

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Revista Chilena de Derecho de Seguros

COMITÉ CIENTÍFICO

Presidente

Roberto Ríos Ossa

Oswaldo Contreras; Hernán Corral; Hugo Botto; Emilio Sahurie; Pedro Zelaya; Cristián Banfi; Osvaldo Lagos; Carlos Ruiz-Tagle; Andrés Amunátegui; Marcelo Barrientos; Juan Luis Goldenberg; Rafael Ilescas; Félix Benito; Robert Merkin.

Director

Marcelo Nasser Olea

Editores

Carlos Villagrán Muñoz
Rodrigo Hayvard Bosoni

Colaborador

Felipe Martínez Aravena

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 Científico.

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

Diseño e Impresión

Ediciones e Impresiones Copygraph
Carmen 1985 - Santiago
Fono: (02) 2505 3606

ÍNDICE

Editorial	7
I. Artículos de doctrina	
1. La obligación de asesoramiento a cargo del corredor en la fase de formación del seguro como contrato de consumo <i>Roberto Ríos Ossa</i>	11
2. Póliza de seguros <i>stock throughput</i> (stp) <i>Claudio Barroilhet Acevedo</i>	21
3. Regulación del seguro por medios electrónicos y telefónico. Contratos de seguro “a distancia” y contrato de “seguro telefónico” <i>Marcelo Nasser Olea</i>	41
II. Ensayos	
4. El objeto exclusivo de las compañías de seguro <i>Francisco Gazmuri Schleyer / María Paz Chaigneau Pérez</i>	59
5. El siniestro y su nexo causal <i>Sergio Arellano Iturriaga</i>	75
6. Noción de riesgo asegurable: la importancia de identificar un riesgo atípico <i>Vicente Ríos Urzúa</i>	99

EDITORIAL

UNA ÉPOCA DE CAMBIOS

Con gran entusiasmo presentamos al público este nuevo número de la Revista Chilena de Derecho de Seguros.

Estamos en medio de una época de cambios para el mercado asegurador. A la entrada en vigencia de la Ley N° 20.667 ya hace más de 4 años (1 de diciembre de 2013), hoy se ha agregado el ingreso parcial al ordenamiento jurídico de la Ley N° 21.000, que crea y regula la Comisión para el Mercado Financiero (CMF). A lo anterior deben agregarse dos modificaciones en ciernes:

En primer lugar, la controvertida y profunda modificación a la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores, que establece un régimen de fiscalización y sanciones administrativas superpuesto al de la CMF, con serios problemas de constitucionalidad advertidos en el control preventivo por el H. Tribunal Constitucional, en su sentencia de 18 de enero de 2018 (Rol 4012-2017), denunciados por este editorialista en el Seminario “Nuevas facultades del Sernac: Impacto en los seguros” organizado por la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile el 28 de noviembre de 2017.

En segundo término, la reforma a la legislación sobre datos personales. El 22 de marzo de 2017 se ordenó refundir el proyecto presentado por el H. Senador Felipe Harboe (de 17 de enero de 2017) con el Proyecto del Ejecutivo (de 15 de marzo de 2017), y se instruyó discutirlos en general y en particular en la Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y en la Comisión de Hacienda. De llegar a convertirse en ley, el proyecto reformará intensamente la ley N° 19.628 y exigirá de las aseguradoras un estándar nuevo, más elevado, de acuerdo a parámetros internacionalmente adecuados, particularmente en lo relativo a la circulación internacional de datos personales, datos sensibles, datos de menores de edad, etcétera. El desafío para las compañías de seguro del segundo grupo (y para los intermediarios y otros auxiliares) frente a este cambio legislativo es verdaderamente un desafío mayor.

Esta época de cambios no se resume a una materia sino, en general, a la integridad de la contratación del seguro, tanto en sus fases preparatorias como durante la ejecución del contrato. Frente a esta nueva realidad, la CMF ha publicado la NCG N° 420 sobre Conducta de Mercado (CdM), inaugurando un estándar de cumplimiento y deber de profesionalidad, protección de la privacidad y *suitability* para aseguradores e intermediarios hasta ahora inéditos en el país. Si bien gran parte del mercado había asimilado ciertos cambios con la debida anticipación, no cabe duda de que hoy estamos en presencia de una nueva etapa, más exigente.

Estas exigencias no solo alcanzan a los aseguradores, sino que también a los corredores y liquidadores.

A la legislación sobre regulación del mercado asegurador y a las normas generales propiamente conocidas como de conducta de mercado (CdM), se han sumado desde 2015 una serie de cuestiones que han requerido especial atención. En relación con los seguros con cuenta única de inversión (CUI) la autoridad ha exigido, ya hace algunos años (Circular N° 2180 de 25 de junio de 2015), un estándar de información elevado utilizando criterios de *suitability*, anticipándose en varios años a las normas recientemente exigidas por la NCG N° 420. Asimismo, la Circular N° 2180 prohibió los cargos por rescate total del valor póliza, aunque mantuvo la posibilidad de efectuar cargos por rescates parciales.

Por otra parte, el Servicio de Impuesto Internos ha expedido un controvertido Oficio N° 1535 de 6 de julio de 2017 que –si se lee sin cautela– parecería modificar el régimen tributario de esta clase de aseguramiento en contravención a las disposiciones legales vigentes, pero también a la propia doctrina del SII ya establecida anteriormente en la Circular N° 28 de 2002, en el Oficio Ordinario N° 2600 de 1996 y, finalmente, en el Oficio Ordinario N° 98 de 2010.

Finalmente, resta averiguar qué ocurrirá con la inembargabilidad de la CUI a la luz de algunas interpretaciones poco técnicas de esta modalidad de seguro.

En lo relativo al llamado “giro único” que deben observar las compañías de seguro, últimamente la CMF ha prohibido a las compañías, mediante el Oficio Circular N° 1001 de 18 de julio de 2017 –sobre lo que denomina una nueva lectura del artículo 4 del DFL N° 251–, ejercer actividades de gestión y administración de los inmuebles que forman parte de su reserva técnica. Lo anterior, evidentemente, ha supuesto un nuevo escenario sobre todo si el mismo Oficio Circular declara que hasta la fecha de su entrada en vigencia, la autoridad “había entendido que en esos casos se ejercía un atributo propio del dominio como es la administración de ellos”.

Finalmente, el Consejo de Autorregulación ha publicado la Directiva N° 1/2018 sobre capacitación de agentes de venta de renta vitalicia, que parece superponerse en algunos aspectos a las disposiciones legales vigentes sobre esta materia, y a otras emanadas de la autoridad llamada a regular este asunto. Las consecuencias laborales de la implementación de esta Directiva aparecen como un problema latente.

Frente a esta nueva etapa, más que nunca pensamos que una publicación especializada y periódica en materia de seguros se hace indispensable para todos quienes estamos vinculados de alguna u otra manera con esta actividad.

Hemos procurado seleccionar artículos de interés práctico para abogados, jueces, funcionarios y académicos, cuidando al máximo su edición de manera de entregar al público un producto de alta calidad y útil para su actividad profesional.

Prof. Dr. Marcelo Nasser Olea
Director de la Revista Chilena de Derecho de Seguros
Santiago 15 de enero de 2018

I. Artículos de Doctrina

LA OBLIGACIÓN DE ASESORAMIENTO A CARGO DEL CORREDOR EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL SEGURO COMO CONTRATO DE CONSUMO

The broker's duty to advise the insured and represent his best interests during the negotiation of the insurance contract as an obligation under consumer law

ROBERTO RÍOS OSSA*

1. INTRODUCCIÓN

En el tráfico mercantil del contrato de seguro la figura del corredor ha tenido una posición histórica relevante. Las primeras pólizas fueron manuscritas por quienes intermediaban entre quien asumía el riesgo y quien quedaba liberado de sus efectos dañosos. Ya iniciado el siglo XX, el desarrollo de este especial contrato –el de seguros–, sus complejidades técnicas y jurídicas, su estandarización, entre otros factores, hicieron de la actividad del corretaje de seguro una actividad especial y compleja, donde uno de los tópicos de mayor relevancia está representado por la denominada obligación de asesoramiento que pesa sobre el corredor a favor del contratante del seguro, tanto durante la fase de formación del contrato como durante su ejecución.

Ciertamente esta obligación de asesoramiento vinculada a la fase de formación del contrato de seguro, permite al contratante decidir si contrata o no, y en caso afirmativo, conocer en qué términos contrató. El corredor tiene una intervención relevante en esta fase de formación del contrato de seguro, por lo que la frustración del interés del asegurado –o contratante según el caso– podría acarrear la responsabilidad civil del intermediador. Para ello, es ineludible precisar la forma y el contenido de esta obligación de asesoramiento que pesa sobre el corredor de seguros, considerando que nuestro ordenamiento jurídico pareciera no contener una regulación clara

* Profesor de Derecho Comercial Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho UC. Miembro de la Asociación Internacional de Derechos del Seguro (AIDA), sección chilena. Dirección Postal: Facultad de Derecho, Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, tercer piso, comuna de Santiago, Chile. Correo electrónico: rriosos@uc.cl.

y sistemática en esta materia. Ello justifica una propuesta de interpretación y ordenación¹.

Por otra parte, advertimos que este trabajo está contextualizado a la intermediación del contrato de seguro en su dimensión estandarizada o masiva que ejecutan los denominados intermediadores independientes o corredores de seguro. Queda excluido, por consiguiente, la intermediación a cargo de los denominados agentes de seguros dependientes de una compañía, como aquellos que siendo agentes sin vínculo de subordinación tiene un pacto de exclusividad con un asegurador determinado². Por otro lado, no abordaremos el análisis de la intermediación de los denominados seguros de grandes riesgos, en los que el factor de tutela o protección a favor del contratante está ausente, es innecesario³.

Con el fin de responder a la interrogante sobre la forma y contenido de la obligación de asesoramiento del corredor –advertimos que nos limitaremos a la fase de formación del contrato de seguro– hemos sistematizado nuestro trabajo de la siguiente manera: (i) en primer lugar abordaremos el marco normativo del contrato de corretaje de seguro en Chile; luego, (ii) analizaremos la obligación de asesoramiento que nace de la celebración de un contrato de corretaje a favor del contratante –consumidor– del seguro; (iii) en tercer lugar presentaremos nuestra propuesta sobre aplicación de las modificaciones introducidas por la ley 20.667 al Código de Comercio

¹ En este sentido, los ordenamientos jurídicos han tendido a incorporar en su normativa especiales reglas que rigen la actividad del corredor siguiendo los criterios impuestos por la UE a partir de la Directiva 88/357/CEE. Véase TIRADO Y SARTI (2007) pp. 81 y ss.

² No obstante referirse a los denominados agentes el artículo 57 del DFL 251, su actividad de intermediación en el contexto de la obligación o deber de información está regulada por los arts. 514 inciso 2° y 529 N° 1 del C.com. Se trata del deber de información a cargo del asegurador que nuestro legislador introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la ley 20.667. En este sentido, en la doctrina española Elguero señala que la distinción o clasificación que introduce la normativa sobre agentes de seguros tiene relevancia –entre otros tópicos– para los efectos de la determinación del régimen de obligaciones y de responsabilidad civil del intermediario de seguros. ELGUERO (2012) p. 39. Por su parte, Sánchez Calero refiere como una de las distinciones de relevancia entre el intermediador vinculado al asegurador y el independiente –que se denomina propiamente corredor de seguros– los casos en que los que el intermediador representa al asegurador. SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 514. En la doctrina colombiana Ordóñez destaca la necesaria distinción entre quienes poseen un vínculo con el asegurador y quienes no, y sobre ello sostiene que quienes realizan una verdadera tarea de intermediación en seguros son los segundos llamados propiamente corredores. ORDÓÑEZ (1998) p. 54.

³ En la doctrina francesa, Lambert-Faivre y Leveneur al abordar los límites a la obligación de asesoría que pesa en el corredor de seguros (*L'obligation de conseil*), en el caso de los asegurados industriales o profesionales –grandes riesgos para nosotros– sostienen que esta obligación queda morigerada en razón de la competencia técnica del contratante del seguro, que eventualmente puede ser superior a la del intermediador y del propio asegurador. LAMBERT-FAIVRE Y LEVENEUR (2011) p. 127.

al contrato de corretaje de seguro, para, finalmente (iv) abordar nuestras conclusiones.

2. MARCO NORMATIVO DE REGULACIÓN DEL CORRETAJE DE SEGUROS

En el caso de Chile, la actividad del corretaje de seguros está regulada en el artículo 57 del Decreto con Fuerza de Ley 251 sobre Compañías de Seguro, Bolsas de Comercio y Sociedades Anónimas (en adelante DL 251), los arts. 8 y ss. del Decreto Supremo 1055 sobre Auxiliares del comercio de seguros (en adelante DS 1055)⁴, y supletoriamente por la normas del título III del libro II del Código de Comercio (en adelante C.com.)⁵. Es ineludible señalar que la ley 20.667 que modificó la regulación del contrato de seguro en nuestro país, no se ocupó de introducir normas específicas que regulen el corretaje de seguros.

El artículo 57, inciso 5° del DFL 251 dispone:

“Los corredores de seguros son auxiliares del comercio de seguros, que deben asesorar a la persona que desea asegurarse por su intermedio, ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses e ilustrándola sobre las condiciones del contrato, debiendo asistirle durante toda su vigencia, especialmente en las modificaciones que eventualmente correspondan y al momento de producirse un siniestro. Deben también asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la información que posean del riesgo propuesto”.

La norma legal que hemos transcrito se complementa con la serie de deberes y obligaciones contenidas en los arts. 9 y 10 del D.S 1055. Destacamos en especial las siguientes:

⁴ Dictado en reemplazo del DS 863.

⁵ A nuestro juicio, revisadas algunas de las fuentes que inspiraron a Ocampo en la redacción de nuestro C.com., el Título III del Libro I del C.com., arts. 48 y ss., regulan la actividad de los corredores que poseen la calidad de oficiales públicos y aquellos que sin revestir este carácter realizan actos de intermediación, según lo establece el art. 80 del mismo Código. La particularidad del corredor que posee el carácter de oficial público, queda representada no en la actividad de intermediación sino en ciertas obligaciones impuestas por la ley como la verificación de identidades, firmas –entre otros– y su certificación. Históricamente los corredores, en especial los de seguros, escrituraban las pólizas y daban fe de su contenido. De ahí el carácter de público de su oficio. En nuestra doctrina, a juicio de Puelma el artículo 80 del C.com. “permite ejercer la correduría a cualquier persona que cumpla los requerimientos que establece el art. 55 del mismo Código, aunque no tenga el carácter de corredor público”. Agrega el autor, que las normas sobre corredores contenidas en el C.com. se aplicarán supletoriamente para los casos en que exista alguna regulación especial. PUELMA (1999) pp. 55-56.

“Artículo 9. Definición de corredores de seguros. Son corredores de seguros las personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, actúan como intermediarios independientes en la contratación de pólizas de seguros con cualquier entidad aseguradora, obligándose a asesorar a las partes en la forma que establece la ley y este Reglamento”.

“Artículo 10. Obligaciones de corredores de seguros. Los corredores estarán obligados a:

- 1) Asesorar a las personas que deseen asegurarse por su intermedio, ofreciéndoles las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses.
- 2) Informar a sus clientes sobre las condiciones del contrato y, en especial, sobre la extensión del seguro pactado y sus adicionales, sobre los riesgos y situaciones excluidas de la cobertura, alcance de las franquicias o deducibles a la misma, cláusula de prorrateo, forma y plazos de pago, efectos de su incumplimiento y, en general, toda la información necesaria para ilustrar mejor su decisión”.

En el contexto de la normativa que hemos referido en el párrafo anterior, en razón de la cual los corredores **deben asesorar a la persona que desea asegurarse por su intermedio**, surge la interrogante sobre la forma y el contenido de esta especial obligación de asesoramiento. Solo una vez determinada la forma en como se materializará el cumplimiento de esta obligación y su extensión, estamos en condiciones de verificar su cumplimiento, o su opuesto, el incumplimiento con los efectos adscritos que correspondan.

3. OBLIGACIÓN DE ASESORAMIENTO DEL CORREDOR DE SEGUROS. FORMA Y CONTENIDO

Como punto de partida, a nuestro parecer, la obligación de asesoramiento contenida en los arts. 57 del DFL 251, 8 y 9 del DS 1055 van más allá de una simple recomendación o consejo. Se trata de una obligación de información sobre el contenido negocial del contrato de seguro que tiene una clara vocación tutelar o de protección a favor del contratante del seguro en su calidad de consumidor⁶.

En nuestra opinión, es insuficiente interpretar el vocablo asesorar recurriendo a su tenor literal y para ello al diccionario de la Real Academia de la Lengua española. Como sostiene Guzmán Brito, cuando el sentido de la

⁶ En este sentido véase GIRGADO (2013) p. 233.

ley es claro⁷. Las normas de interpretación de los artículos 19 y siguientes de nuestro C.c. deben complementarse.

Precisar el sentido del vocablo asesorar exige acudir a la historia de la norma. Debemos determinar las posibles fuentes y criterios, en concreto aquellos que siguió nuestro legislador en la elaboración del inciso 5º del artículo 57 del DFL 251⁸.

