, los trabajos de las Law Commissions Australiana (para la Insurance Contract Act de 1984) y Británica para la reforma del derecho del contrato de seguros, que habrá de contentarse en The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act; los Principios Europeos del Derecho del Contrato de Seguro (PEICL por sus iniciales en inglés) de 2009; la nueva ley de contrato de seguros alemana (VVG) de 2008.

responsabilidad civil. Ambas cuestiones habrían requerido de un proceso de elaboración de la ley más abierto y un debate entre académicos, aseguradores, representantes de consumidores y reguladores.

No obstante, aún se está a tiempo para introducir pequeñas indicaciones que permitan que el proyecto se acerque un poco más a estándares internacionales, con el fin de tener una legislación más justa y un derecho más cierto y accesible. Esa es la intención de las indicaciones que se sugieren a continuación.

Otros ya han hecho aportes en materia de seguros de vida, así que estos comentarios se restringen a seguros de daños³.

II. COMENTARIOS E INDICACIONES

1. Formación del consentimiento

En la actualidad, el contrato de seguro es solemne y se prueba por la póliza. El problema que genera esta situación, es que el asegurado no conoce el contenido de la póliza, sino hasta cuando la recibe. En consecuencia, contrata “a ciegas”. Por otra parte, los acuerdos a los que haya llegado con el asegurador respecto al seguro que va a adquirir, no son parte del contrato, ni puede revisarse que esos acuerdos se incorporen al clausulado, antes de prestar el consentimiento, ya que, como se dijo, el contrato (la póliza) se entrega con posterioridad.

El proyecto en su actual estado, no mejora esta situación. El tomador o contratante, sigue realizando la oferta del contrato al asegurador a través de la propuesta, y el asegurador la perfecciona por su parte, emitiendo la póliza.

Es necesario mejorar el proyecto de ley, para reconocer al asegurador dos derechos básicos, que sí están contemplados en el derecho común: primero, poder enterarse del contenido del contrato antes de firmarlo (art. 514 inciso 3); segundo, poder desafiar el contenido del contrato, si es que el asegurador ha redactado la póliza en términos distintos a los acordados. Pero para que esto sea efectivo, es necesario que la carga de indicar las inconsistencias de cobertura pese sobre el asegurador, no sobre el asegurado (art. 519 incisos 4 y 5)

³ Me refiero a CARLOS RUIZ-TAGLE en seguros de vida y MARCE GALLARDO en seguros de salud e Isapres. Destaco los aportes de ROBERTO RÍOS en responsabilidad civil y CARLOS MOLINA en garantía y caución. Parte de esas sugerencias se recogen en estas indicaciones.

Art. 514. Propuesta. La proposición de celebrar un contrato de seguro deberá expresar la cobertura, los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos.	Art. 514. Propuesta. La proposición de celebrar un contrato de seguro deberá expresar la cobertura, los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos. El tomador deberá informar al asegurador acerca de las circunstancias del riesgo que conozca o debería conocer, y que sean objeto de preguntas claras y precisas de parte del asegurador. El asegurador deberá entregar al tomador, por escrito, toda la información relativa al contenido del contrato que celebrará. Esta debe consistir, al menos, en el tipo de seguro, riesgos cubiertos y exclusiones; cantidad asegurada, forma de determinarla y deducibles; prima o método para su cálculo; período de duración del contrato e inicio y término de la cobertura.
--	--

* La columna izquierda corresponde al estado del proyecto al momento de su ingreso en la Comisión de Hacienda. La columna derecha corresponde a las indicaciones que se sugieren en este trabajo.