El título III sobre “Auxiliares del Comercio de Seguros” fue introducido por nuestro legislador mediante ley 18.814 de 1989, sustituyendo el anterior texto enunciado como “De las sociedades cuyas acciones pueden ser representativas de reservas técnicas y patrimonio de riesgo”. Previo a esta norma de rango legal, nuestro Ordenamiento jurídico no contemplaba una regulación legal específica para el caso de los corredores de seguros. El vacío legal en la regulación de corredores de seguros fue llenado por la SVS, órgano que “en uso de sus atribuciones y vista la necesidad de regular la intermediación de contratos de seguros” emitió la Circular Nº 81 de fecha 8 de septiembre de 1981. Interesa el texto de la referida circular en lo siguiente:

“Artículo 2º: Son corredores de seguros las personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, están habilitadas para actuar como intermediarios en la contratación de pólizas de seguros con cualquier entidad”.

“Artículo 8º: Los corredores de seguros estarán obligados a lo menos, a efectuar las siguientes tareas:

- a) Ofrecer coberturas adecuadas a las necesidades e intereses de las personas que deseen asegurarse por su intermedio; **ilustrar** sobre las condiciones del contrato y, especialmente, sobre el monto o precio de la prima y las normas sobre prorrateo establecidas en el artículo 532 del Código de Comercio, si procediere; presentarles cotizaciones y modalidades para la cobertura que ofrecen diversas compañías, señalando las ventajas y desventajas de ellas, si el cliente así lo requiere”.

Nuestra formulación en orden a interpretar y precisar la extensión de la obligación de asesoramiento del inciso 5º del artículo 57 del DFL 251 es la siguiente: Nuestro legislador al redactar el texto del citado artículo que introduce mediante la ley 18.814 de 1989 siguió el texto de la transcrita circular Nº 81 emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros (en

⁷ GUZMÁN BRITO (2007) pp. 77 y ss.

⁸ Sobre la necesidad de recurrir al elemento histórico como método de interpretación, con el fin de elaborar una propuesta sistemática sobre la disciplina de la mediación de seguros, véanse TIRADO SUÁREZ Y SARTI (2007) pp. 65 y ss.

adelante SVS) ocho años antes, en 1981⁹. A su vez, esta norma de rango administrativo dictada por la SVS pareciera seguir los criterios contenidos en la normativa española, en concreto la ley 117/1969 que en su capítulo II, De los agentes de seguros en general, artículo noveno sobre obligaciones, establece una obligación de informar sobre las condiciones del contrato que se han de suscribir, en favor de la parte que trate de concertar el seguro¹⁰.

Revisados los textos normativos citados –tanto legales como reglamentarios, nacionales o extranjeros– la obligación de un corredor de seguros de asesorar debe entenderse en el sentido de informar, esto es, entregar información sobre el contenido del contrato de seguros y aclarar las materias que el contratante requiera para una adecuada comprensión del contenido contractual¹¹. De este modo, el contratante del seguro tendrá claridad de la cobertura y podrá elegir la opción que estima más apropiada a sus intereses, entendemos por ello cobertura y precio¹². Se trata como sostiene Girgado, de un análisis objetivo a cargo del corredor de seguro, objetividad que apunta a la imparcialidad con la que actúa el intermediador en la condiciones que finalmente se ofrecen al contratante del seguro¹³.

El vocablo asesorar o ilustrar que se contiene en el artículo 57 del DFL 251 no debe entenderse en el sentido de dar un consejo que garantice un resultado, ello dejaría el deber u obligación con una extensión ilimitada, provocando, que duda cabe, inseguridad en el tráfico jurídico del segu-

⁹ En este sentido la historia de la ley 18.814, consultada en la Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁰ Constituye un antecedente de la ley 117/1969 sobre control de acceso y de ejercicio de las entidades aseguradoras y su reglamento de 1912. Véase TIRADO SUÁREZ y SARTI (2007) pp. 66-67.

¹¹ Revisada la historia de la ley 18.814, el legislador entiende que “lo que justifica la actividad del corredor de seguros, es la naturaleza compleja del producto que ofrecen y la necesidad que informen completamente a los asegurados”. En este supuesto, la doctrina extranjera sostiene que esta obligación de consejo complementa la obligación de información principal, es parte de la misma, y busca suplir el nivel de ignorancia del contratante del seguro en asuntos técnicos y jurídicos. En este sentido, por todos BEIGNIER (2011) pp. 114-115. La doctrina española separa la obligación o deber de informar, de la obligación de asesoramiento. La obligación de asesorar consiste en proporcionar al contratante del seguro o tomador las mejores condiciones de cobertura que obtenga del mercado basado en un análisis objetivo de las mismas, y que se ajusten a las condiciones de cobertura que solicitó el contratante. En este sentido ver GIRGADO (2013) p. 253.

¹² Por su parte, destacamos que las directivas comunitarias de la Unión Europea (en adelante UE) que han regulado materias de mediación en contrato de seguro, entienden por asesoramiento la entrega de información y recomendación que el corredor de seguros hace en base a un análisis objetivo de las condiciones del mercado asegurador. Entonces, lo relevante es, de las distintas ofertas posibles, cuál de ellas conviene más al contratante del seguro, en cobertura y precio. Ver QUINTANS, p. 548.

¹³ GIRGADO (2013) pp. 235-236.

ro¹⁴. Como sostiene Baeza, la función de asesorar consiste en ofrecer la cobertura más conveniente a los intereses del asegurado e ilustrarlo sobre el contenido del contrato¹⁵.

Por su parte, nuestra reciente jurisprudencia ha señalado que “una interpretación literal, sistemática y teleológica de la normativa antes transcrita que fija los deberes a que se encuentran sometidas las corredoras de seguros determina necesariamente concluir, en cuanto a ‘la obligación de asistencia’ al asegurado durante todo el periodo de vigencia del contrato de seguro y al momento de producirse el siniestro, que naturalmente dicha responsabilidad debe entenderse vinculada con la entrega oportuna de información al cliente acerca de la cobertura y demás detalles del contrato de seguro que se suscribió precisamente a consecuencia de su intermediación, en el evento de que el asegurado pudiese requerir conocer de ellos para una mayor satisfacción de sus derechos e incluso, de corresponder, para poder evaluar éste el beneficio de introducirle determinadas modificaciones”¹⁶.

Por consiguiente y de acuerdo a lo que hemos formulado, la obligación de asesoramiento es de información, por una parte, y por la otra, el contenido o extensión de esta obligación tiene como límite el marco establecido por el legislador en el art. 57 del DFL 251 y arts. 9 y 10 del D.S 863. A ello se unirá la buena fe objetiva que se integra como una cláusula más del contrato de corretaje, principio que facilitará la labor del juez en la determinación de este deber de información. Con todo, adelantamos que, a nuestro parecer, las normas que introdujo nuestro legislador en el C.com. –mediante la ley 20.667– en materia de deberes de información del asegurador podrían aplicarse al corredor de seguros¹⁷. Sobre ello nos abocaremos a continuación.

4 EXTENSIÓN DE LOS CRITERIOS NORMATIVOS DEL DEBER DE INFORMACIÓN DEL ASEGURADOR AL CORREDOR DE SEGUROS

No obstante estar regulado normativamente el contrato de corretaje en el citado DFL 251 –y normas complementarias ya citadas– en el caso concreto de la obligación de asesoramiento que hemos categorizado como una obligación de información, a nuestro juicio, las exigencias que la ley 20.667 impuso en materia de información al asegurador cuando el seguro

¹⁴ Se trata de obligaciones de hacer. Como sostiene Donati se trata de un obligación que tiene por objeto una prestación de hacer (*prestazione faciendi*). DONATI (1954) p. 514 GIRGADO (2013) p. 233

¹⁵ BAEZA (2001) p. 66.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2015): *Roberto Musa Abuauad con Banchile Corredores de Seguros Limitada*, cita online *Legalpublishing*: CL/JUR/8031/2015.

¹⁷ Sobre el deber de información del asegurador ver por todos BARRIENTOS (2015) pp. 334 y ss.

fuere contratado en forma directa –como reza el artículo 529 numeral 1 del C.com.– serían aplicables en el caso que nos ocupa, especialmente tratándose de seguros masivos o estandarizados, en atención al fin tutelar de las modificaciones introducidas recientemente a nuestro C.com. en la regulación del contrato de seguro. De este modo, el artículo 529 número 1° que debe leerse con el artículo 514 inciso 2°¹⁸, ambos del C.com., que permiten determinar la forma y el contenido del deber u obligación de información establecida a favor del contratante del seguro, se aplicaría para los casos de intermediación independiente o de corretaje.

En el sentido que hemos señalado, es ineludible señalar que el texto de los citados artículo 514 y 529 del C.com coinciden, en parte, con lo dispuesto en el artículo 10 del DS 1055 que impone al corredor la obligación de **“asesorar a las personas que deseen asegurarse por su intermedio, ofreciéndoles las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses”** y la de **“informar a sus clientes sobre las condiciones del contrato y, en especial, sobre la extensión del seguro pactado y sus adicionales, sobre los riesgos y situaciones excluidas de la cobertura, alcance de las franquicias o deducibles a la misma, cláusula de prorrateo, forma y plazos de pago, efectos de su incumplimiento y, en general, toda la información necesaria para ilustrar mejor su decisión”**¹⁹.

Luego y si revisamos la historia de la ley 20.667 podemos constatar que nuestro legislador fundamenta los términos de los artículos 514 y 529 del C.com. en la necesidad de unificar el régimen de responsabilidad del asegurador que contrata con el asegurado de manera directa o sin intermediación, respecto de aquellos casos en los que contrata por medio de un corredor de seguros²⁰. Claramente el legislador buscó unificar el criterio del artículo 10 del citado DS 1055²¹ para el caso de la denominada contratación directa. La innovación que introduce la ley 20.667, más que en la extensión o contenido de la obligación, está en la forma en que se materializa el cumplimiento de esta obligación de informar²².

En cuanto a la forma de esta obligación de asesoramiento o de información, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 514 del C.com. el corredor deberá informar por escrito al tomador todos los datos sobre la cobertura, por lo que, debe ser preciso en la descripción del riesgo cubierto, tanto en su individualización por inclusión como su delimitación por exclusión. La norma contenida en el inciso 2° del artículo 514 del

¹⁸ Véase BARRIENTOS (2015) p. 336.

¹⁹ En este mismo sentido BARRIENTOS (2015) p. 338.

²⁰ Véase en este sentido historia de la Ley 20.667 pp. 96-95.

²¹ En reemplazo del texto del DS 863.

²² Barrientos califica esta obligación como un “deber de asesoría integral”. BARRIENTOS (2015) p. 336.

C.com. apunta a solucionar no solo la problemática que acarrea la falta en la entrega de información. La ley se ocupa de como se suministra la información. Ello, busca resolver la otra cara de la problemática de la asimetría, denominada como racionalidad imperfecta, esto es, la imposibilidad del consumidor de comprender la información que recibe.

Por consiguiente, a los criterios en la determinación del contenido o extensión de la obligación de asesoramiento o de información que debe el corredor del seguros –y el asegurador en los casos de contratación directa–, debemos adicionar la exigencia de suministrar los datos mínimos por escrito, lo que quiere decir, que el corredor debe proporcionar de esta manera todas la información sobre las condiciones objetivas que existen en el tráfico –o mercado– al futuro asegurado o contratante del seguro singular.

5. CONCLUSIONES

De lo que hemos expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.1. El legislador chileno mediante la ley 20.667 modificatoria del título VIII del libro II del C.com. unificó los criterios legales en materia de información que debe recibir un contratante o asegurado, de manera que asegurar un consentimiento libre.
- 1.2. En el sentido indicado, podemos sostener que el deber de información o asesoría establecido por la ley a favor del asegurado, en su contenido, es un solo, y está contextualizado tanto por las normas del C.com.-arts. 514 inciso 2º y 529 numeral 1º- como en las contenidas en el DFL 251 –art. 57– y el DS. 1055.
- 1.3. La aplicación extensiva que hemos propuesto exige al corredor de seguro, no solo cumplir con un deber de asesoramiento o de información extenso, sino que debe materializarlo por escrito.
- 1.4. El incumplimiento por parte del corredor tanto en la extensión del deber de información como en su materialidad podría acarrear su responsabilidad civil de acuerdo a las reglas generales de nuestro derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAEZA, Sergio (2001): El seguro (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS, Marcelo (2015): “Artículo 529 N° 1, El seguro de responsabilidad civil”, en *El Contrato de seguro, Comentarios al Título VIII Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 334-355.
- BEIGNIER, Bernard (2011): *Droit des Assurances* (Toulouse, Montchrestein).
- DONATI, Antigono (1954): *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private. Volume primo* (Milano, Editore Guiffre).

- ELGUERO, José María (2012): *El Agente de Seguros y su responsabilidad civil* (Madrid, Fundación Mapfre).
- GIRGADO, Pablo (2013): *Estudios sobre mediación de seguros privados*, directora María Rocío Quintáns (Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): Reglas del Código Civil de Chile sobre Interpretación de las Leyes (Santiago, LexisNexis).
- ORDÓÑEZ, Andrés (1998): *El Contrato de Seguro* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- LAMBERT-FAIVRE , Yvonne y LEVENEUR, Laurent (2011): *Droit des Assurances* (París, Dalloz).
- PUELMA, Álvaro (1999) *Contratación comercial moderna* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- QUINTÁNS, Rocío (2006): Principales novedades de la ley 26/2006 de mediación de seguros privados y reaseguros, *Revista Española de Seguros*, N° 127, p. 556 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2010): *Ley de Contrato de Seguro* (Madrid, Aranzadi, cuarta edición).
- TIRADO SUÁREZ, Francisco y SARTI, María Amparo (2007): *Ley de mediación en seguros y reaseguros privados* (Madrid, Thomson Aranzadi).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Santiago (2015): *Roberto Musa Abuauad con Banchile Corredores de Seguros Limitada*, cita online *legalpublishing*: CL/JUR/8031/2015.

PÓLIZA DE SEGUROS *STOCK THROUGHPUT (STP)*

STOCK THROUGHPUT (STP) INSURANCE POLICY

CLAUDIO BARROILHET ACEVEDO*

I. PRESENTACIÓN

El objetivo de este artículo es describir y caracterizar a la póliza de seguro denominada *Stock Throughput (STP)*, cuya traducción más cercana al castellano podría ser la póliza de flujo de existencias, o de desplazamiento de inventarios, pero hemos preferido mantener su denominación anglosajona, ya que es la forma como se la conoce, utiliza e identifica en el mercado de los seguros, a nivel mundial.

Para acometer dicho objetivo, comenzaremos por un intento de desentrañar su naturaleza, en cuanto contrato de seguro, mediante la calificación y clasificación de su cobertura, esbozar sus características y analizar sus principales cláusulas, de manera de poder presentar al lector sus principales estipulaciones, las que le dan forma, estructura y contenido a su cobertura.

II. CONTENIDO Y NATURALEZA DE LA PÓLIZA STP

En palabras simples, la póliza *stock throughput (STP)* es una póliza de seguro diseñada para los productores que manufacturan y exportan bienes elaborados, que ampara los riesgos de pérdida o daño que afectan a sus productos, desde su proceso de elaboración, almacenamiento y transporte hacia su destino final. Funcionalmente, es una cobertura de flujos de inventarios desde la fuente de la producción hasta su destino final, que cuenta con cuatro componentes básicos: i) almacenamiento, ii) manipuleo y embalaje, iii) tránsito interno y iiiii) transporte internacional.

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. LL.M. Admiralty Law, Tulane University, U.S.A. Profesor de Derecho Marítimo PUCV. Correo electrónico: claudio@barroilhet.cl. Estoy en linkedin: <https://cl.linkedin.com/in/claudio-barroilhet-acevedo-774460a5>

¿Qué cosas corporales cubre?

Tratándose de la materia asegurada, cubre materias primas, productos elaborados o semielaborados, materiales, insumos y productos finales, del giro del asegurado. Por ejemplo, tomemos el caso de la industria vitivinícola (uno de los usuarios característicos de esta póliza), la cobertura STP cubrirá la uva una vez cosechada y almacenada en las bodegas de la viña, el caldo de uva, el vino sin filtrar y una vez filtrado, el vino durante su almacenado en las barricas y luego durante su embotellado, etiquetado, empaquetado, despacho, transporte terrestre hasta el puerto de embarque, trayecto oceánico y porteo interior hasta los lugares de destino; e incluso podría extenderse hasta los depósitos, recintos de acopio o exhibición en destino, hasta su entrega al receptor, destinatario final o consumidor. ¿Cuáles son las actividades que ampara?

Básicamente, esta póliza cubre tres rubros: i) el almacenamiento o depósito (sea en origen, puntos intermedios o en destino), en las bodegas, almacenes, depósitos, galpones, *packings*, tiendas, supermercados, etc., en recintos del asegurado o de terceros (por ejemplo, subcontratistas, proveedores, consolidadores, empacadores o prestaciones de servicios logísticos específicos). Enseguida, ampara ii) el tránsito o transporte interno, por carretera, ferrovías, ríos o canales, que existe entre los depósitos y los puertos, aeropuertos, estaciones ferroviarias, sitios de almacenamiento para distribución, etc. Y finalmente, iii) cubre el transporte marítimo u oceánico internacional o transcontinental, que se extiende entre los puertos de origen y destino del trayecto de exportación o transporte internacional.

Como puede apreciarse, dos de estos tres rubros [ii) y iii)] corresponden a coberturas de transporte, y una de ellas a una de almacenamiento o *property* propiamente tal. Volveremos sobre este punto al tratar de la característica híbrida de la cobertura STP.

A continuación, desde el punto de vista de su naturaleza, podemos calificarla y clasificarla, dentro de los distintos grupos de seguros, como una póliza de cosas corporales muebles, que las cubre respecto de los riesgos de pérdida, daño y deterioro. No es una póliza de cosas incorpóreas o derechos, ni una de integridad patrimonial o responsabilidad civil, ni menos es una póliza de vida, integridad corporal o salud. Constituye, lo que en el mundo de los seguros se conoce como seguros de *property*, o sobre cosas corporales.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA STP

En primer lugar, caracterizaremos a esta póliza como un híbrido de dos coberturas: almacenamiento o depósito (*storage*) y transporte.