Art. 519. Entrega de la póliza. El asegurador deberá entregar la póliza, o el certificado de cobertura, en su caso, al contratante del seguro o al corredor que la hubiera intermediado, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la perfección del contrato. El corredor deberá entregar la póliza al asegurado dentro de los cinco días hábiles siguientes a su recepción. El incumplimiento de la obligación de entrega de la póliza dará derecho al asegurado a reclamar daños y perjuicios al asegurador, o al corredor en su caso. Si el contenido de la póliza difiere de lo pactado, el asegurado dispondrá de un plazo de un mes para reclamar, expirado el cual se estará a lo que señale la póliza; pero para que rija esta norma será preciso que el asegurador advierta al contratante o asegurado sobre su derecho a reclamar, mediante una cláusula debidamente destacada de la póliza.	Art. 519. Entrega de la póliza. El asegurador deberá entregar la póliza, o el certificado de cobertura, en su caso, al contratante del seguro o al corredor que la hubiera intermediado, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la perfección del contrato. El corredor deberá entregar la póliza al asegurado dentro de los cinco días hábiles siguientes a su recepción. El incumplimiento de la obligación de entrega de la póliza dará derecho al asegurado a reclamar daños y perjuicios al asegurador, o al corredor en su caso. Si el contenido de la póliza difiere de lo pactado, el asegurado dispondrá de un plazo de un mes para reclamar, expirado el cual se estará a lo que señale la póliza; pero para que rija esta norma será preciso que el asegurador advierta al contratante o asegurado sobre las discrepancias que existen entre las coberturas ofrecidas por el asegurador al tiempo de la recepción de la propuesta. Estas diferencias deberán resaltarse en negrita. Si el asegurador no advierte al asegurado sobre las inconsistencias de cobertura, se considerará que el contrato ha sido celebrado según el tenor de la información entregada por el asegurador al momento de la propuesta.
--	---

2. Cargas del asegurado

En el tradicional derecho de seguros, se establecen una serie de deberes de colaboración del asegurado para con el asegurador, como cargas. Que estos deberes

se establezcan como cargas, significa que ante su falta de ejecución por el asegurado, el asegurador se libera del pago de la indemnización. Esta consecuencia, que puede denominarse “regla de todo o nada”, se ha ido abandonando en el derecho comparado, dando paso a una “regla proporcional”, que implica una rebaja proporcional al pagar la indemnización, como consecuencia del incumplimiento de un deber (secundario) de colaboración. En cambio, nuestro derecho aún contempla la regla de todo o nada. En nuestro Código de Comercio, la forma de lograr este efecto es a través del reconocimiento de la posibilidad de rescindir el contratos ante el cumplimiento de las obligaciones del asegurado (arts. 556 y 557). Además, no se exige vínculo causal entre la falta de ejecución del deber de colaboración y la producción del siniestro o la agravación de las consecuencias, lo que es evidentemente injusto. En el proyecto actual, las cosas no se mejoran ni aclaran, pues el art. 539 inciso tercero establece: “En todo caso habrá lugar a solicitar la resolución del contrato, conforme a las reglas generales, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que recaen sobre las partes”. Esta regla es inconveniente en las dos interpretaciones que admite. Por un lado, si se estima, como sugiere el tenor literal, que se puede solicitar la resolución del contrato, “conforme a las reglas generales”, entonces se comete una injusticia contra los aseguradores, pues tendrán que constituir en mora a los asegurados para pedir la resolución, cuestión que en los hechos difícilmente ocurra. El asegurado, en la práctica, será libre para incumplir sus deberes de colaboración. Por otro lado, si se estima que la resolución no es conforme a las reglas generales, y se produce automáticamente desde el incumplimiento, el asegurado podría verse privado de su derecho a obtener indemnización, por el sólo hecho de incumplir un deber secundario. En este caso, se comete una injusticia contra los asegurados. Peor aún, el proyecto reconoce la institución de “garantías”, que son afirmaciones de hechos que el asegurado debe hacer o declarar fielmente, que en caso de no coincidir con la conducta del asegurado, da derecho al asegurador a liberarse del pago de la indemnización, sin que sea relevante su gravedad, ni el vínculo causal con la producción del siniestro, ni la conducta inocente o intencional del asegurado. Finalmente, no tiene sentido exigir al asegurado comportarse con diligencia para evitar el siniestro: la contratación de un seguro supone que el asegurador, en ciertos casos, pueda ser ordinariamente negligente y esto provoque un siniestro. Lo que debe de exigirse al asegurador es que no provoque el siniestro intencionalmente, y que cumpla con las medidas preventivas exigidas por el asegurador en el contrato.

Además, tanto el actual Código de Comercio como el proyecto de reforma, contemplan repeticiones innecesarias en la regulación de obligaciones del asegurado, que sólo oscurecen la interpretación de sus efectos. Así, se contempla como obligación la de pago de la prima, o informar las circunstancias del siniestro, o la agravación de riesgo, cuando estas instituciones tienen una regulación especial contemplada en otros artículos.

En conclusión, se sugiere establecer un régimen equilibrado de consecuencias jurídicas ante la no ejecución de deberes de colaboración. Esta inejecución sólo debe dar lugar a la pérdida del derecho a obtener indemnización, si incide causalmente en el siniestro o su agravación, y si es intencional. Si el incumplimiento se debe a culpa grave e

incide causalmente en el siniestro o la agravación de sus consecuencias, debe dar lugar a la rebaja proporcional.

Por otro lado, se deben eliminar las repeticiones innecesarias de regulación de instituciones como la obligación de pago de la prima, declaración del riesgo o su agravación y, especialmente, se debe eliminar la institución de las garantías, que introduce, con grave perjuicio para los asegurados, el proyecto.

Por último, debe eliminarse la exigencia de actuar como un buen padre de familia, reemplazándola por el deber de cumplir con las medidas preventivas exigidas por el asegurador.

Art. 524. Obligaciones del asegurado. El asegurado estará obligado a: 1° Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos; 2° Informar, a requerimiento del asegurador, sobre la existencia de otros seguros que amparen el mismo objeto; 3° Pagar la prima en la forma y época pactadas; 4° Emplear el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro; 5° Dar cumplimiento a las garantías requeridas por el asegurador, estipuladas en la póliza y que sean de su cargo; 6° No agravar el riesgo y dar noticia al asegurador sobre las circunstancias que lleguen a su conocimiento y que reúnan las características señaladas en el artículo 526; 7° En caso de siniestro, tomar todas las providencias necesarias para salvar la cosa asegurada o para conservar sus restos;	Art. 524. Deberes del asegurado. El asegurado debe: 1° Informar, a requerimiento del asegurador, sobre la existencia de otros seguros que amparen el mismo interés; 2° Cumplir con las medidas preventivas requeridas por el asegurador para evitar el siniestro; 3° No agravar el riesgo y dar noticia al asegurador sobre las circunstancias que lleguen a su conocimiento y que reúnan las características señaladas en el artículo 526; 4° En caso de siniestro, tomar todas las providencias necesarias para salvar la cosa asegurada o para conservar sus restos; 5° Notificar al asegurador, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la noticia, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro, y 6° Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias.
---	---

8° Notificar al asegurador, dentro de los diez días siguientes a la recepción de la noticia, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro, y

9° Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias.

El asegurador deberá reembolsar los gastos en que razonablemente haya incurrido el asegurado para cumplir las obligaciones expresadas en el número 7° y en caso de siniestro inminente, también la que prescribe el número 4°. El reembolso no podrá exceder la suma asegurada.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, corresponde al tomador el cumplimiento de las obligaciones del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza deben ser cumplidas por el asegurado.

Las obligaciones del tomador podrán ser cumplidas por el asegurado.

El asegurador deberá reembolsar los gastos en que razonablemente haya incurrido el asegurado para cumplir los deberes expresados en el número 7° y en caso de siniestro inminente, también la que prescribe el número 4°. El reembolso no podrá exceder la suma asegurada.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, corresponde al tomador el cumplimiento de las obligaciones del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza deben ser cumplidas por el asegurado.

Los deberes del tomador podrán ser cumplidas por el asegurado.