La cobertura de almacenamiento o depósito corresponde a lo que se denomina seguro de inventario (*inventory*), que se emplea para cubrir un conjunto de cosas singulares o universalidades, como las mercaderías de los supermercados; las barricas y botellas de vino de una viña; los rollizos de madera, *chips*, celulosa en bruto, planchas, tablonés u otros formatos de madera semielaborada o procesada de una forestal; las partes, piezas, elementos y componentes de los automóviles, los vehículos durante su proceso de ensamblado o ya producidos en un fabricante de autos; las materias primas, productos semielaborados y envasados, en las procesadoras de alimentos (frutas, vegetales, pescados, mariscos, productos cárneos, lácteos, etc.) o sus derivados, etcétera. La particularidad de esta cobertura de almacenamiento es que la materia asegurada no es una cosa singular, individual o particular, sino que un conjunto de cosas singulares, o lo que en derecho se denomina una universalidad (de hecho), que es una masa de bienes o cosas singulares, esencialmente mutable, porque durante la vigencia de la póliza, cada una de las cosas particulares que la compone, cambia en la medida que transita a través del proceso de producción, embalaje, distribución, transporte y despacho.

Así, en el caso de la forestal, los árboles talados se convierten en rollizos, y luego en madera procesada, que se embala, empaca y despacha como paneles, tablonés o *chips*, y se transporta hacia el lugar de venta, distribución, destino o consumo, o sea, nunca será la misma madera, sino que madera más o menos elaborada, que atraviesa el proceso de producción y despacho. Lo mismo sucede con las cosechas de uva y las botellas de vino en las viñas, o con el pescado, los mariscos y las conservas en las procesadoras de alimentos marinos.

La mutabilidad de la materia asegurada conlleva al uso de la póliza flotante¹, que es aquella póliza en que alguno de los elementos del contrato de seguro (a saber: materia asegurada, interés asegurable, riesgo y prima) no es determinada, sino determinable con posterioridad a la celebración del contrato de seguro, como sucede, por ejemplo, con las pólizas de mercaderías existentes en los supermercados, tiendas de departamento o establecimientos comerciales, que por tratarse de existencias o inventarios esencialmente mutables, la materia asegurada se determina o precisa al momento en que ocurre un siniestro, o como ocurre en el caso de una póliza de transporte de sucesivos embarques marítimos de una forestal, en que el riesgo contra el que se asegura se especifica viaje tras viaje, en la medida que cada uno de los despachos zarpa con destino al lugar de comercialización o consumo, y el elemento riesgo se va precisando durante la

¹ El artículo 513, letra r), define la “Póliza de seguro flotante”, como: “el contrato normativo que da cuenta, en términos generales, de estipulaciones pactadas para relaciones específicas de seguros que van a ser objeto de formalización posterior”.

vigencia de la póliza. La cobertura STP, al recaer sobre universalidades, es de suyo propicia para el empleo de la póliza flotante, tanto en la cobertura de almacenamiento, como la de transporte.

La cobertura de transporte se manifiesta en su vertiente doméstica o nacional: ampara el transporte terrestre interno o doméstico (vía carretera o ferroviario), fluvial, lacustre o por vías navegables, barcazas; y en su vertiente internacional, a través del transporte oceánico o aéreo, que conecta distintos países o continentes, incluyendo desembarcos, transbordos, reembarco, reposicionamiento o cambio de vehículo o elemento de transporte, almacenamiento o depósito durante el trayecto y otras vicisitudes del viaje. Tal como se adelantó, la cobertura de transporte es también propicia para alojar a la póliza flotante, por cuanto cada uno de los viajes o transporte de la materia asegurada constituye un riesgo en particular, que va especificando y concretando la cobertura durante la vida y vigencia del seguro.

Es interesante destacar este híbrido, que comporta un ensamblaje de las coberturas de almacenamiento y transporte, las cuales se combinan en una cobertura mixta o integrada, pero también mantienen su propia identidad para ciertos efectos, como sucede, por ejemplo, tratándose de las condiciones especiales de cobertura. Así, en la póliza de transporte es usual que se acuda a las coberturas de las Pólizas A, B o C de las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres para transporte, y a las cláusulas especiales de carga aérea, guerra, huelgas, etc., las que no se aplican a la cobertura de almacenamiento.

Otra diferencia se manifiesta en los límites y sublímites especiales de cobertura cuantitativa del seguro, que se aplican (de manera individual y distinta) para el almacenamiento o para el transporte². También existen notas particulares de cada cobertura para efectos del monto asegurado, deducibles y exclusiones.

Dejando de lado las particularidades que diferencian a cada una de estas coberturas, la mixtura almacenamiento - transporte convive en la respectiva póliza STP, bajo las mismas estipulaciones, ofreciendo una protección continua y constante para la materia asegurada, a través y durante todo su proceso de elaboración, a lo largo de la cadena de producción que va desde la materia prima hasta la llegada del producto elaborado al destinatario final. Esta constituye una ventaja comparativa de esta póliza, porque al cubrir la cadena de elaboración y suministro en su integridad, más que una póliza de mercancías específicas, se trata de una cobertura de

² La existencia separada de límites y sublímites para cada una de sus coberturas facilita la administración del seguro y el manejo de los riesgos inherentes a cada una de dichas actividades.

flujos de inventarios de materias primas, insumos, materiales, productos semielaborados y terminados, y como tal, cubre un universo indeterminado (pero determinable) de objetos, evitando brechas o vacíos de coberturas que podrían presentarse si se tratara de dos pólizas distintas de almacenamiento y transporte, y/o de varias pólizas de transporte (por ejemplo, transporte doméstico e internacional), evitándose así que los respectivos transportadores deslinden responsabilidad unos sobre otros, y esto implique que los siniestros escapen a la protección de las pólizas de transporte, como sucedería si se tratase de coberturas separadas e independientes; o por el contrario, evitarse superposición de los distintos seguros, que generarían hipótesis de dobles seguros o duplicidad de coberturas. Al tratarse de una misma póliza, no se producen vacíos o lagunas de cobertura, ni tampoco superposiciones.

Otra característica de esta cobertura es su enfoque integral, que ampara todo el proceso de producción, desde las materias primas, pasando por los productos intermedios o semielaborados, y extendiéndose hasta el producto final, a su arribo al lugar de destino, sea una vitrina, o las bodegas o recintos del consumidor final.

IV. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA COBERTURA STP

Los orígenes de la cobertura STP pueden retrotraerse a ciertas coberturas de producción de fabricantes (*Manufacturers Output*) que se emplearon en Nueva York en la década de los 70, las que pertenecían al género de las pólizas de existencias o inventarios. Sin embargo, la actual conformación de la póliza STP se acerca más hacia las coberturas de transporte de mercancías, que hacia las de *stock*, que tradicionalmente se habían manejado por separado, siendo las coberturas de transporte tomadas por los *freight forwarders* y los operadores logísticos, mientras que los productores locales contrataban las pólizas de almacenamiento, así como las del tránsito doméstico de las mercancías.

Posteriormente, y habida cuenta a las disputas y problemas de aplicación de pólizas que se generaban en las fronteras de ambas coberturas (por ejemplo, y especialmente, en las faenas de carga, estiba, transbordo y cuando las mercancías iniciaban el desplazamiento desde su depósito o almacenamiento en origen hacia el porteo internacional³), la póliza STP fue adquiriendo forma como un producto único y omnicomprensivo, que integraba la cobertura de inventario y procesamiento, junto con la de tránsito doméstico y transporte transoceánico.

³ Lo que para el asegurado conllevaba lidiar y disputar cobertura con dos aseguradores separados a la vez, respecto de un mismo y único siniestro, complicando y retardando el pago de la respectiva indemnización.

Actualmente, la cobertura STP presenta más características propias de las pólizas de transporte de mercancías. Desde luego, es generalmente ofrecida por corredores que actúan en el mercado de transporte marítimo (*marine brokers*) y presenta caracteres propios de las pólizas de transporte, como su clausulado. Por la misma razón, hoy por hoy existen algunas pólizas que se han apartado de los formatos propios de las pólizas de transporte de mercancías, para incluir en su contenido todo el clausulado y simplificar su redacción, sin hacer referencia a las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres⁴, y así evitar la duplicidad de fuentes o superposición de textos al conformarse el contenido de la póliza, facilitando su lectura, interpretación, aplicación, haciéndola más accesible al lector no especializado en materias de seguros y así anticipándose a las contradicciones y disputas.

Quizás la principal ventaja de esta póliza es que, ante a la dualidad de coberturas de almacenamiento y transporte, o varias coberturas de transporte (doméstico e internacional), la póliza STP proporciona una cobertura única y constante⁵, evitando lagunas de cobertura entre las fronteras de las distintas pólizas, cuando son separadas, vacíos que son muy peligrosos si, en caso de siniestro, los aseguradores involucrados pujan por deslindar el incidente hacia esas brechas, para no cubrirlo en sus pólizas. A la inversa, tampoco se producen superposiciones de coberturas, que generan dobles seguros.

La ventaja que, en sí constituye, para el asegurado, tener a un solo asegurador al frente es muy valiosa, implica que existe una sola ventanilla para denunciar siniestros, pagar las primas, reclamar coberturas, solicitar endosos o modificaciones a la póliza durante su vigencia, controlar siniestralidad, introducir mejoras y potenciar rebajas de primas⁶ u optimizaciones de coberturas, facilitando la administración del seguro, a la par con un

⁴ Institute of London Underwriters.

⁵ Característica a la cual en el mercado de los seguros se le denomina como *seamless coverage*, esto es, una cobertura sin costuras, o también como una cobertura *cradle to grave*, de la cuna a la tumba.

⁶ La cobertura STP simplifica la cuantificación y aplicación de las primas, que se miden sobre la totalidad del flujo de mercancías del asegurado (*total turnover*) durante un espacio de tiempo que es generalmente anual, adelantándose un depósito o pago provisorio al inicio de la vigencia, que consiste en una suma fija, la que se ajusta al término del ejercicio anual, si varía en un monto superior a un determinado porcentaje (por ejemplo, un 3% ó 5%) se efectúa un ajuste a *pro rata*, para lo cual el asegurado se obliga a declarar su movimiento anual durante el primer bimestre posterior al cierre del respectivo ejercicio. Esta modalidad de primaje facilita la centralización del cálculo y pago, así como la introducción de mecanismos que permiten la mejora y optimización del costo de la cobertura. Lo propio sucede con la cuantificación de la materia asegurada, que se efectúa en función del valor de los productos finales, y desde ahí en reverso, pasando por los productos semi-elaborados y hacia atrás, llegando hasta el valor de la materia prima.

mejor control del comportamiento de la cadena de suministro, enfocado y administrado como un proceso integral.

Otra característica de esta cobertura, frente a las tradicionales pólizas flotantes o de abono, es que en ella es usual que se libere al asegurado de la carga de declarar cada uno de los riesgos o las mutaciones de la materia asegurada, vía certificados o declaraciones de abono, y de ahí que la prima no se fija en función de tales declaraciones, sino que en base a un depósito inicial y un ajuste de período (que es típicamente anual) en base al movimiento de las ventas e ingresos del asegurado. Asimismo, se libera al asegurado de la carga y desgaste administrativo que impone la declaración, elimina posibilidades de error (y pérdidas de cobertura) durante el proceso de la declaración o confección de certificados.

Otra de las razones que ha extendido su utilización es que, al tratarse de una única cobertura, tampoco existen las restricciones temporales que son propias de las pólizas de transporte, en que se le coloca plazo de duración a la cobertura, en función del lapso de estadía o tránsito de la carga en ciertos lugares, durante el trayecto del viaje que ampara la póliza. En este mismo sentido, otra de sus ventajas es que permite alteraciones a la materia asegurada, durante su proceso de su tránsito y transporte, así como en los lugares en que la materia asegurada se ubica, deposita o almacena.

Al tratarse de una única cobertura, se aplica de manera global, cualquiera sea el lugar en que la materia asegurada (trátase de materia prima, producto semielaborado o mercancía final) se encuentre, lo que permite prescindir de límites y sublímites cuantitativos de cobertura aplicables para las distintas locaciones en que ellas se encuentre.

Ella permite, asimismo, tener un control único y centralizado de las primas pagadas y de las coberturas disponibles en caso de siniestro, con sus límites, sublímites, exclusiones, deducibles y demás condiciones.

V. PRINCIPALES CLÁUSULAS DE LA COBERTURA STP

Vamos a distinguir entre aquellas cláusulas que son esenciales para configurar la cobertura, y aquellas que son accidentales o accesorias, esto es, que si bien son usuales en la cobertura, no son de la esencia para definir y delimitar su contenido.

(i) Cláusulas esenciales

Desde el punto de vista territorial o geográfico, la cobertura STP es usualmente global o mundial, por cuanto se extiende a cualquier fábrica, factoría, almacén, depósito, recinto, edificio, instalación, patio, galpón o lugar en que se encuentre la materia asegurada, así como al puerto, ter-

minal, aeropuerto, muelle o malecón a través de los cuales ella transite durante su viaje. Incluye cualquier medio de transporte, por aire, tierra o mar, y cubre asimismo desde cualquier punto o lugar en el mundo, hasta cualquier otro punto o lugar, a través de cualquier ruta, incluyendo transbordos, desembarcos, reembarques, y el depósito o almacenamiento en tránsito o durante el trayecto.

También se cubre el siniestro que ocurra mientras los inventarios o existencias se encuentran en ferias, exhibiciones, vitrinas, exposiciones, o en tiendas que sean de propiedad del asegurado, incluyendo las ventas de sobras (*outlets*), así como en los trayectos de tránsito interno.

En relación a la materia asegurada, ella comprende las materias primas, materiales, insumos, productos semielaborados y finales (en general, durante todo el proceso de elaboración o manufactura), accesorios, muestras, ejemplos de distribución gratuita, productos en prueba, mientras pertenezcan al giro o rubro del asegurado, y otros bienes (que no sean inmuebles, equipos e instalaciones) propios del giro del asegurado.

No incluye: cuentas, billetes, títulos de créditos, valores, documentos, cartas de crédito, pasaportes, documentos, documentos de transporte de personas o mercancías, dinero, monedas, garantías, lingotes, piedras preciosas, joyas, obras de arte, pinturas, esculturas, manuscritos, planos, dibujos, animales vivos, tabaco, pieles, instrumentos y artículos electrónicos (incluyendo *hardware*, *software*, *chips*, *microchips*, *modems*, radios, televisores, circuitos impresos, monitores, cámaras, facsímiles, fotocopiadoras, grabadoras, discos compactos, teléfonos móviles o celulares), alcohol, destilados, vino y bebidas espirituosas⁷, etc.

Tratándose del riesgo (comienzo y término del riesgo), la cobertura es bastante extensa, por cuanto abarca desde que la materia asegurada ingresa y permanece en la propiedad o esfera de custodia del asegurado; durante las operaciones de procesamiento, manufactura, fabricación, preparación, empaque, embalaje, embotellamiento, consolidado, manipuleo, porteo y carga; mientras se efectúe su transporte, tránsito o transbordo, y durante su estadía en bodega, o en inventario, así como en su distribución, exhibición o redistribución, hasta que deje la propiedad o custodia del asegurado o llegue a su destino de término o a manos del consumidor o cliente final.

Desde un enfoque funcional, se cubren todas las operaciones de elaboración y producción, desde la materia prima hasta el producto final o elaborado, incluyendo ciertas operaciones propias de la cadena de distribución, que difícilmente se encuadran en las coberturas de almacena-

⁷ Por cierto, esta exclusión de alcoholes, vinos, cervezas y bebidas espirituosas, no opera en el caso de la Póliza STP, que ampara el negocio de las viñas y de la industria vitivinícola, ya que constituyen la esencia de su giro, y por ende, de su materia asegurada.

miento o transporte, consideradas de manera individual, independiente y separada, tales como: consolidación de contenedores en términos FCL⁸, consolidación y desconsolidación de contenedores; servicios especiales de porteo y manipuleo; carga de contenedores en términos LCL⁹; programas de consolidación en distintos lugares y países; tránsito de tierra a aire y viceversa; tránsitos oceánicos a través de segmentos transatlánticos y ramales; centros de acopio, consolidación y distribución de mercancías.

Inspecciones:

El asegurado contrae la carga de efectuar o permitir al asegurador que se efectúen inspecciones en la materia y ubicaciones asegurados, en la oportunidad en que sea requerido. A falta o demora en efectuar la inspección, o en caso de obstruir la que se lleve al efecto, el asegurado puede perder la cobertura en todo o parte¹⁰. Y una vez perdida o restringida la cobertura, ella se retoma solo en caso de que se lleve a efecto la respectiva inspección, y su aprobación favorable por los aseguradores, y si ello no sucede, los aseguradores pueden emitir un aviso de término definitivo de la cobertura, permitiéndole al asegurador que retenga la prima pagada, a *pro rata* del tiempo transcurrido, o en su integridad, si la póliza había sido siniestrada, esto es, si ya había acontecido un evento indemnizable durante la vigencia de la póliza.