El incumplimiento de estos deberes y de los que se establezcan en la póliza, darán derecho al asegurador a liberarse de su obligación de pago de la indemnización, sólo si el incumplimiento fue intencional e incide causalmente en la provocación del siniestro. Si el incumplimiento se debe a culpa grave e incide causalmente en la producción del siniestro o la agravación de sus consecuencias, el asegurador tendrá derecho a rebajar proporcionalmente del pago de la indemnización, el perjuicio que le signifique el incumplimiento del deber.

Art. 539. Otras causales de ineficacia del contrato. El contrato de seguro es nulo si el asegurado, a sabiendas, proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al prestar la declaración a que se refiere el número 1° del artículo 524 y se resuelve si incurre en esa conducta al reclamar la indemnización de un siniestro.

En dichos casos, pronunciada la nulidad o la resolución del seguro, el

Art. 539. Otras causales de ineficacia del contrato. El contrato de seguro es nulo si el asegurado, a sabiendas, proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al realizar la propuesta y se resuelve si incurre en esa conducta al reclamar la indemnización de un siniestro.

En dichos casos, pronunciada la nulidad o la resolución del seguro, el asegurador podrá retener la prima o

asegurador podrá retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya corrido riesgo alguno, sin perjuicio de la acción criminal. En todo caso habrá lugar a solicitar la resolución del contrato, conforme a las reglas generales, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que recaen sobre las partes.	demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya corrido riesgo alguno, sin perjuicio de la acción criminal. En todo caso habrá lugar a solicitar la resolución del contrato, conforme a las reglas generales, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que recaen sobre las partes. El asegurador deberá notificar al asegurado de este hecho, y la resolución tendrá lugar luego de un mes de la notificación. No podrá requerirse la resolución si el incumplimiento no ha tenido lugar por dolo o culpa grave del asegurado. La culpa grave del asegurado se presume por el incumplimiento.
---	---

3. Declaración del estado del riesgo

Tradicionalmente, se ha considerado que la declaración de los riesgos que el asegurador necesita conocer para otorgar seguros, es de carga del asegurado. Esto significa que, ante un error inocente y sustancial en la declaración del riesgo, aun cuando sea respecto a información no requerida por el asegurador, este puede liberarse de la obligación de pagar la correspondiente indemnización. Esto es considerado injusto en el actual estándar del derecho de seguros, pues al menos debería tratarse de información preguntada o requerida por el asegurador, determinante pues sin ella no se habría contratado, que incida causalmente en la agravación del riesgo o en la producción del siniestro. Además, debería tenerse presente que un error involuntario del asegurado no debería dar lugar a liberación del asegurador. Por otro lado, debería distinguirse el caso en que el asegurador se entera de la discrepancia de la información en un momento anterior al siniestro, dándole el derecho, si se cumplen ciertos requisitos, a modificar el contrato o rescindirlo.

Art. 525. Declaración del estado de riesgo. Para prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.	Art. 525. Declaración del estado de riesgo. Para prestar la declaración del estado de riesgo, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo.
--	--

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración del estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, retencencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud, salvo que sean inexcusables.

El asegurador podrá solicitar la rescisión del contrato, si el contratante incurre inexcusablemente en errores, retencencias o inexactitudes sustanciales en la información que otorgue. Si los errores, retencencias o inexactitudes del contratante no revisten el carácter de inexcusables y sustanciales, el contrato será válido, pero la indemnización o prestación, en caso de siniestro, se reducirá en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que habría correspondido.

Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, retencencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente.

Convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración del estado de riesgo, éste no podrá alegar los errores, retencencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud.

Si el siniestro no se ha producido, el asegurador podrá solicitar la rescisión del contrato, si el contratante incurre inexcusablemente en errores, retencencias o inexactitudes determinantes en la información que otorgue. Si los errores, retencencias o inexactitudes del contratante no revisten el carácter de inexcusables y determinantes, el asegurador podrá modificar los términos del contrato, para adecuar la prima y la cobertura a las circunstancias no informadas. La rescisión o modificación producirá sus efectos transcurrido un mes desde que se le notifique al asegurado.

Si el siniestro se ha producido, el asegurador quedará exonerado de su obligación de pagar la indemnización, si el siniestro ha sido provocado por un elemento del riesgo no informado por el tomador, y el asegurador demuestre que, de haber conocido esa información, no habría celebrado el contrato. Si el asegurador hubiese celebrado igualmente el contrato, pero en otras condiciones, tendrá lugar a la rebaja proporcional de la indemnización, equivalente a la mayor prima que habría cobrado.

Estas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, retencencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente.

4. Agravación del riesgo

Para tener una regulación sobre agravación de riesgo equilibrada y concordante con la de la declaración precontractual del riesgo, es necesario que el riesgo que, al agravarse, deba ser informado, corresponda a riesgos especificados y consultados en el formulario de propuesta.

Art. 526. Información sobre agravación del riesgo. El asegurado, o contratante en su caso, deberá informar al asegurador los hechos o circunstancias que agraven sustancialmente el riesgo declarado y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de los cinco días siguientes de haberlos conocido, siempre que por su naturaleza, no hubieren podido ser conocidos de otra forma por el asegurador.	Art. 526. Información sobre agravación del riesgo. El asegurado, o contratante en su caso, deberá informar al asegurador los hechos o circunstancias que agraven sustancialmente el riesgo declarado, que correspondan a riesgos especificados en el contrato y consultados en el formulario de propuesta, y sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de los cinco días siguientes de haberlos conocido, siempre que por su naturaleza, no hubieren podido ser conocidos de otra forma por el asegurador.
---	---

5. Dolo

En el seguro, sólo es inasegurable la conducta intencional del asegurado en orden a provocar el siniestro, pues en ese caso no hay riesgo. No lo es, en cambio, la culpa grave, pues ella no es una conducta intencional. Que sus efectos se asimilen al dolo en derecho civil, no significa que sean lo mismo. Por lo tanto, no es necesario excluirla. En la práctica de los seguros tanto en Chile como en el extranjero, se ha apreciado que su exclusión es peligrosa, pues podría permitir que el asegurador se libere al pago de la indemnización cuando se interprete que un descuido ordinario, que debe entenderse asegurado, es culpa grave.

Art. 535. Casos de dolo y culpa grave. El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se origine por dolo o culpa grave del asegurado o del tomador en su caso, salvo pacto en contrario para los casos de culpa grave.	Art. 535. Inasegurabilidad del dolo. El asegurador no está obligado a indemnizar el siniestro que se provoque intencionalmente por el asegurado.
--	---

6. Prescripción

Como ha demostrado la jurisprudencia nacional, indicar que la prescripción del contrato de seguro inicia desde que la obligación se hace exigible, genera problemas de interpretación, pues como se sabe, es necesario que tenga lugar el proceso de liquidación para que el asegurador declare si hay o no cobertura. Por lo tanto, es conveniente distinguir entre la prescripción de la acción del asegurado y la del asegurador, y fijar con claridad el momento de inicio. El plazo de tres años para la prescripción del derecho del asegurado, desde que toma conocimiento, es un plazo considerado razonable por los principios europeos de derecho de seguros.

Art. 541. Prescripción. Las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de dos años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva.

Fuera de otras causales legales, la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro, y el nuevo plazo regirá desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto.

En el seguro de vida el plazo de prescripción para el beneficiario será de cuatro años y se contará desde que conoce la existencia de su derecho, pero en ningún caso excederá de diez años desde el siniestro.

El plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión contractual.

Art. 541. Prescripción. **La acción del asegurado o beneficiario para reclamar el pago de la indemnización, prescribirá en tres años contados desde que tome conocimiento de la decisión adoptada por el asegurador respecto del reclamo y, en su caso, de la determinación precisa del monto a pagar.**

La acción del asegurador para reclamar el pago de la prima, prescribe en un año desde que se esta se haga exigible.