Criterios para la cuantificación de la pérdida o ajuste del siniestro:

Respecto de los bienes manufacturados o elaborados, materias primas o productos en elaboración, en los cuales un asegurado cuenta con un contrato escrito que establezca un precio determinado, el criterio para la cuantificación será el precio así establecido por el asegurado, menos los gastos y costos en que no se haya incurrido. Si no existe un contrato escrito, el criterio de cuantificación será el valor de reemplazo del costo de los bienes una vez terminados, materias primas o productos en elaboración, al momento del siniestro. Para estos efectos, se define al costo y gastos de reemplazo, como aquellos que generalmente se asocian con el reemplazo o reparación del daño o la pérdida de los bienes del mismo tipo, en el

⁸ FCL. *Full Container Load*: contenedor consolidado completamente, consiste en una modalidad en la cual el contenedor se consolida en su integridad con carga que pertenece solamente a un embarcador.

⁹ LCL. *Less than a Container Load*: contenedor consolidado parcialmente, consiste en una modalidad en la cual el contenedor se consolida en su integridad con carga que pertenece a varios embarcadores, de manera que ellos proporcionan la carga "suelta" o sin consolidar al transportador, *freight forwarder* u operador logístico, quien procede a reunir las y consolidarlas todas en un mismo contenedor, sin participación de los embarcadores en este proceso. Ello, a diferencia del FCL, en que el embarcador proporcional la unidad de transporte cargada y consolidada en su integridad al transportador u operador logístico.

¹⁰ Hay clausulados en que en esta hipótesis, la cobertura se restringe solo a los eventos de incendio, explosión, inundación y caída de objetos.

mismo estado o fase de elaboración al momento del siniestro. Además de lo anterior, los aseguradores acuerdan indemnizar el costo del transporte aéreo de los bienes de reemplazo.

Cláusula de viaje:

Este seguro rige desde el momento que la materia asegurada entra al riesgo del asegurado o este adquiere el interés y continúa mientras la materia asegurada está en tránsito y/o en depósito y en cualquier otro lugar, incluyendo en inventario (sea en un depósito, almacén, negocio de salida o en cualquier otra parte), sea o no en el curso del tránsito e incluyendo cualquier interés que se mantenga para el propósito de consolidación, y hasta que el riesgo y/o interés del asegurado cesa completamente en el destino final, según sea requerido, incluyendo riesgos en aduanas, transbordos, artefactos navales y barcasas, que sean acostumbrados.

Se incluyen, además, los riesgos de carga que sean anteriores al despacho y descarga que sean posteriores a la llegada a los recintos del asegurado o consignatario.

Sin perjuicio de lo aquí expuesto, la cobertura respecto del inventario y/o existencias terminará al expirar el contrato de seguro, de acuerdo con su período de vigencia.

Evento:

Cuando el término evento sea aplicado a las pérdidas provenientes de tormentas de viento, granizo y helada, que deriven de una condición atmosférica disruptiva, o de una revuelta, huelga, conmoción civil, terremoto o inundación, se considerará que incluye las pérdidas que ocurran o comiencen a ocurrir durante un período de 72 horas consecutivas. El asegurado podrá elegir el momento en que cada período de 72 horas se considerará iniciado, siempre que no exista una superposición entre períodos, y siempre que ningún período comience antes que la fecha y hora de acaecimiento de la primera pérdida que se haya registrado.

Límites, deducibles y exclusiones:

Se contemplan límites aplicables para un siniestro o serie de siniestros que deriven de un solo evento, los que deben liquidarse como si se tratara de un solo siniestro. La póliza contiene también sublímites especiales para los siniestros que ocurran durante el tránsito de la materia asegurada, o de las muestras de los vendedores, del mobiliario y artículos de adorno u ornamento, de las pérdidas o daños derivadas de terremotos, inundaciones y tormentas de viento.

Límites por vehículos de transporte:

En los casos en que la póliza contenga límites cuantitativos para los vehículos de transporte (de cualquier medio), por evento, siniestro o in-

terrupción en el tránsito, o en accidentes en el transbordo o en vehículos de conexión, se establece que los aseguradores responderán por el monto total del riesgo, pero no más allá del doble del límite por cada vehículo, siempre que exista un aviso oportuno del asegurado al asegurador.

Deducible:

Todos los reclamos por pérdida, daño o gastos, que provengan de cualquier evento o serie de eventos, deberán ser liquidados como un solo reclamo, y del monto así liquidado, se descontará el deducible señalado en la póliza. En caso de un recuperado y/o salvamento que se pague, el monto recuperado y/o salvado será para el beneficio íntegro de los aseguradores, hasta el monto del recuperado de la indemnización por ellos pagada.

Exclusiones:

La cobertura presenta exclusiones por huelgas, revueltas, conmociones, rebeliones, guerra y hostilidades, así como por actos terroristas, daños nucleares, contaminación radiactiva, química, bioquímica y otras similares. Todas estas coberturas se obtienen a través de la compra y agregación del respectivo adicional.

Se excluye asimismo el daño causado por el proceso de manufacturación, o errores durante la fabricación, ya que se trata de una cobertura propia de los seguros de responsabilidad, y este es un seguro de cosas corporales. Por ejemplo, en el proceso de confección de prendas de vestir, ocurre un incendio, se cubren las telas y las prendas ya confeccionadas que se hayan quemado, pero si ocurre un error en el corte de la ropa durante su fabricación, esto no se ampara en la póliza.

En fin, no se cubre la desaparición misteriosa, faltante de inventario, pérdida inexplicables, o faltantes descubiertos durante el levantamiento habitual de inventarios.

Cláusula a primera pérdida:

En el caso que el monto en riesgo en alguna de las ubicaciones excede alguno de los límites expuestos en alguna parte de esta póliza, este contrato de seguro se transformará en una póliza a primera pérdida, hasta el monto de dicho límite. No obstante, el asegurado deberá reportar a los aseguradores, tan pronto como lo sepa, de dicho aumento y de los montos expuestos en su totalidad, ello sujeto a las primas adicionales que sean aplicables.

Responsabilidad de los aseguradores, reaseguradores y aseguradores individuales del Lloyd's:

Como es usual en el mercado de los seguros, se establece que la responsabilidad de los aseguradores y reaseguradores es simplemente conjunta o mancomunada, y no solidaria con los demás aseguradores o reaseguradores del respectivo contrato. Por ende, todo asegurador o reasegurador

responde solo de su respectiva cuota o porción del riesgo que ha tomado sobre sí, y no responderá por las cuotas o proporciones de los demás aseguradores o reaseguradores.

Tratándose de los sindicatos de Lloyd's, cada asegurador o reasegurador individual, o cada sindicato, responderá solo de la cuota o proporción que haya asumido, expresada en el mismo contrato, de manera simplemente conjunta y no solidariamente, de manera que ninguno de ellos responderá por las proporciones de los demás miembros o sindicatos.

(ii) Cláusulas accidentales

Otros medios de recupero:

En caso de un reclamo que sea recuperable de acuerdo a esta póliza, el asegurado deberá emplear todos los medios razonables para recuperar el monto completo de dicha pérdida del exportador o importador, de acuerdo con los términos de la compraventa internacional, antes de ser indemnizado de acuerdo a este seguro. En caso de que un reclamo sea indemnizable de acuerdo con esta cláusula, el asegurado deberá subrogar a los aseguradores en todos los derechos de recupero del exportador o importador, o de otra parte responsable.

Sin recupero respecto de los transportadores:

El asegurado garantiza que no renunciará a los recuperos en contra de los transportadores, a menos que exista un consentimiento previo de los aseguradores.

Cobertura en exceso:

La cobertura respecto de ubicaciones innominadas o no especificadas en la póliza, se entiende que es en exceso y con posterioridad a la cobertura de otros seguros involucrados.

Derechos de importación:

Este seguro se utiliza para cubrir también, sujeto a sus términos y condiciones, el riesgo de pérdida parcial, en virtud de los peligros contra los cuales se asegura, en los impuestos, derechos y otros cargos similares que se impongan en los bienes importados y asegurados en la póliza, entendiéndose y conviniéndose, sin embargo, que cuando el riesgo sobre tales bienes continúa más allá del desembarco desde la nave transoceánica, el valor incrementado que sea consecuencial al pago de dichos impuestos, derechos y cargos regirá como un seguro adicional sobre los bienes desde el momento que dicho derecho, impuesto y cargo se paga, o se hace exigible, en la medida que se haya pagado o sea exigible.

Cualquier límite de responsabilidad que se exprese en este contrato de seguro será aplicado por separado a dicho valor así incrementado.

El asegurado empleará, en todos los casos, los esfuerzos que sean razonables para obtener la condonación o reembolso de los derechos, impuestos o cargos reclamados respecto de los bienes perdidos, dañados, o destruidos. Se acuerda asimismo que el asegurado deberá, cuando así lo elija, renunciar a la mercancía a las autoridades aduaneras y recuperar los derechos que las graven, de acuerdo a la ley, en cuyo caso el reclamo de acuerdo con este contrato de seguro solo será por la pérdida total de la mercancía así renunciada y los gastos.

Este seguro sobre los derechos, impuestos y/o en el valor incrementado terminará al finalizar la operación de importación amparada por este seguro¹¹, pero nada de lo contenido en dichas cláusulas alterará o afectará la cobertura que se provea en alguna otra parte del mismo contrato de seguro, durante el almacenaje o tránsito subsiguiente.

Gastos por demora:

Si el asegurado es instruido por los aseguradores para retener un contenedor intermodal, y si al asegurado se le impone una multa por restitución tardía o demora, los aseguradores pagarán tales multas o demoras. El monto que los aseguradores hayan de pagar será el que corresponda al lapso durante el cual los aseguradores instruyeron al asegurado retener el contenedor, hasta que ellos dispongan su devolución.

Gastos de expedición:

En el caso de pérdida o de daño, este contrato de seguro se extiende a cubrir no solo los gastos de reemplazar o duplicar las partes perdidas o dañadas, y/o de reparar la maquinaria o producto, sino que también a todos los gastos de expedición que permitan un pronto reemplazo del material perdido o dañado, incluyendo, pero no limitado a, los gastos de despacho aéreo, fletes, recargos, costos por el tiempo extra de reparaciones, y otros gastos adicionales, incluyendo impuestos, derechos y cargos en destino.

Gastos extras:

En caso de frustración, interrupción y/o terminación del viaje asegurado por causas que estén más allá del control del asegurado, este contrato de seguro pagará todos los gastos extraordinarios incurridos por el asegurado en despachar las mercancías al destino original o sustituto, con el límite de US\$... para cualquier pérdida o la acumulación anual de pérdidas.

¹¹ Incluyendo la Cláusula de Recinto a Recinto & Extensión Marina

Costo de inventario:

En caso de siniestro de esta póliza, ella cubrirá los gastos en que incurra el asegurado, hasta un monto de US\$..., que sean incurridos en la preparación del inventario o tasación que sea requerida por los aseguradores para cuantificar la extensión de la pérdida.

Orden de autoridad:

Este seguro cubre también el daño o destrucción a la materia asegurada, que provenga de una orden de autoridad durante una conflagración o evento de Guerra.

Daño deliberado causado por las autoridades de Aduana o Inmigración:

Esta póliza cubre también la pérdida o daño que se cause a la materia asegurada, producto de la inspección efectuada por la respectiva autoridad de Aduana o de Inmigración, así como por cualquier otra autoridad gubernamental que efectúe inspecciones.

Daño oculto:

Se acuerda que en caso de pérdida o daño que sea descubierto una vez removiendo el embalaje o protección final de los productos siniestrados, se considerará acaecido durante el trayecto y deberá ser indemnizado de la forma correspondiente, a menos que exista una evidencia concluyente en contrario, caso en el cual se entenderá que los contenedores, envases o paquetes que exhiban signos de daño deberán ser abiertos de inmediato.

Control de los bienes dañados:

No obstante lo señalado en contrario en esta póliza, se entiende y acuerda que en caso de daño a los bienes asegurados, el asegurado mantendrá el control de todos ellos. Sin embargo, el asegurado deberá, en la medida que sea practicable, reacondicionar o vender tales bienes después de su remoción de todas las marcas y etiquetas. En los casos en que la venta o disposición de dichos de tales bienes es, en opinión del asegurado, prejudicial a sus intereses (o que estén imposibilitados de vender o disponer de ellos con su anuencia), dicho daño será considerado y tratado como pérdida total constructiva y el asegurado deberá disponer del daño a los bienes en la mejor medida posible, y los aseguradores estarán habilitados a percibir el producto, o deberán destruirlos con el consentimiento de los aseguradores. Todos los gastos en que se incurra por el asegurado en cumplimiento de la cláusula anterior, deberá ser indemnizado bajo esta cláusula.

Daño deliberado causado por riesgo de contaminación:

El contrato de seguro se extiende a cubrir, solo mientras la materia asegurada se encuentre a bordo de un medio de transporte acuático, la pérdida o daño que se le cause directamente, a consecuencia de los actos

de las autoridades gubernamentales, en actuación en miras al bien público, previniendo o mitigando peligros de contaminación, siempre que el accidente que haya causado dicho peligro, que haya requerido de dicha actuación, constituya un reclamo indemnizable de acuerdo con este contrato (de conformidad con sus términos, condiciones y garantías), si la materia asegurada ha experimentado un daño sustancial, como resultado directo de dicho accidente o evento.

Remoción de escombros:

El seguro cubre, además de los montos que sean indemnizables de acuerdo con la póliza, los gastos extras en que se haya incurrido razonablemente por el asegurado para la remoción y disposición de los escombros de la materia asegurada, o parte de ella, en razón del daño causado a la misma a causa de un riesgo cubierto por la póliza, con las siguientes exclusiones: i) los gastos incurridos para prevenir o mitigar la contaminación, y ii) el costo de remoción de la carga de los buques o vehículos; en ningún caso los aseguradores responderán más allá del 10% del valor proporcional asegurado de acuerdo a esta póliza de la materia asegurada que sea removida.

Errores y omisiones:

Este seguro no será perjudicado por ningún error involuntario, omisión o demora en la remisión de copias del contrato de seguro y/o de certificados y/o de declaraciones, o por un error involuntario en el monto de la descripción del interés, nave o viaje, o si los bienes asegurados han sido embarcados en otra nave o medio de transporte, siempre que se efectúe pronta noticia a los aseguradores, tan pronto como dichos hechos sean conocidos por la Administración del Riesgo del Asegurado.

Garantía de alarma de incendio o robo:

Es condición precedente de cobertura de esta póliza que, todas las ubicaciones que estén controladas y/u operadas por el asegurado, tengan activadas alarmas de incendio, robo y otros artefactos, que incluyan pero no se limiten a sistemas de regadores que se activen, usen y mantengan de acuerdo a las instrucciones de sus fabricantes.

Fumigación:

En caso que el buque y/o los bienes que asegurados sean fumigados por orden de una autoridad competente, y ello cause daño, los aseguradores acuerdan indemnizar dicho daño al asegurado, y el asegurado acuerda subrogar a los aseguradores en cualquier recurso que tenga para el recupero de dicho daño en contra de terceros.

Cláusula de avería gruesa:

Este seguro cubre la avería gruesa¹² y los gastos de salvamento¹³, ajustados o determinados de acuerdo con la ley aplicable al contrato de transporte y/o con la ley y los usos aplicables (o, si no existe contrato de transporte, de acuerdo con las Reglas de York y Amberes) en que se hayan incurrido para evitar o en conexión con el intento de evitar el daño de cualquier especie, salvo aquellos que se excluyen expresamente.

Para el propósito de los reclamos por las contribuciones en avería gruesa y los gastos de salvamento que sean recuperables de acuerdo con esta cláusula, la materia asegurada será considerada asegurada por el total de su valor que contribuya en la avería gruesa¹⁴.

Los depósitos en avería gruesa serán exigibles cuando se produzcan los recibos de depósito en la avería gruesa.

Cláusulas en la compraventa internacional:

Este seguro cubre cualquiera sea la modalidad pactada en la compraventa internacional, en la medida que se disponga que el asegurado deberá contar con seguro, mientras el embarque de la materia asegurada permanece en el agua, cubriendo en el trayecto que va desde depósito a depósito (*warehouse to warehouse*), según las cláusulas de la respectiva póliza.

Bienes comprados por el asegurado en términos F.O.B., C. & F. o similares:

Se entiende y acuerda que los bienes están al riesgo del asegurador y que la responsabilidad hacia el asegurado comienza desde el momento que los bienes dejan las fábricas, depósitos, molinos o almacenes de los proveedores, como si el contrato de venta se aplicara 'fuera de los recintos de los proveedores', no obstante que los bienes y/o el interés sea adquirido en términos F.O.B.¹⁵, C.& F¹⁶. o similares. Los aseguradores se subrogarán en los derechos del asegurado en contra de los proveedores.

¹² El artículo 1095 del Código de Comercio dispone: "Constituyen avería gruesa o común los sacrificios o gastos extraordinarios e imprevistos, efectuados o contraídos intencional y razonablemente, con el objeto de preservar de un peligro común a los intereses comprometidos en la expedición marítima." La cobertura de avería gruesa implica que el asegurador de la Póliza STP pagará, en la proporción que corresponda, el importe con el cual le corresponda contribuir a la carga, en caso de un peligro común que afecte a la aventura marítima, y sea admitido en avería gruesa.

¹³ La cobertura de salvamento significa que el asegurador de la Póliza STP pagará los gastos de salvamento que le corresponda asumir a la carga que constituye su materia asegurada.

¹⁴ Evitando así las distorsiones y complicaciones derivadas de la existencia paralela de un valor de la carga, para efectos de la avería gruesa, y otro valor de la materia asegurada, para el propósito de la cobertura STP, por eso, se unifican los valores de la carga, que constituye la materia asegurada.

¹⁵ F.O.B.: *free on board*, franco o libre a bordo de la nave o medio de transporte.