7. Resolución de conflictos

No se aprecia por qué los conflictos que suscite el contrato de seguros deban ser conocidos por árbitros. Usualmente se esgrime que la razón es que se trata de un contrato muy especial y complejo. No obstante, no se aprecia, en realidad, una complejidad superior a otras instituciones de derecho que conocen los jueces ordinarios. La dificultad del conocimiento del derecho de seguros radica en la falta de adecuación de la actual ley con la realidad, la falta de publicidad de la jurisprudencia y la ausencia de una doctrina consolidada y de suficiente calidad. En este sentido, el proyecto al menos le permite al

asegurado recurrir a la justicia ordinaria cuando se trata de juicios de cuantía moderada. No obstante, falla en exigir que las sentencias sean públicas. Éste ha sido un importante acierto de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que perfectamente puede imitarse en el ámbito de los seguros, y que contribuirá a la calidad del derecho de seguros, a la seguridad jurídica y a la transparencia.

Art. 543. Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria.

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

1° Admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba.

Art. 543. Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria.

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

1° Admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba.

2° Decretar de oficio, en cualquier estado del juicio, las diligencias probatorias que estime conveniente, con citación de las partes. 3° Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido. 4° Apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación. Será tribunal competente para conocer de las causas a que diere lugar el contrato de seguro, el del domicilio del beneficiario.	2° Decretar de oficio, en cualquier estado del juicio, las diligencias probatorias que estime conveniente, con citación de las partes. 3° Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido. 4° Apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación. Será tribunal competente para conocer de las causas a que diere lugar el contrato de seguro, el del domicilio del beneficiario. El tribunal deberá remitir a la Superintendencia de Valores y Seguros, copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley. La Superintendencia llevará un registro público de estas sentencias.
--	---

8. Interés como límite del valor asegurado

Lo que determina el límite del valor asegurado no es el valor del objeto asegurado, sino el valor del interés según se haya establecido en el contrato.

Art. 547. Concurrencia de intereses asegurables. Sobre el mismo objeto asegurado pueden concurrir distintos intereses asegurables, los que podrán cubrirse simultánea, alternativa o sucesivamente hasta concurrencia de su valor.	Art. 547. Concurrencia de intereses asegurables. Sobre el mismo objeto asegurado pueden concurrir distintos intereses asegurables, los que podrán cubrirse simultánea, alternativa o sucesivamente hasta concurrencia del valor de cada interés, según la forma de determinación de este valor en el contrato.
---	---

9. Regla proporcional

Es injusto que se aplique la regla proporcional si la discrepancia entre el valor declarado (suma asegurada) y el valor del bien al momento del siniestro, se debe a un error de cálculo del asegurado o de quien actúe a su nombre o por su encargo.

Art. 553. Regla Proporcional. Si al momento del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del bien, el asegurador indemnizará el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté. Sin embargo, las partes podrán pactar que no se aplique la regla proporcional prevista en el inciso anterior, en cuyo caso el asegurado no soportará parte alguna del daño en caso de siniestro a menos que éste exceda la suma asegurada.	Art. 553. Regla Proporcional. Si al momento del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté. Sin embargo, las partes podrán pactar que no se aplique la regla proporcional prevista en el inciso anterior, en cuyo caso el asegurado no soportará parte alguna del daño en caso de siniestro a menos que éste exceda la suma asegurada. Si la diferencia entre la suma asegurada y el valor del interés al momento del siniestro, se produce como consecuencia de una valoración del interés realizada por el propio asegurador o por quien haya sido designado por el asegurador, se excluirá la aplicación de la regla proporcional.
---	--

10. Acreedores y seguros de daños en las cosas

En los casos en que una persona vende a otra una cosa, pactándose un plazo para su pago, o bien, cuando se otorga un préstamo para realizar dicha compra, es usual que el acreedor exija la contratación de seguros para garantizar su interés en la vida del deudor y en la conservación del objeto que se vende, pues este último generalmente se utilizará como garantía. Este es el caso del seguro de incendio y sismo para créditos hipotecarios, o bien, el seguro de vehículos motorizados para los créditos que se otorgan a propósito de la adquisición de un automóvil.