¹⁶ C.&F.: *cost and freight*, costo y flete.

Bienes comprados por el asegurado en términos C.I.F., Landed Duty Paid y Delivered Duty Paid:

Cuando los bienes sean comprados en términos C.I.F.¹⁷, Landed Duty Paid¹⁸ y Delivered Duty Paid¹⁹, y el seguro de que disponga el proveedor sea más restringido que el contenido en esta póliza, tales bienes deberán estar amparados bajo esta cobertura, en condiciones normales.

En todos aquellos casos, los aseguradores se subrogarán en los derechos y acciones del asegurado que se establezcan en la póliza del proveedor, y en caso alguno esta póliza contribuirá a un doble seguro.

Interés del vendedor respecto de embarques vendidos por el asegurado en términos F.O.B., C.& F. o similares:

Este seguro solo cubre los intereses del vendedor en las ventas F.O.B., C.& F. o similares y cesará cuando el comprador haya pagado por dicho interés.

Los reclamos se limitarán en la medida en que el comprador no pague por los bienes que se han perdido o dañado y los aseguradores se subrogarán en los derechos del asegurado en contra del comprador y de terceras partes.

Cláusula de embarque rechazado o devuelto:

En el caso de rechazo o inhabilidad del asegurado u otro consignatario para aceptar la entrega de la mercancía aquí asegurada, este seguro se extenderá para amparar dicha mercancía durante la demora y/o devolución de ella, hasta la disposición de la misma.

Depósito prolongado de bienes fuera de los edificios:

Cuando los bienes asegurados en esta póliza son depositados en exceso de las 72 horas, fuera de edificios seguros, en condiciones estándares de construcción, entonces al término de las 72 horas, este seguro no cubrirá dichos bienes, a menos que: i) los aseguradores sean notificados de la exposición al exterior y acuerden mantener la cobertura; ii) el contrato de seguro ha sido objeto de un endoso, para mantener la cobertura; iii) el asegurado ha aceptado los términos específicos, cláusulas, incremento de deducibles o primas adicionales, que los aseguradores hayan impuesto para reiniciar o mantener la cobertura.

Si los aseguradores acuerdan mantener la exposición al robo, será una condición precedente a la cobertura que se mantengan las condiciones de seguridad que se hayan señalado.

¹⁷ C.I.F.: *cost, Insurance and freight*, costo, seguro y flete.

¹⁸ Desembarcado o descargado con impuestos y aranceles pagados.

¹⁹ Entregado con los impuestos y aranceles pagados.

Cláusula de sellos intactos:

Se acuerda que respecto de los embarques efectuados en contenedores o remolques que tengan cortinas laterales, como vehículos completamente cargados, los reclamos respecto de robo, faltante y falta de entrega de todo o parte de un paquete no será invalidado por el hecho que los sellos aparezcan intactos y la producción de hojas de tarja de descarga y/o de notas con cláusulas de entrega constituirán evidencia suficiente de dicho robo, faltante o falta de entrega. Lo anterior, queda sujeto a que el asegurado asista a los aseguradores en el ejercicio de los derechos en contra de los proveedores o de terceras partes.

Faltante del contenedor:

Con respecto a los embarques de bienes en contenedores, este contrato de seguro también cubrirá el faltante de los contenidos, entendiendo por tales la diferencia entre i) el número de paquetes o unidades cargadas o que se digan haberse cargado en el contenedor, de acuerdo con la factura del embarcador o del proveedor y/o la lista de empaque y/o el conocimiento de embarque y ii) el número de paquetes o unidades descargadas del contenedor por el asegurado o consignatario o sus agentes, sea que los sellos originales estén intactos a su llegada a destino final.

Cláusula de empaque:

No obstante cualquier cosa que aquí se señale en contrario, se acuerda que cuando el empaque o la preparación se lleva a cabo por el asegurado, sus subcontratistas o proveedores, los aseguradores deberán aceptar tal empaque o preparación como suficiente o adecuada para proteger la materia asegurada contra la pérdida o el daño, y más aún, acuerdan renunciar al derecho a subrogarse en contra del asegurado, sus subcontratistas o proveedores.

Cláusula de pago a cuenta:

Los aseguradores acuerdan que cuando los documentos que dan cuenta del reclamo que les hayan sido presentados demuestren que solo el monto del reclamo está en cuestionamiento, efectuarán un pago a cuenta equivalente al 75% del más bajo de los montos reclamados y aceptado por los aseguradores.

Cláusula de admisión de navegabilidad:

Cuando la carga aquí asegurada se transporta en contenedores, se acuerda entre el asegurador y el asegurado que se admite la navegabilidad o idoneidad del contenedor para transportar la carga.

Cláusula del título:

Este seguro no estará viciado porque los títulos del embarque, de acuerdo a los términos de la compraventa, no radiquen en el asegurado si,

de conformidad con los acuerdos especiales efectuados entre el comprador y el vendedor, o de acuerdo a la costumbre del comercio, la pérdida, de haberla, recaerá en el asegurado.

Control de reclamos:

El asegurado deberá, a requerimiento y financiamiento del asegurador, efectuar, concurrir y permitir que se efectúen, todos aquellos actos y cosas que sean necesarios o razonablemente requeridas por el asegurador para ejercer los derechos y acciones o ser indemnizados o reparados de terceras partes, respecto a los cuales los aseguradores tendrían o tendrán derecho a subrogarse. Los aseguradores repararán o pagarán por reparar cualquier pérdida o daño de acuerdo con este contrato, cuando dichos actos o cosas sean necesarios o requeridos, antes de la indemnización de los aseguradores.

El asegurado no estará habilitado para abandonar la propiedad asegurada a los aseguradores.

Extensión de desviación:

En caso de entrega insuficiente total o parcial por la embarcación, o en caso de transbordo de embarcación o vehículo de transporte, o cambio del punto de destino, cambio, variación o interrupción de viaje, más allá del control de asegurado, el seguro se extiende a cubrir la materia asegurada hasta su llegada a destino final, o salga de la esfera de responsabilidad del asegurado, cualquiera que ocurra primero, siempre que el asegurador sea debidamente informado y se pague el ajuste de prima correspondiente.

Endoso de contingencia de pérdida consecucional:

Este endoso²⁰ ampara los costos o gastos extras que se generen, como resultado de que en uno o más de los lugares asegurados en la póliza, no pueda continuar desempeñándose las operaciones, por efecto de un riesgo que esté cubierto por la póliza (sea que dicho riesgo origine o no reclamos por conceptos de pérdida o daño material), y por ende sea necesario que el asegurado emplee lugares alternativos de manufactura.

El monto indemnizable de conformidad con esta cobertura está restringido a la diferencia entre el costo normal de manufactura para los asegurados, por ítem, y el costo de manufactura, también por ítem, en el lugar sustituto de producción.

Esta extensión abarca también el incremento en el flete y los costos de tránsito interno, que se incurran, por el empleo del método de tránsito usual, para el despacho de los bienes hacia/desde el lugar sustituto de manufactura, en lo que excedan al flete y tránsito interno normal, para el

²⁰ Que se adquiere de manera separada y contra el pago de una prima adicional.

mismo método de transporte. Cualquier ahorro en los cargos habituales de transporte, serán aplicados como un crédito a cualquier pago que efectúen los aseguradores, bajo esta extensión.

Esta extensión se aplicará solo respecto a los procesos de manufactura en curso y no se aplicará al trabajo en progreso (en curso venidero), ni a los productos terminados, a la época del siniestro.

Es una condición de cobertura de este endoso que el asegurado utilice su mejor experticia para minimizar cualquier pago que se efectúe de conformidad con este endoso.

El total pagadero de conformidad con esta extensión, dentro de cualquier período del seguro, no excederá de los US\$...

El período máximo por el cual esta extensión regirá, para cubrir pagos por incremento de gastos, no excederá los seis meses posteriores a un siniestro.

Cualquier reclamo que sea pagadero de conformidad con esta extensión no será perjudicado por el término o cancelación del contrato de seguro.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAEZA PINTO, Sergio (1994) *El Seguro* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición.)

BESSO LIMITED (2017) Lloyd's Insurance Brokers, An introduction to stock throughput, s.l. s.d.

Disponible en <<http://www.besso.co.uk>>

DONATI, Antígono (1960) *Los Seguros Privados, Manual de Derecho* (trad. Arturo Vidal Solá, Barcelona, Librería Bosh).

HALPERIN, Isaac y BARBATO, Nicolás (2003) *Seguros* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición).

MARSH (2012), Spotlight: The Stock Throughput Policy. Disponible en: <<https://www.marsh.com/us/insights/research/stock-throughput-policy.html>.> Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

STIGLITZ, Rubén (2001) *Derecho de Seguros*, Tomo I (Buenos Aires, La Ley, tercera edición).

TEMPLEMAN, Frederick (1986) *Marine Insurance* (London, Financial Times Management, Sixth Edition).

WILLIS (2014), The stock Throughput Solution: transit and stop in a single policy. Disponible en <http://www.willis.com/documents/industries/Marine/13370_BROCHURE_Stockthroughput_2014_email.pdf.> Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

Regulación del seguro por medios electrónicos y telefónico. Contratos de seguro "a distancia" y contrato de "seguro telefónico"

Online and Telephone Insurance; Regulation in Chile

MARCELO NASSER OLEA*

El artículo 513 letra "v" del Código de Comercio define seguro contratado a distancia como: "aquel que se ha convenido entre las partes mediante cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal"¹.

El problema de la contratación a distancia dice relación evidentemente con la formación del consentimiento pues la ley entiende que, para dar por configurado un seguro contratado a distancia, no solo debe existir voluntad de contratante y asegurador de quedar recíprocamente obligados, sino que es preciso que el consentimiento *se forme* mediante un sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal².

Sobre si esta modalidad responde al arquetipo supuestamente consensual del seguro establecido en el artículo 515 del Código de Comercio retornaremos un poco más adelante.

1. SEGUROS POR INTERNET Y SEGUROS TELEFÓNICOS. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y DIFERENCIAS FUNDAMENTALES

La contratación a distancia, que ya recibía una regulación importante en el artículo 12 A de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, bajo el supuesto de que sean "celebrados por medios electrónicos, catálogos, avisos u otra forma de comunicación a distancia"³, está tratada especialmente a propósito de la contratación de seguros en el referido artículo 513 letra "v". El derecho de retractación unilateral, a su turno, está tratado en el artículo 538 del Código de Comercio.

* Abogado, Universidad de los Andes. Doctor, Universidad de los Andes. mnasser@pdhd.cl

¹ La definición no era parte del proyecto de ley contenido en la moción parlamentaria. La *Historia de la Ley* (p. 126) muestra que una entonces nueva letra "w" con la definición fue incorporada por indicación de los diputados señores Arenas, Burgos, Ceroni, Chahín, Marinovic, Sauerbaum, Tuma, Vallespín, Van Rysselberghe y Velásquez.

² Sobre la contratación electrónica de seguros CAMACHO CLAVIJO (2006), pp. 433-474.

³ Véase el comentario de PINOCHET OLAVE (2013), pp. 265-282.

Como veremos a continuación, el tratamiento de esta cuestión es complejo y a veces contradictorio con las reglas generales sobre formación del consentimiento y con los deberes de información previa que pesan sobre el asegurador.

Hoy resulta más o menos claro que la contratación de seguros por Internet arroja menos problemas que la contratación telefónica, pues comprende el intercambio de documentos electrónicos (estandarizados, alojados en un sitio permanente, o simplemente por correo electrónico) de los que normalmente queda un registro. Tratándose de seguros de esta clase, la entonces llamada SVS (hoy CMF) mediante la dictación de la NCG N° 171 de 15 de octubre de 2004, ha ordenado a los aseguradores y corredores a mantener lo que se ha denominado un “registro y soporte duradero” de la documentación electrónica.

En el caso de los seguros pactados por Internet, la información contenida en sitios web, además, puede grabarse, imprimirse e incluso fotografiarse con bastante facilidad. En Chile, los documentos contenidos y transmitidos por medios electrónicos equivalen, con bastante certeza, a los contratos impresos con la entrada en vigencia de Ley de Firma Electrónica N° 19.799, la que determina que la contratación por Internet o por correo electrónico sigue principios de equivalencia funcional con la contratación registrada en soporte físico⁴.

La Ley N° 19.799 califica como documento electrónico a “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”. En ese entendido, no solo son documentos de esta clase los formularios alojados en sitios web, sino que los correos electrónicos, los mensajes SMS, mensajes de chat y otros similares, en la medida que se almacenen “de un modo idóneo para su uso posterior”.

La referida NCG N° 171 dispone, además, de una reglamentación contundente sobre las obligaciones generales y especiales a que deben someterse los aseguradores y corredores de seguros que comercialicen seguros por Internet y que, a grandes rasgos, supone la equivalencia funcional de la documentación física y electrónica, incluida las etapas de formación del consentimiento y la de ejecución de las obligaciones del asegurador o corredor, en orden a enviar una copia del contrato una vez formado el consentimiento.

A nuestro juicio, existe una disociación real (pero no legal) entre comercialización de seguros por medio de sitios web respecto de la venta telefónica de seguros. Sobre esta clase de comercialización telefónica, la SVS (hoy llamada CMF) ha emitido primero la Circular N° 1.587 de 2002,

⁴ Sobre este tema CONTRERAS (2014) p. 163.

la que posteriormente fuera derogada por la hoy vigente Circular N° 2.148 de 8 de abril de 2014. Para los seguros de salud, además, existen algunas disposiciones sobre venta telefónica desde el 5 de agosto de 2009 en la Circular N° 1.935.

A pesar de la disociación, para la ley chilena el seguro contratado por Internet y el seguro telefónico son igualmente “seguros contratados a distancia” a pesar de que en los que se pactan por Internet la escrituración y la posibilidad de imprimir y almacenar documentos viene dada por defecto, mientras que en los seguros telefónicos no ocurre así. En efecto, con la definición del artículo 513 letra “v” introducida por la Ley N° 20.667, también son seguros “contratados a distancia” los pactados por teléfono o mediante otra forma de comunicación de la palabra verbal⁵. Al abordarse al derecho a retracto consagrado hoy en el artículo 538 del Código de Comercio, la *Comisión de Economía* de la Cámara se refirió principalmente a los contratos telefónicos pues son precisamente estos y no los pactados por Internet o correo electrónico los que requieren “Garantía de Consensualidad”, término que alude a la necesidad de conocimiento cabal de la información por parte del contratante⁶.

El teléfono es un medio de comunicación mucho más antiguo que los que transmiten información digital o electrónica, lo que torna la equiparación con un supuesto método de contratación “moderno” en una cuestión confusa. Sin embargo, en esta clase de contratación aparece con mucha más intensidad la exigencia de un registro duradero. Lamentablemente, en el trámite legislativo de la Ley N° 20.667 la diferencia entre el seguro telefónico y el pactado por Internet no fue advertida correctamente ni fue tratada con la debida atención. Incluso el senador Harboe llegó a postular la necesidad de prohibir o regular de mejor manera los seguros a distancia, aunque de su discurso y argumentación se colige que por “seguro a distancia” se refería exclusivamente a los contratados por teléfono⁷.

⁵ El muy interesante *Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico* de la Cámara de Comercio de Santiago es, en esta cuestión, bastante más claro y separa los contratos electrónicos pactados por Internet y el resto de los medios “a distancia” (artículos 29 ss.).

⁶ La consecuencia lógica de la incorporación de la contratación “a distancia” fue la llamada “Garantía de Consensualidad” del seguro, que se incorporó al artículo 538 del Código de Comercio: Según se lee del *Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara (Historia de la ley, p. 74)*, “el empleo de técnicas de venta a distancia (telemarketing, teléfono) requiere de mecanismos que se orienten a garantizar la información y el conocimiento del contrato de seguro. Por ello, se propone incorporar a la legislación, la facultad del contratante de solicitar la terminación unilateral de la póliza, dentro de un plazo acotado, cuando esta ha sido contratada por sistemas o medios de contratación a distancia”.

⁷ La opción por prohibirlos se lee de la Historia de la Ley, p. 262 (Discusión Sala) y la “necesidad de establecer una regulación más específica” argumentando que “es una práctica habitual el abuso en el contrato de seguros sin ningún medio de prueba para el asegurado,

Dada la equiparación (legal) de los seguros por internet con los telefónicos para efectos de su tratamiento como “seguros a distancia”, se debe inferir que no es la escrituración, sino que la existencia del registro de la trasmisión lo que deviene en un requisito de existencia del seguro de esta clase.

Para los seguros pactados por internet, la NCG N° 171 exige desplegar en pantalla las condiciones particulares y generales de la póliza, con las cláusulas adicionales y de uso general que se contraten, indicándose los respectivos códigos de depósito de forma que se permita su impresión⁸. Para los telefónicos, la Circular N° 2.148 (N° II), exige proporcionar oralmente (y además registrar) una cantidad de información bastante completa y determina, a su vez, la obligación de envío de la póliza necesariamente por escrito (N° IV). Solo desde la recepción de esta información, señala la norma, se debe contar el plazo de 10 días para que el contratante ejerza el derecho de retracto, sin expresión de causa.

Se postula, con razón, que la escrituración es una “garantía para el consumidor, ya sea para comprobar la celebración de un contrato y sus condiciones ya sea para constancia y posibilidad de revisión futura de las condiciones de contratación incorporadas a él”⁹. Resta ver si que este requisito se determina legalmente como condición de validez de contrato celebrado a distancia.

2. CONTRATACIÓN POR INTERNET, CONTRATACIÓN TELEFÓNICA Y LA CONSENSUALIDAD DEL SEGURO

Como se ha revisado más arriba, y a diferencia de lo que ocurría antes de la Ley N° 20.667, el actual artículo 515 CCOM dispone que el contrato de seguro es consensual. Más allá de las dificultades probatorias del artículo 515 inciso 2° CCOM, el régimen actual considera que el seguro se perfecciona por el mero consentimiento de asegurador y contratante.

Evidentemente que el consentimiento de las partes que pactan el seguro debe abarcar los requisitos esenciales del contrato que son riesgo, estipulación de una prima y obligación condicional de indemnizar, a los cuales, en ciertos seguros de personas, debe sumarse el interés asegurable por disposición del artículo 589 CCOM, sin los cuales el contrato deviene en absolutamente nulo (artículo 521 CCOM).

La consensualidad, como se colige del artículo 1443 del Código Civil, se refiere a que no es necesario que se emita ni firme una póliza o se

que se hacen a través de medios telefónicos que finalmente significan un perjuicio al patrimonio de los consumidores”. Sobre esto véase *Historia de la Ley*, p. 264,

⁸ NCG N° 171, N° 4, Párr. 2°.

⁹ PINOCHET OLAVE (2013), p. 271.

extienda un certificado de cobertura, ni menos que se pague previamente una cantidad de dinero para que haya contrato de seguro y surjan con él las obligaciones básicas de indemnizar en caso de siniestro, y la del asegurado de pagar las correspondientes primas.

A pesar de la consensualidad, la práctica nos indica que el proceso de formación del consentimiento en el seguro es por escrito, corrientemente por medio de documentación escrita físicamente suministrada por el asegurador en atención a lo prescrito en el artículo 514 CCOM, y por respuestas también escritas que da el contratante o el asegurable conforme lo disponen los artículos 524 N° 1 y 525 CCOM. En la mayoría de las ocasiones, toda esta información se intercambia por medio de correos electrónicos.

Como se aprecia, en los seguros de personas la cuestión precontractual es compleja pues, además de la obligación de enviar la información escrita del artículo 514 inciso 2° CCOM propia de todos los seguros, involucra la escrituración de declaraciones sobre el estado de salud y la entrega o envío de resultados de los respectivos exámenes médicos (artículos 590 y 591 CCOM). Vale decir, en esta clase de seguros se suele producir un intercambio de documentación que difícilmente podría verificarse de manera oral o telefónica.

3. ANÁLISIS ESPECIAL RELATIVO A LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA

La Circular N° 2.148 de 8 de abril de 2014 circunscribe el problema de la contratación a distancia a la contratación telefónica. Esta modalidad de contratación de seguro ha suscitado un interés especial no solo por los requisitos de información previa al contrato que debe cumplir el oferente, sino que por la necesidad de lo que se ha denominado un “registro y soporte duradero”. Desde 2002 con la dictación de la Circular N° 1587 de 30 de enero de ese mismo año sobre oferta y promoción de seguros a distancia, el regulador abordó la necesidad de un “registro y soporte duradero” en las promociones y ofertas telefónicas, entendido aquello como un sistema que permitiera: 1) La grabación de la información y; 2) Que esta quede a disposición del cliente o de la SVS a requerimiento inmediato. Los principios de este registro y soporte duradero eran la “confidencialidad”, “integridad”, “no repudio” y, finalmente, “autenticación”.

En la regulación actual, establecida en la Circular N° 2.148 de 8 de abril de 2014, este “registro y soporte duradero” y sus principios siguen siendo un pilar de una contratación telefónica válida en los mismos términos que para 2002 lo era para la oferta y promoción de un seguro.

Como es evidente, la contratación no presencial vía telefónica difiere de la mecánica más tradicional de formación del consentimiento que comienza con una propuesta que hace el contratante al asegurador en un

documento escrito, llenado y firmado por el primero (artículos 513 letra “q” y 514 CCOM).

En los seguros de personas, además, lo corriente es la exigencia de una declaración de salud que se exige al asegurado, e incluso la práctica de exámenes médicos, de manera que la compañía pueda aceptar, rechazar o limitar el riesgo que va a asumir (artículo 590 CCOM) cuestión compleja de cumplir en un seguro telefónico en que se propende a la contratación inmediata mediante técnicas de marketing más agresivas o que buscan la inmediatez. Al mismo tiempo, la contratación telefónica difiere del resto de las contrataciones a distancia pues la comunicación verbal podría, eventualmente, no quedar registrada sin que el contratante pueda proveerse sin dificultad de una copia de la conversación.

4. ¿SON CONSENSUALES O SOLEMNES LOS SEGUROS CONTRATADOS A DISTANCIA?

Pese a la tajante declaración del legislador a propósito de la naturaleza consensual del contrato de seguro, resulta lícito preguntarse si el requerimiento de un registro de la palabra oral o escrita que exige el artículo 513 letra “v” del CCOM califica como una solemnidad y si su ausencia determina la inexistencia o nulidad del contrato telefónico o por internet.

En el seguro telefónico, el asegurador o corredor formulan la oferta de contratar un seguro para que el contratante la acepte en esa misma llamada, usualmente sorpresiva, y en el marco de esa precisa conversación telefónica. Si nos atenemos al texto legal, pareciera que para que haya seguro es necesario que esa conversación no solo sea grabada, sino que quede registro en soporte duradero de la transmisión, lo que supone una especie de formalidad legal sin la cual el consentimiento no puede llegar a formarse¹⁰. El problema es que ordinariamente el registro solo puede ser provisto por el asegurador o corredor y no parece posible cargar con la negligencia del proveedor a un asegurado que busca satisfacer su necesidad de obtener una cobertura.

En el caso del seguro por Internet, la posibilidad de imprimir, grabar o fotografiar y las exigencias de la NCG N° 171 no evitan, pero sí disminuyen, la posibilidad y efectos de una falta o falla del registro, por lo que el problema se presentará con mucho mayor incidencia en el caso del seguro telefónico que no supone *per se* un registro o soporte.

Nos parece que es perfectamente posible plantear que el seguro telefónico escapa de la consensualidad corriente, pues el legislador no solo manda celebrarlos por una determinada vía, sino que es totalmente im-

¹⁰ A su turno, el artículo 12 A señala que el consentimiento “no se entenderá formado”.

posible que, a falta de registro, el consumidor pueda recuperar la información. Lo anterior puede devenir en abusivo para un consumidor que busca el pago de una indemnización en circunstancias que un asegurador se escuda en la ausencia de un registro de la llamada, más si la propia ley impide probar el seguro por un medio que no sea el “principio de prueba por escrito” del artículo 515 CCOM.

5. FORMA DE ENTREGARSE LA “INFORMACIÓN PREVIA” EN LOS SEGUROS POR INTERNET. NCG N° 171

El artículo 514 obliga al asegurador “a entregar al tomador, por escrito, toda la información relativa al contenido del contrato que se celebrará. Esta deberá contener, al menos, el tipo de seguro de que se trata, los riesgos cubiertos y las exclusiones; la cantidad asegurada, forma de determinarla y los deducibles; la prima o método para su cálculo; el período de duración del contrato, así como la explicitación de la fecha de inicio y término de la cobertura”.

Como resulta evidente, se trata de un mandato legal que busca la protección del contratante que se encuentra en una posición de asimetría de información, y que supone la entrega escrita de información previa a la celebración del contrato. Esta información deber ser completa, veraz de las condiciones de la contratación¹¹.

La naturaleza de la contratación por medio de una página web admite naturalmente el cumplimiento de las disposiciones del artículo 514 CCOM, pues permite desplegar en la pantalla (y grabar, imprimir, fotografiar, etc.) una serie de documentos electrónicos que contienen la información del contrato. La equivalencia funcional del documento electrónico respecto del documento físico aparece, en esta clase de contratación, con mucha notoriedad. En el ámbito normativo sectorial, la antes llamada SVS (hoy CMF) ha regulado esta cuestión a través de la NCG N° 171 que ha explicitado esta obligación para el caso de los seguros tomados por Internet señalando que la aseguradora o el corredor deberán suministrar al destinatario de la oferta toda la información relevante y facilitarle los medios para efectuar consultas o decidir sobre la oferta del seguro, debiendo informar y registrar la fecha de la oferta, su período de validez, la identificación de la aseguradora, la naturaleza de la materia asegurada, las características del seguro, las coberturas ofrecidas o solicitadas, requisitos de asegurabilidad, carencias deducibles, vigencia y suma asegurada. Igualmente deberá informar si el contrato está sujeto a condiciones de asegurabilidad que será necesario verificar, la forma y plazo para aquello, señalándose que la vigencia del contrato quedará sujeta al cumplimiento de dicha diligencia.

¹¹ CONTRERAS (2014), p. 152.

Asimismo, debe informarse al destinatario de la oferta el costo total del seguro, incluyendo la prima, los impuestos y cualquier otro cargo, así como la modalidad de pago de la prima fijada¹². La NCG N° 171 repite algunos conceptos del artículo 514 CCOM y adiciona varios contenidos de la Circular N° 2.123, particularmente sobre publicidad y promociones.

La misma NCG N° 171 ordena que, antes de la celebración del contrato, sean “desplegadas en pantalla” las condiciones generales y particulares de la póliza, con sus respectivos códigos y permitiéndose su impresión¹³. Una vez acordado el contrato, lo que deberá hacerse en el mismo sitio web y conforme los mecanismos que este provea, la normativa manda a la compañía o al corredor enviar al contratante la póliza suscrita mediante firma electrónica avanzada¹⁴.

6. LIBERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL ARTÍCULO 514 CCOM EN LOS SEGUROS TELEFÓNICOS. VERBALIZACIÓN PREVIA DE LOS “REQUISITOS DE INFORMACIÓN PREVIA AL CONTRATO” (CIRCULAR N° 2.148, PÁRRAFO III)

Como se ha revisado más arriba, el artículo 514 CCOM pone sobre los hombros del asegurador cumplir con la remisión previa y escrita de una gran cantidad de información. El legislador supone, pues lo trata en lo relativo a la proposición de celebrar el contrato, que el envío de esta documentación escrita debe siempre anteceder a la formación del consentimiento.

El problema que se divisa, es que esta exigencia legal pugna con la naturaleza misma del seguro telefónico, el que resulta de una conversación reglamentada, normalmente sorpresiva, y con un lapso de deliberación bastante más limitado para el contratante¹⁵. En este caso, la entonces denominada SVS, pasando por sobre el texto legal, ha entendido que la verbalización completa y veraz de la información precontractual debe entenderse funcionalmente equivalente a la escrituración.

Aunque el legislador no lo ha determinado así, lo que parece una omisión importante, resulta evidente que una exigencia como la del artículo 514 CCOM haría inaplicable la existencia siquiera de la contratación te-

¹² NCG N° 171, N° 4 letras a -h.

¹³ NCG N° 171, N° 4, Párr. 2°.

¹⁴ NCG N° 171 N° 4, Párr. 5.

¹⁵ Se ha fallado (con base en el mensaje de la ley N° 19.555) que este es uno de los fundamentos del retracto. Así CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 6 de marzo de 2013, Rol N° 136-2013: “La facultad de dejar sin efecto unilateralmente un contrato bilateral, por cierto, en nuestro ordenamiento jurídico es excepcionalísima, pero fue incorporada a nuestra normativa precisamente para proteger a esos usuarios que son ‘encantados’ en situaciones en que los espacios de formación del consentimiento aparecen debilitados frente a las técnicas de comercialización agresivas...”

lefónica de seguros. La ausencia de la totalidad de la información escrita en la contratación de esta clase es la que, en parte, explica la existencia de un derecho de retractación unilateral en la misma ley y la presentación de un Proyecto de Ley actualmente en tramitación parlamentaria, que regula precisamente la contratación telefónica como una modalidad especial¹⁶.

La ausencia de la documentación escrita no impide de que a todo asegurador, o a quien intermedie a su nombre, le sea obligatorio proveer información completa y veraz, clara, comprensible e inequívoca respecto de las condiciones del contrato, ya no por disposición de la legislación de seguros, sino que por mandato del artículo 12 A de la Ley N° 19.496. Lo anterior, además, debe entenderse en perfecta correlación a lo dispuesto en la Circular N° 2.148, que establece en su Párrafo III requisitos bastante detallados de información previa al contrato que deben entregarse al destinatario de la oferta, entre las cuales sobresalen, el deber de explicitación de las características del seguro, de las coberturas, plazos, carencias, deducibles y de la suma asegurada.

Finalmente, y siempre que no se trate de la omisión de un requisito de validez del contrato de seguro de aquellos contemplados en el artículo 521 CCOM, la omisión del deber de información no conduce a la nulidad del contrato pues la ley no ha determinado esa sanción. Sin embargo, una omisión de este tipo abre la vía sancionatoria por parte de la autoridad fiscalizadora.

7. REQUISITOS DE INFORMACIÓN PREVIA ESTABLECIDOS POR LA SVS (HOY CMF) EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y SU LEGALIDAD. RELACIÓN CON LA NORMATIVA DE CONSUMO

Para cumplir con los requisitos legales de formación del consentimiento sobre la base de los principios de información clara, inequívoca, comprensible y completa, la SVS (hoy subrogada por la CMF en virtud del artículo 67 de la Ley N° 21.000) ha establecido una lista de requisitos que las compañías deben cumplir, de manera de garantizar lo que se ha denominado “seguridad, integridad y confidencialidad de la comunicación y del registro de datos”.

Sin entrar en que las reglas de formación del consentimiento son materia del dominio legal, lo que ha quedado lamentablemente invadido por la Circular N° 2.148 a falta de una regulación competente en la ley, debemos analizar sus prescripciones y relacionarlas con la legislación aplicable de consumidores.

¹⁶ Proyecto ingresado el 4 de noviembre de 2015, aprobado en el Senado en 8 de noviembre de 2016, actualmente en la Cámara de Diputados.

La autoridad requiere, cada vez que se pacte un seguro a distancia, que se entregue la siguiente información previa al contratante o al asegurable.

1. Fecha en que se efectúa la oferta: Se trata nada menos que del deber de información veraz y completa que exige toda contratación a distancia dirigida a consumidores (artículo 12 A LPDC y las normas generales de la oferta contenidas en el artículo 12 de la misma ley). La fecha de la oferta no figura como uno de los elementos requeridos en el artículo 514 CCOM pero la escrituración requerida por esa misma norma permite, sin decirlo, acreditar con algún grado de certeza el momento en dicha oferta es lanzada.
2. Identificación del oferente, compañía de seguros y demás copartícipes en la promoción u oferta de seguro. Tratándose de seguros colectivos, deberá indicarse que se está ofreciendo la incorporación como asegurado a una póliza o contrato de seguro colectivo cuyas condiciones han sido convenidas por [el contratante] directamente con la compañía de seguros (sin que lo anterior obste al cumplimiento íntegro de la Circular N° 2.123). Evidentemente que en toda promoción se deberá tener en consideración lo dispuesto en el artículo 35 LPDC.
3. Características del seguro, indicando las coberturas ofrecidas, condiciones especiales de aseguralidad, exclusiones, carencias, deducibles, franquicias, duración del contrato, causales de terminación anticipada, vigencia y suma asegurada. Salvo las franquicias, carencias, causas de terminación anticipada, que son un requisito adicional, se trata de una repetición de las exigencias precontractuales a todo asegurador del artículo 514 inciso 2° CCOM
4. Costo total para el asegurado, incluyendo primas, impuestos y cualquier otro recargo. Esta exigencia se aviene a las disposiciones sobre claridad y publicación del precio contenidas en la LPDC, así como a las reglas establecidas por el fiscalizador sectorial en la Circular N° 2.123.
5. Modalidades de pago de la prima. No solo el precio total sino la forma de pago de la prima debe ser explicitado al contratante o asegurable, de manera que pueda tomar una decisión informada, sin que se presuma su consentimiento de aceptar, por ejemplo, el pago de una prima única en circunstancias que cree pagar por mensualidades u otro ejemplo semejante.
6. Existencia, duración y forma de ejercicio del derecho a retrato del contratante o asegurado. El operador telefónico deberá informar al contratante o al asegurable de su derecho a retractarse sin expresión de causa en el plazo de 10 días, salvo las excepciones legales que veremos un poco más adelante, al tratar de esta cuestión en particular.

7. Derecho del asegurado a poner fin anticipado al contrato, en cualquier momento, comunicándolo al asegurador, salvo las excepciones legales.
8. Plazo máximo y forma de entrega de la póliza. La Circular insiste en que es la póliza y no el certificado de cobertura o de incorporación lo que debe entregarse, lo que para el caso de los contratos colectivos parece ser una regla superior a la establecida por el legislador en el artículo 519 CCOM.

Los requisitos antedichos corresponden a un refundido de exigencias legales de información, de manera de que no quepa duda de que al aceptarse la contratación, el destinatario presta su consentimiento en términos inequívocamente obligatorios, similares a los planteados por el artículo 12 A de la LPDC. Recordemos que esta norma exige acceso “claro, comprensible e inequívoco” a las condiciones de contratación¹⁷, so pena de entenderse que el consentimiento no se llegó a formar¹⁸. La Circular N° 2.148 (Título IV) señala, en consonancia con la legislación de consumidores y las múltiples normas sobre esta materia, que únicamente podrá considerarse como aceptación la expresión de voluntad manifestada inequívocamente con la intención de celebrar el contrato propuesto, no pudiéndose interpretar o presumir el silencio en este sentido¹⁹.

Finalmente, la Circular N° 1.935 de 2009 (IV) señala que en los seguros de salud que se ofrezcan por teléfono, el asegurador (o el corredor en su caso) deben leer al cliente una “leyenda obligatoria” en forma previa a su manifestación de voluntad, debiendo quedar constancia en el registro respectivo²⁰.