En la práctica, para garantizar que el pago se haga por la compañía de seguros al acreedor, se designa como beneficiario o como asegurado al acreedor prendario o hipotecario. Esto es una impropiedad técnica, que puede producir problemas. En primer lugar, pues la figura del beneficiario sólo tiene sentido en los seguros de vida, para aquellos casos en que el asegurado toma un seguro de vida sobre su propia vida. En estos casos, no

puede designarse a él mismo como beneficiario, pues no podrá cobrar el seguro una vez muerto. Es por esto que él mismo designa a quien se beneficiará con el pago del seguro, sujeto que, al ser designado por el propio asegurado sobre cual recae el riesgo de muerte, no requiere tener interés asegurable. La función de la regla del interés en el seguro de vida se hace innecesaria, si es el propio asegurado quien designa al beneficiario. Tanto es así, que en derecho comparado se ha cambiado la regla del interés en el seguro de vida, por la exigencia de autorización cuando el seguro se toma sobre vida ajena. En segundo lugar, la designación del acreedor prendario o hipotecario como beneficiario es un problema, pues no queda claro, si la regla del interés que funciona como un límite al pago de la indemnización, aplica también en este caso. Por ejemplo, en el caso de un seguro hipotecario de incendio, ¿debe pagarse el total del valor de la construcción siniestrada, o sólo aquella parte en la que tiene interés el beneficiario? ¿debe pagarse una parte al acreedor y otra parte al asegurado/dueño? ¿puede el propio asegurado tomar un nuevo seguro sobre la cosa sin infringir la regla sobre seguro múltiple? Nada de esto tiene sentido, pues la intención de que se obligue al asegurado (deudor hipotecario o prendario) a tomar un seguro, es que reemplace la cosa asegurada, con el fin de que no se pierda o desmejore la garantía. De ninguna manera esto debería significar autorizarle a recibir el pago de un seguro a título de interés de dueño, cuando su interés es sólo de acreedor. Por último, el acreedor siempre puede tomar seguros de crédito y de garantía.

En consecuencia, debe entenderse que el beneficiario es una figura exclusiva del seguro de vida, y que no es necesario que se le exija interés asegurable. Por otro lado, para satisfacer la necesidad del acreedor prendario o hipotecario de que se utilice la indemnización para, por ejemplo, reconstruir el inmueble o reponer el automóvil, basta con que se exija a través de una norma legal. Esto se puede lograr estableciendo que el acreedor pueda recibir y retener el pago de la parte equivalente al saldo insoluto del crédito garantizado, mientras no se asegure que el dinero será aplicado en la reconstrucción o reparación del bien.

Art. 513. Definiciones. Para los efectos de la normativa sobre seguros se entenderá por:

m) Interés asegurable: aquel que tiene el asegurado, o el beneficiario si es distinto de aquél, en la no realización del riesgo.

Art. 513. Definiciones. Para los efectos de la normativa sobre seguros se entenderá por:

m) Interés asegurable: aquel que tiene el asegurado en la no realización del riesgo.

Art. 565. Ejercicio de derechos de terceros sobre la indemnización. La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquella.	Art. 565. Ejercicio de derechos de terceros sobre la indemnización. La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquella. En el caso de que se asegure el interés del dueño sobre una cosa sujeta a prenda o hipoteca, y que la prestación del asegurador no sea la reparación o reposición del bien, el acreedor que notifique previamente este hecho al asegurador, tendrá derecho a cobrar a nombre del asegurado, una cantidad equivalente al saldo insoluto del crédito garantizado. El asegurador no pagará al asegurado la parte de la indemnización que corresponda al crédito garantizado insoluto, a menos de contar con autorización del acreedor o, en su defecto, autorización judicial. La parte de la indemnización que cobre el acreedor, deberá aplicarse a la reconstrucción o reparación del bien, en el caso de que el asegurado repare, reponga o garantice que se realizará la reparación o reposición de la cosa siniestrada, en un tiempo razonable. La cosa repuesta subroga a la cosa siniestrada para efectos de la garantía.
--	--

11. Notificación en el seguro de responsabilidad civil

Las comunicaciones en este seguro deben darse en tiempo razonable. No es adecuada ni imprescindible la exigencia de que se realicen de inmediato. En la práctica, éste es el estándar que termina empleando la jurisprudencia que fala en equidad.

12. Cobertura prohibida en el seguro de responsabilidad civil

Es contrario al orden público que el seguro de responsabilidad civil pueda ofrecer cobertura contra sanciones penales o administrativas. Esto significa, en la práctica, impunidad para infractores. Además, técnicamente un seguro de responsabilidad civil sólo cubre responsabilidad civil. Las multas están fuera de su materia asegurada.

Esto no puede confundirse con la asegurabilidad de la responsabilidad civil, pues ésta cumple una función compensatoria, no sancionatoria. En este sentido, la cobertura de responsabilidad civil favorece a las víctimas, a diferencia de una eventual cobertura de sanciones administrativas o penales.

Art. 571. Extensión de la cobertura. A menos que estén amparados por una cobertura especial, el monto asegurado comprende tanto los daños y perjuicios causados a terceros, como los gastos y costas del proceso que éstos o sus causahabientes promuevan en contra del asegurado. Salvo pacto en contrario, la póliza no cubre el importe de las cauciones que deba rendir el asegurado, ni las multas o sanciones pecuniarias a que sea condenado.	Art. 571. Extensión de la cobertura. A menos que estén amparados por una cobertura especial, el monto asegurado comprende tanto los daños y perjuicios causados a terceros, como los gastos y costas del proceso que éstos o sus causahabientes promuevan en contra del asegurado. La póliza no podrá cubrir el importe de sanciones pecuniarias de carácter penal o administrativo. No obstante, se admitirá que se solventen gastos de defensa en estos casos.
--	--

13. Seguro de caución

Para que el seguro de caución sea una verdadera alternativa a la boleta bancaria de garantía y a otras garantías, es necesario resguardar la posición del asegurado y darle seguridad de que ante su reclamo recibirá pago inmediato. De otra forma, se perjudicará a las compañías de seguro de caución por la inseguridad de la garantía, cosa que ocurre actualmente en la práctica.

Art. 580. Concepto. Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.	Art. 580. Concepto. Por el seguro de caución el asegurador se obliga a inemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.
--	---

	Las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no impedirán que el asegurador pague la indemnización solicitada, debiendo el tomador reembolsar el pago al asegurador.
Art. 581. Obligaciones del asegurado. Tan pronto el tomador o afianzado incurra en una acción u omisión que pueda dar lugar a una obligación que deba ser cubierta por el asegurador, el asegurado deberá tomar todas las medidas pertinentes para impedir que dicha obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes. El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar, según su gravedad, a la reducción de la indemnización o la resolución del contrato. Este tipo de seguro podrá ser a primer requerimiento o ejecución inmediata, en cuyo caso deberá ser pagado al asegurado dentro del plazo que establezca la póliza, sin que el asegurador pueda diferir el pago por la oposición de excepciones fundadas en la obligación garantizada por parte del afianzado.	Art. 581. Obligaciones del asegurado. Tan pronto el tomador o afianzado incurra en una acción u omisión que pueda dar lugar a una obligación que deba ser cubierta por el asegurador, el asegurado deberá tomar todas las medidas pertinentes para impedir que dicha obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes. El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar, según su gravedad, a la reducción de la indemnización. Este tipo de seguro podrá ser a primer requerimiento, en cuyo caso, deberá ser pagado al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que el Asegurador pueda oponer excepciones, ni someterlo al procedimiento de liquidación de siniestro.