¹⁷ Sobre este acceso claro, comprensible e inequívoco véase PINOCHET OLAVE, RUPERTO, (2013) pp. 270 ss.

¹⁸ Sobre la aplicación preferente de la normativa de consumidores fundada en el orden público, véase BARRIENTOS, Marcelo p. 126. En general no estamos de acuerdo con el argumento que hace descansar la prioridad en el orden público. Pensamos que en este caso en particular (y a falta de una disposición expresa) cabe aplicar supletoriamente la LPDC conforme lo dispone su artículo 2.

¹⁹ Lo mismo en el N° 4 de la NCG N° 171 y en el Oficio Circular N° 7.981 del año 2000, que no son más que la ratificación de la normativa de consumidores establecida en el artículo 3 letra “a” LPDC.

²⁰ La leyenda obligatoria es la siguiente: “Al contratar o incorporarse a este seguro de salud, usted debe tener presente lo siguiente: 1.- Este es un seguro voluntario, que reembolsa solo los gastos médicos cubiertos por esta póliza y de cargo del asegurado. 2.- Este seguro, no sustituye la cobertura que otorga la ISAPRE o FONASA y no necesariamente cubre las mismas prestaciones. 3.- Antes de contratar este seguro es importante que usted se informe y tenga claridad sobre los siguientes aspectos: a) Duración de este seguro; b) Cómo y bajo qué condiciones se renueva este seguro; c) De qué manera se va a reajustar el costo de este seguro, en caso de renovación; c) En qué casos NO SE PAGARA ESTE SEGURO (las mayúsculas son de la SVS) y ; d) Los requisitos para cobrar el seguro”.

8. FACULTAD DEL CONTRATANTE O DEL ASEGURADO PARA RETRACTARSE: APLICACIÓN AL SEGURO POR INTERNET Y AL SEGURO TELEFÓNICO

El derecho de retractación unilateral del consumidor tiene una variante o tratamiento especial dentro del seguro contratado a distancia en cualquiera de sus modalidades. A continuación, analizaremos cada uno de los elementos que conforman el ejercicio de este derecho²¹.

9. ¿QUIÉN PUEDE RETRACTARSE?

La derogada Circular N° 1587 de 30 de agosto de 2002 disponía que el seguro contratado a distancia permitía *al asegurado* el derecho de retractación unilateral, facultad que llamaba “derecho de retractación”. Hoy, el artículo 538 CCOM ha corregido este evidente defecto pues permite el retracto al contratante, que es quien asume las obligaciones. De hecho, resulta complejo imaginar que en el caso en que la persona del asegurado sea distinta a la del contratante, pueda el asegurado ejercer este derecho pues se trata de una facultad propia de quien prestó el consentimiento y no de los terceros.

El artículo 538 CCOM señala: “Retracto de un contrato de seguro celebrado a distancia. En los contratos de seguro celebrados a distancia, *el contratante o asegurado* tendrá la facultad de retractarse dentro del plazo de diez días, contado desde que reciba la póliza, sin expresión de causa ni cargo alguno, teniendo el derecho a la devolución de la prima que hubiere pagado. Este derecho no podrá ser ejercido si se hubiere verificado un siniestro, ni en el caso de los contratos de seguro cuyos efectos terminen antes del plazo señalado en el inciso precedente”. La misma terminología correcta es la que ha seguido la Circular N° 2.148.

10. PLAZO PARA EL RETRACTO

La facultad que se otorga al asegurado o contratante para retractarse debe ser ejercida dentro del plazo de 10 días contados desde que se reciba la póliza. Como se aprecia, se trata de un plazo fatal con efecto de caducidad, que debe contarse desde el día que el contratante o el asegurado, en su caso, reciben la póliza. De tal manera, el momento en que comienza a contarse el plazo es el día en que la documentación es recibida por el interesado y no por el corredor en caso de seguros intermediados. Asimismo, la fecha de emisión es irrelevante para estos efectos.

²¹ Para la naturaleza del derecho de retracto, PINOCHET OLAVE (2013) pp. 172-174.

El artículo 12 A de la LPDC obliga a enviar una copia escrita y legible del contrato al consumidor, lo que permitiría tener bastante certeza del momento en que el plazo del retracto puede comenzar a computarse.

El problema aparece por la omisión que hace el legislador (y la SVS) de la situación que surge a propósito del contrato colectivo de seguros. La Circular N° 2.148 ha dispuesto, en contravención a lo establecido en el artículo 517 CCOM, que la compañía o el corredor deberán entregar “la póliza *al asegurado*” sin hacer referencia al certificado de cobertura o de incorporación, en circunstancias de que se sabe que en esta clase de contratos el tomador cumple el deber legal al entregar simplemente “un certificado que acredite la cobertura”, debiendo mantener a disposición de los interesados una copia de la póliza. Según dispone el Número IV párrafo final de la Circular N° 2.148, es responsabilidad de la compañía de seguros o del corredor, en su caso, acreditar la entrega de la póliza al asegurado.

Surge, entonces, y a falta de mención especial del artículo 538 CCOM, la duda de si el plazo de retractación en el caso del seguro colectivo debe contarse desde la entrega del certificado de cobertura a quien ingresó al contrato, o si solo puede entenderse computado el plazo de 10 días desde que se entregue efectivamente la póliza, si esto alguna vez llega a ocurrir.

Parece razonable la interpretación que más cuadra con el contexto de la ley (artículo 22 CC), de manera de que haya entre todas sus partes la debida correspondencia y armonía. Una interpretación literal que excluya del plazo a quienes solo reciban un certificado conduciría a un resultado absurdo y violentaría la igualdad ante la ley. En términos simples, en materia de seguros colectivos, el certificado equivale a la póliza para todos los efectos.

Finalmente, a falta de disposición especial, los 10 días deben entenderse corridos (artículo 50 CC) y completos. Además, se cuentan desde la medianoche del día que principia el plazo (vale decir desde las 00:00 horas del día siguiente) hasta la medianoche del día en que se cumple (artículos 48 y 49 CC)²².

²² El artículo 50 B que se propone como modificación a la LPDC hace referencia expresa a la Ley N° 19.880, pero solo para el procedimiento. En dicha ley los días hábiles no se contemplan los sábados.

11. EL DERECHO DE RETRACTO DEL SEGURO NO PUEDE LIMITARSE COMO SÍ SE PERMITE EN EL ARTÍCULO 3 BIS LETRA "B" DE LA LEY N° 19.496

Una novedad respecto de la legislación general de consumidores es que la Ley N° 20.667 contempla un derecho de retracto más amplio. En efecto, el artículo 538 CCOM dispone que este derecho puede ejercerse "sin expresión de causa ni cargo alguno", y que la persona que lo ejerce tiene el derecho a la devolución de la prima que hubiere pagado. En el caso del seguro a distancia no está permitido al proveedor la limitación del retracto, como curiosamente lo permite la LPDC para el resto de los contratos celebrados a distancia.

Con todo, el legislador ha limitado el ejercicio de este derecho en el caso que ya se hubiere verificado un siniestro, así como en los contratos de seguro cuyos efectos cesen antes de los mismos 10 días señalados como límite.

12. EN EL RETRACTO DEL SEGURO A DISTANCIA RIGE LA OBLIGACIÓN DE REMITIR LA CONFIRMACIÓN ESCRITA DEL ARTÍCULO 12 A DE LA LPDC

Pensamos que cada vez que se pacte un seguro a distancia debe atenderse el mandato del artículo 12 A de la Ley N° 19.496 que obliga al proveedor a que, una vez que el contrato se encuentre perfeccionado, envíe una confirmación escrita por vía electrónica o bien por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará a este previamente.

Esta confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato, lo que permite, entre otras cosas, computar el plazo del retracto con bastante certeza y que se satisface, a nuestro juicio con la entrega del certificado que acredita la incorporación.

13. FORMA Y REQUISITOS DEL RETRACTO

La ley no ha dispuesto la forma en que ha de procederse al retracto. La Circular N° 2.148 ha completado la voluntad del legislador y ha ordenado que el retracto debe comunicarse al asegurador o corredor que intermedie el seguro "por cualquier medio que permita la expresión fehaciente de voluntad", para lo que el asegurador o el corredor deberán conservar la comunicación correspondiente en forma íntegra en un soporte duradero.

Lo anterior debe concordarse con la obligación del oferente de informar previamente, y de manera clara y comprensible, la "existencia, duración y forma de ejercicio del derecho a retracto del contratante o asegu-

rado. (Circular N° 2.148, III N° 6) de manera de facilitar, o al menos no entorpecer, el ejercicio de este derecho.

En principio, los únicos requisitos para ejercer el derecho de retracto son: 1) Que se trate de un contrato de seguros celebrado a distancia; 2) Que se haga dentro de plazo; 3) Que el que opte por retractarse revista la calidad de asegurado o de contratante; y 4) Que no haya ocurrido el siniestro o que los efectos del contrato cesen antes de los 10 días del plazo de retractación.

Fuera de tales requerimientos sencillos, el derecho de retracto concedido legalmente al asegurado o contratante no les impone la carga de expresar la causa ni de soportar cargo alguno. En ese sentido, el artículo 538 CCOM contiene una norma semejante a la del artículo 3 *bis* de la ley N° 19.496. Sin embargo, el artículo 538 CCOM contiene una ventaja para el consumidor pues no contempla la excepción o limitación unilateral al retracto reflejada en la frase “a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario”. En relación con aquella limitación no contemplada en el artículo 538 CCOM, es menester destacar el artículo 542 CCOM que consagra el carácter imperativo de las normas que rigen el contrato de seguros, es decir, las disposiciones que rigen el contrato de seguros son irrenunciables, salvo que en ellas se disponga otra cosa por lo que una cláusula limitativa del retracto no podría tener valor.

14. DEVOLUCIÓN DE LA PARTE O DE TODA LA PRIMA PAGADA. PLAZO

Junto al derecho de retractación unilateral, quien lo ejerce (contratante o asegurado) tiene el derecho a la devolución de la totalidad de la prima que hubiere pagado en virtud del contrato. Obviamente que este derecho cede solo en beneficio de quien pagó la prima, mientras revista la calidad de contratante o del asegurado, pero no en favor de quien no ha debido sufragar los costos del seguro. Para mayor claridad, así está dispuesto en la Circular N° 1763 sobre reembolso y devolución de primas, que establece que cualquier devolución o reembolso deberá hacerse a quien soportó el pago y no a otra persona, pues de lo contrario se deberá considerar como una comisión.

Asimismo, la ley no permite al asegurador retener cantidad alguna de la prima como cargo por administración o retención de gastos, como sí acontece en la regla general consagrada en el artículo 3 *bis* de la Ley N° 19.496²³.

Si el seguro termina habiéndose pagado prima “no ganada” se deberá aplicar el criterio dispuesto en la Circular N° 2.114 de la SVS (hoy CMF) de

²³ El artículo 3 bis, sin embargo, obliga a la devolución de las sumas abonadas pero que no correspondan a servicios prestados a la fecha del retracto.

26 de julio de 2013 sobre “devolución de prima pagada y no ganada”, esto es, se debe informar al contratante dentro del plazo de 10 días de terminado el seguro, poniendo a su disposición la suma no ganada.

El artículo 538 CCOM no establece un plazo para restituir la prima pagada. El artículo 3 *bis* de la Ley N° 19.496, a su turno, establece que las restituciones de sumas pagadas deben hacerse “a la mayor brevedad posible” y en cualquier caso antes de 45 días subsiguientes a la comunicación del retracto.

Con todo, el inciso 1° de la ya referida Circular N° 2.114 señala que el plazo para devolver primas pagadas y no ganadas es de 10 días, lo que no parece aplicable para los seguros retractados pues esta clase de devolución está regulada por una norma legal especial y de mayor rango, y que debe prevalecer.

15. LA INFORMACIÓN PROMOCIONAL FORMA PARTE DE LA DOCUMENTACIÓN QUE DEBE ENVIARSE, PUES FORMA PARTE DEL CONTRATO

En la contratación a distancia no se altera la regla general de protección al contratante, asegurado o beneficiario que incorpora al contrato la documentación precontractual del artículo 514, aunque, como se ve, la autoridad ha alterado en parte la forma en que esta obligación se cumple.

De esta forma, pesan sobre el asegurador y/o el corredor además de la carga de mantener un registro y soporte duradero, además la de enviar la documentación y de información para la debida formación del consentimiento. La llamada “obligación de claridad” pesa, asimismo sobre toda esa documentación y deberá concurrir en los registros audiovisuales y en la publicidad, lo que se incorpora al contrato por disposición del artículo 1 número 4° de la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, de la Circular N° 2.123 (V.4), y de las disposiciones sobre Conducta de Mercado de la NCG N° 420.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS, Marcelo (2016): *Normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile* (Madrid, Fundación Mapfre).
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra (2006): “Tráfico jurídico y contrato de seguro”, en *Revista Española de Seguros*. pp. 433-474
- CAMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO (2000): *Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico* (Santiago).
- CONTRERAS, Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros* (Santiago, Thomson Reuters).
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013) “Comentario al artículo 12 A”, en De la Maza, Iñigo (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 282-265.

II. Ensayos

EL OBJETO EXCLUSIVO DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO

The limited scope of the corporate object of Insurance Companies

FRANCISCO GAZMURI SCHLEYER*

MARÍA PAZ CHAIGNEAU PÉREZ**

1. INTRODUCCIÓN

El nivel actual de desarrollo del mercado asegurador, tanto de seguros generales como de vida, dentro de un marco de globalización y crecimiento económico, nos ha motivado a intentar establecer en qué medida el tradicional giro exclusivo de la compañías de seguro, consistente en el aseguramiento de riesgos en base al pago de primas, se mantiene aún vigente, o si por contrario, este se ha extendido a ámbitos relativamente ajenos a su giro tradicional, más propios del mercado financiero.

De ser esto efectivo, resulta relevante establecer si esto ha sido sistemático u orgánico, o solo el resultado de la dictación de sucesivas leyes relativas al fomento del desarrollo del mercado de capitales y de incentivo al ahorro y la inversión. Asimismo, creemos relevante tratar de comprender el comportamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros como ente fiscalizador frente a esta nueva realidad de la industria.

Históricamente, dentro del ordenamiento jurídico vigente en Chile, el negocio de asegurar riesgos a base de primas se ha encontrado legalmente reservado a las compañías de seguros cuyo objeto exclusivo sea el desarrollo de dicho giro y de las actividades complementarias que autorice la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) mediante Norma de Carácter General (NCG).

Sin perjuicio de la claridad de las normas legales que reservan el giro de asegurar riesgo sobre la base de primas a las compañías de seguros debidamente autorizadas para operar, cabe tener presente que han existido operaciones masivas de oferta de coberturas de riesgos sobre la base de

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Tributario en la Universidad de Chile. fgazmuri@gazmuri-cia.cl

** Abogado, Universidad Diego Portales. mpchaigneau@gazmuri-cia.cl

prima, bajo la denominación de “seguros”, que han sido expresamente o permitidas por la Superintendencia de Valores y Seguros, sin perjuicio de que los oferentes no han estado organizados ni autorizados como compañías de seguros. Estamos esencialmente hablando de prestadores de servicios propios, que comercialmente operan bajo el pago a todo evento de una tarifa o prima, como consecuencia de la cual en caso de materializarse el riesgo y de requerirse el servicio, dan derecho a la prestación de los mismos, con recursos propios y en las condiciones legalmente convenidas. Un claro ejemplo de estos servicios fueron los “seguros escolares” ofrecidos por diversas clínicas, así como los servicios funerarios prepagados ofrecidos por empresas relacionadas con los cementerios.

En su oportunidad el argumento de la Superintendencia de Valores y Seguros frente a estos “seguros”, fue que a pesar de que estos “servicios prepagados” operan bajo la lógica y la forma de un seguro y contra el pago de una especie de prima, ya que el valor o precio no corresponde al servicio efectivamente prestado, sino que está calculado como una tarifa determinada sobre la base de grandes números, el servicio se presta con recursos propios del prestador de que se trata, no existiendo una estructura u organización financiera tendiente a costear la prestación de los mismos por parte de un tercero, lo que sí sería característico de una compañía de seguros. El desarrollo de este tipo de servicios prepagados en los últimos treinta años ha sido muy relevante, en especial en el área de los seguros escolares de clínicas privadas, las que actualmente operan por intermedio de sus respectivas compañías de seguro.

Con este ejemplo en mente, y teniendo en consideración el marco regulatorio en torno al giro exclusivo de las compañías de seguro, procederemos a analizar las actividades complementarias que ellas han desarrollado de hecho, tanto a la luz de modificaciones legales, como del desarrollo del giro comercial, especialmente en compañía de seguros de vida, y la forma en cómo esto se ha expresado en el tiempo.

2. ES LA LEY LA QUE OTORGA A LAS ASEGURADORAS LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ACTIVIDADES AFINES O COMPLEMENTARIAS A SU GIRO EXCLUSIVO

Un primer análisis que a nuestro entender deja de manifiesto el desarrollo inorgánico del giro de las compañías de seguro, consiste en constatar que no ha existido una autorización acorde por parte de la SVS de las actividades complementarias que la propia ley les ha ido otorgando a las aseguradoras. Cabe recordar que el artículo 4° del DFL 251 de 1931 establece que es la SVS la que debe autorizar las actividades afines o complementarias al giro a través de una NCG.

En este sentido, existen algunos ejemplos de autorizaciones de actividades complementarias, como la NCG N° 165 de fecha 5 de septiembre de 2003, por medio de la cual se autoriza a las compañías de seguro de vida para actuar "*como agentes colocadores de cuotas de fondos mutuos regidos por el D.L. 1.328 de 1976*". Dicha NCG no contiene fundamentación alguna, limitándose solo a citar el artículo 4° del DFL 251 de 1931. Es posible que dicha autorización esté relacionada con la modificación del artículo 4° del DFL 251 de 1931 introducida por la Ley N° 19.769 de 2001, que autorizó a las compañías de seguro de vida para constituir filiales como Administradoras Generales de Fondos, pero no existe referencia alguna a dicha modificación legal en la referida NCG.

Otro ejemplo lo constituye la NCG N° 176 de fecha 21 de enero de 2005, que autoriza como actividad afín o complementaria de las entidades aseguradoras del segundo grupo, suscribir cuotas de fondos, rescatarlas y mantenerlas en custodia, por cuenta y riesgo de sus asegurados que contraten pólizas de seguros autorizadas como planes de ahorro previsional voluntario, conforme al artículo 20 del DL 3.500 de 1980, todo considerando lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley N° 18.045. Cabe considerar que la Ley N° 19.768 de 2001 modificó el artículo 20 del DL 3.500, facultando a las compañías de seguros de vida, entre otras, a ofrecer planes de ahorro previsional voluntario. Pero no será sino hasta cuatro años después que la SVS autoriza la actividad de suscribir, rescatar y mantener cuotas de fondos mutuos como actividad afín o complementaria.

La situación descrita no es el resultado del hecho de que las compañías de seguro no hayan requerido en su oportunidad autorización para determinadas actividades afines o complementarias necesarias para el buen desarrollo de su giro principal. Creemos que la razón por la cual la SVS no ha autorizado y regulado orgánicamente las actividades complementarias que la ley le ha ido otorgando a las aseguradoras, radica en que la autoridad es extremadamente conservadora respecto de la autorización de actividades afines o complementarias al giro principal, todo ello en consideración a la supuesta protección por parte del órgano fiscalizador del giro exclusivo de las compañías de seguro.

Las ampliaciones del giro de las compañías de seguro han sido la consecuencia de la dictación de leyes relacionadas con materias financieras, relativas al mercado de capitales, la promoción de sistemas de ahorro y de mayor competencia en el sector financiero, las cuales en los hechos han modificado el artículo 4° del DFL 251 de 1931 que establece el giro exclusivo de las compañías de seguro. Incluso más: las modificaciones del artículo 21 del DFL 251, que indica taxativamente los activos en los cuales las aseguradoras pueden respaldar sus reservas técnicas y el patrimonio de riesgo, han constituido en los hechos una ampliación su giro. En efecto, al permitir la ley que el origen de las inversiones no sean emisiones o

actividades de terceros autorizados legalmente para hacerlo, sino que sean el resultado del desarrollo de actividades de naturaleza financiera de las propias compañías de seguro, con cargo a recursos de sus reservas legales, se ha ampliado el giro de las aseguradoras a actividades distintas de su giro “exclusivo” establecido en el artículo 4° del mismo DFL 251° de 1931.

Asimismo, encontramos otras ampliaciones del giro de las compañías de seguros en al menos dos leyes referidas a reformas tributarias, la Ley N° 19.768 de 7 de noviembre de 2001 y la Ley N° 20.780 de 29 de septiembre de 2014, las cuales entre otras, introducen modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta.

La primera de ellas, la Ley N° 19.768 de 2001, introduce el artículo 42° bis de la ley de Impuesto a la Renta, regulando los efectos en el Impuesto Único de Segunda Categoría del Ahorro Previsional Voluntario (APV) de los contribuyentes, otorgándoles el derecho de efectuar este tipo de ahorro con el objeto de incrementar el monto de sus pensiones reguladas en el D.L. N° 3.500, con un límite máximo de 600 Unidades de Fomento anuales, el cual se rebaja de la base imponible de dicho tributo. Entre las instituciones autorizadas por ley para administrar este sistema de APV se encuentran, junto con las AFP, los Bancos, los Fondos Mutuos y las compañías de seguro de vida, mediante pólizas de seguros de vida con componente de ahorro.

Por otra parte, la Ley N° 20.780 de fecha 29 de septiembre de 2014, que modificó en forma muy sustancial, entre otras leyes, la Ley de Impuesto a la Renta, junto con derogar el artículo 57 bis, introduce el nuevo artículo 54 bis. Dicho artículo regula los efectos de un nuevo sistema de incentivo al ahorro, que rebaja de la base imponible del Impuesto Global Complementario, hasta por la suma de 100 UTA anuales, mientras no sean retirados por el contribuyente, los intereses, dividendos y demás rendimientos de depósitos a plazo, cuentas de ahorro y cuota de fondos mutuos, así como los demás instrumentos que se determine mediante Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda, que sean emitidos por entidades sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, de la Superintendencia de Seguridad Social, de la Superintendencia de Pensiones y del Departamento de Cooperativas dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que se encuentren facultadas para ofrecer al público tales productos financieros, extendidos a nombre del contribuyente, en forma unipersonal y nominativa. Por medio del DS N° 1.539 de Hacienda de 2014, se establecieron los referidos instrumentos, entre los cuales están los relativos al Ahorro Previsional Voluntario, donde las compañías de seguro de vida están autorizadas a operar.

De este modo, en virtud de estas dos leyes de naturaleza tributaria, las compañías de seguros de vida, al igual que otras instituciones propias

del mercado financiero, tales como bancos y fondos mutuos, participan en el mercado financiero captando ahorro mediante la emisión de pólizas de seguros de vida con componente de ahorro, tanto para fines esencialmente previsionales, así como para fines de libre disponibilidad de los contribuyentes.

Aun cuando las compañías de seguro de vida antes de la dictación de dichas leyes ya habían desarrollado productos de pólizas de seguros de vida con componente de ahorro, estas dos leyes les permiten participar legalmente, en abierta competencia con otras instituciones del sector financiero, en la administración de un beneficio tributario destinado al fomento del ahorro personal de los contribuyentes.

Por otra parte, el mismo artículo 4º del DFL 251, que originalmente definía el objeto exclusivo de las compañías de seguros, ha sido modificado por las siguientes leyes, las que también introducen un cambio a la situación original en esta materia:

- a) La Ley Nº 19.769 de fecha 7 de noviembre de 2001, modificó el inciso primero del artículo 4º ya referido, agregando que *"Las entidades aseguradoras del segundo grupo podrán constituir filiales Administradoras Generales de Fondos, a que se refiere el Título XXVII de la Ley Nº 18.045, sujetándose a las normas generales que establezca la Superintendencia."*
- b) La misma ley antes referida, agrega al mismo artículo 4º que: *"Además, las compañías de seguro y reaseguro, podrán tomar sobre si el riesgo de pérdida patrimonial que, las entidades prestadoras de los beneficios contemplados en la leyes Nºs 16.744 (Accidentes del Trabajo), 18.469 (Regula el Ejercicio Constitucional a la Protección de la Salud y crea Régimen de Prestaciones de Salud), 18.833 (Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales) y 18.933 (Crea Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional y dicta Normas para el Otorgamiento de Prestaciones por ISAPRES), asuman con motivo de las prestaciones que otorguen."*
- c) La Ley Nº 20.255 de 17 de marzo de 2008, también modificó el artículo 4º ya referido, agregando lo siguiente: *"Las entidades aseguradoras podrán constituir filiales como sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, las que se sujetarán en todo a las normas establecidas en el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980. En este sentido, se constituirán como sociedades anónimas especiales a las que se refiere el Título XIII de la Ley Nº 18.046, de Sociedades Anónimas, y quedarán sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Pensiones.- Las filiales de compañías de seguros constituidas como Administradoras de Fondos de Pensiones deberán observar estrictamente el giro exclusivo al cual se refiere el artículo 23 del Decreto Ley Nº 3.500 de 1980, quedándole*

prohibido ofrecer u otorgar bajo circunstancias alguna, ya sea directa o indirectamente, ni aún a título gratuito, otro servicio o producto que resulte ajeno a su giro exclusivo.- La compañía de seguro matriz de una Administradora de Fondos de Pensiones no podrá subordinar el otorgamiento de los servicios o productos propios de su giro a la afiliación, incorporación o permanencia de una persona en la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones de la cual es matriz. Igualmente no podrá supeditar el otorgamiento de condiciones más favorables en razón de tales circunstancias.”

De esta forma, en virtud de lo dispuesto en la Leyes N°s 19.769 y 20.255, las compañías de seguros se incorporan indirectamente a través de sus filiales en dos nuevos giros o negocios financieros regulados legalmente, el de las Administradoras Generales de Fondos, las cuales administran la industria de los fondos mutuos, y las Administradores de Fondos de Pensiones, las que administran los fondos previsionales de sus afiliados con el objeto de financiar sus pensiones de jubilación, todo ello de conformidad con las disposiciones del Decreto Ley N° 3.500 y sus modificaciones legales. Sin lugar a dudas estas modificaciones legales ya analizadas alejan en forma sustancial a las compañías de seguro de su giro exclusivo previsto originalmente en el artículo 4° del DFL N° 251 de 1931, y las incorpora de lleno dentro de las entidades del mercado financiero y previsional, en abierta competencia con los actores más relevantes de dicho mercado.

Por otra parte, como señalamos anteriormente en este análisis, el giro de las compañías de seguro también se ha ampliado por la vía de la modificación del artículo 21 del DFL N° 251 de 1931, el cual regula los instrumentos y activos en los que deben invertir para respaldar las reservas técnicas y el patrimonio de riesgo de las compañías de seguro. Estas modificaciones no dicen relación con activos o instrumentos emitidos por terceros, sino se refieren a nuevas actividades o giros, normalmente financieros, en los cuales pueden operar directamente las aseguradoras, invirtiendo los recursos financieros destinados a respaldar sus reservas técnicas y su patrimonio de riesgo.

Las modificaciones a que nos estamos refiriendo son las siguientes:

- a) Participación en convenios de créditos en los que concurran al menos un banco o institución financiera no relacionada con la compañía, conforme a las normas de carácter general que dicte la SVS, debiendo contemplarse en estas el riesgo de crédito del deudor (Ley N° 20.343 de 28 de abril de 2009).
- b) Contratos de mutuo o prestamos de dinero otorgados a personas naturales o jurídicas, ya sea por la misma compañía, por otras compañías o por bancos o instituciones financieras, que consten en instrumentos que tengan mérito ejecutivo. Estos créditos no podrán concederse di-

- recta o indirectamente a personas relacionadas de la compañía (Ley N° 20.190 de 5 de junio de 2007).
- c) Préstamos otorgados a asegurados de pólizas de seguro de crédito, a que se refiere el artículo 11° del DFL N° 251, que cumplan con los requisitos, condiciones y límites que establezca la SVS mediante NCG, hasta por el monto del crédito asegurado (Ley N° 20.190 de 5 de junio de 2007).
 - d) Avances a tenedores de sus pólizas de seguros de vida, hasta por el monto del valor de rescate de ellas, siempre que en dichas pólizas se indique expresamente que el empréstito podrá deducirse del monto de la indemnización a pagar en virtud de lo establecido en la póliza o en sus adicionales, si correspondiere (Ley N° 20.190 de 5 de junio de 2007).

Todas estas ampliaciones del giro de las compañías de seguro dicen relación con actividades o negocios propios de las entidades bancarias, o incluso normalmente reservados por ley solo a estas, actividades que en virtud de estas modificaciones legales se incorporan al giro de las compañías de seguro. Cabe tener presente que en solo una de estas modificaciones los beneficiados con las operaciones de crédito son clientes asegurados de las compañías de seguro, ya que en los otros dos casos se trata de operaciones con terceros no asegurados, en abierta competencia con las entidades bancaria o financieras.

3. EL ROL QUE HA CUMPLIDO LA SVS

Ahora bien, sin perjuicio de todas estas modificaciones legales que han ampliado notablemente el giro de las compañías de seguros, sin duda de manera inorgánica pero en forma constante en el tiempo, cabe analizar cuál ha sido el rol efectivo de la Superintendencia de Valores y Seguros en esta materia, y cuál ha sido su postura frente al giro de las compañías de seguro como organismo fiscalizador de las mismas.

En cuanto a su rol en las modificaciones legales que hemos comentado en este análisis, todo parece indicar que el rol de la SVS no ha sido activo y que más bien estos cambios y ampliaciones de giro de las compañías de seguro han ocurrido a pesar de la visión de la Superintendencia sobre la materia. La necesidad de desarrollar y darle mayores grados de competencia al mercado financiero ha sido el motor de estas modificaciones legales, donde las compañías de seguro, especialmente de vida, han sido actores que la ley ha introducido para dar mayores grados de competencia en sectores del mercado financiero, tales como fondos mutuos, créditos hipotecarios y de consumo y de productos de ahorro previsional voluntario.

Por su parte, en el ámbito del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, la SVS parece continuar operando bajo los criterios originales del DFL N° 251 de 1931, sin hacerse cargo de las consecuencias derivadas de las ampliaciones del giro de las compañías de seguro establecidas por ley, aún en el ámbito de materias sobre las cuales no ha existido mayor controversia entre los actores de la industria y la autoridad pública del sector financiero.

A este respecto, creemos que es oportuno referirnos a lo que dice relación con la inversión de las reservas técnicas y de patrimonio de riesgo en bienes inmuebles, cumpliendo con los requisitos establecidos al respecto en el N° 4 del artículo 21 del DFL N° 251 de 1931. Dicha norma legal establece que las compañías de seguro pueden respaldar sus reservas técnicas y su patrimonio de riesgo en inversiones en *“bienes raíces, cuya tasación comercial sea practicada al menos cada dos años, según norma de carácter general que dicte la Superintendencia. Tratándose de bienes raíces de propiedad de la compañía, sujetos a contratos de arrendamiento con opción de compra, la Superintendencia establecerá las disposiciones mínimas que deberán cumplir dichos contratos, para que el bien raíz se considere como inversión representativa”*.

Dictada la NCG N° 152 de 2002 sobre la materia, las inversiones de las compañías de seguro de vida en bienes raíces y en contratos de arrendamiento con opción de compra, se han desarrollado en forma exponencial constituyéndose en un actor relevante del desarrollo y financiamiento del sector inmobiliario, tanto de oficinas como de centros comerciales. Asimismo, estas inversiones de largo plazo resultan esenciales en la cobertura de los riesgos de largo plazo de las compañías de seguro, en especial los derivados de las pólizas de seguro de renta vitalicia del D.L. N° 3.500.

Ahora bien y pesar de lo anterior, la SVS, mediante Oficio Circular N° 1001 de fecha 18 de julio de 2017, y a propósito de un caso particular tratado en el Oficio Ordinario N° 18.118 de fecha 7 de julio de 2017, ha dictaminado, sobre la base de la potencial afectación del giro exclusivo de las compañías de seguro, que estas no pueden continuar administrando y gestionando los inmuebles de su propiedad representativos de sus reservas técnicas.

Al efecto, el ente fiscalizador sostiene que *“considerando que la facultad de efectuar inversiones conforme a lo dispuesto en el artículo 20° de la misma ley (DFL N° 251 de 1931) no implica una autorización para realizar actividades de gestión o de administración de los bienes objeto de dicha inversión, salvo que ella sea imprescindible para el manejo y cuidado de la inversión. En efecto, si bien como dueña del inmueble, a la compañía le asiste el derecho de ejercer todos los atributos propios del derecho de dominio, estas facultades se encuentran supeditadas a su giro exclusivo y las actividades complementarias que esta Superintendencia ha expresamente*

autorizado, no pudiendo excederse de ellas". El mismo Oficio expresa que tampoco corresponde que las compañías gestionen o administren bienes inmuebles directamente a o través de alguna sociedad en la cual tenga participación.

El propio Oficio en comento señala que ha existido un cambio en el criterio de la SVS a este respecto, ya que hasta ahora, la gestión y administración de los inmuebles ejercidas por las mismas compañías aseguradoras no han sido objetadas, en el entendido de que en estos casos se ha ejercido un atributo propio del dominio, como es la administración de ellos, quedando este criterio asentado entre otros, en el Oficio Ordinario N° 24.202 de 2014. Sin embargo, el Oficio Circular N° 1001 señala luego textualmente que: *"No obstante lo anterior, de una nueva revisión de los antecedentes de este tipo de operaciones, se ha constatado que la administración y gestión de estos bienes afecta la obligación de giro exclusivo de las compañías aseguradoras, contenido en el artículo 4° del DFL N° 251, de 1931"*.

El Oficio Circular N° 1001 no fundamenta el cambio de criterio, así como tampoco expresa o desarrolla los fundamentos que lo justificarían, con lo cual la decisión resulta enteramente arbitraria. Más aún, cuando el mismo Oficio señala las razones por las cuales esta situación nunca había sido objetada, pues la administración y gestión de los inmuebles no son otra cosa que el ejercicio de los atributos propios del dominio.

A nuestro entender, no resulta posible que un activo, ya sea fijo o financiero, no pueda ser gestionado ni administrado por su propio dueño, obviamente siempre en cumplimiento de sus obligaciones legales y al tenor de las normas que regulan la inversión y administración de las reservas técnicas de la compañías de seguro. Resulta absurdo considerar que una compañía de seguros no pueda administrar y gestionar adecuadamente, con la diligencia al menos de un buen padre de familia, los activos en los cuales ha invertido sus reservas en cumplimiento de sus obligaciones legales.

Cabe asimismo tener presente la Norma de Carácter General N° 152 de fecha 26 de diciembre de 2002, la cual Imparte Normas sobre Activos Representativos de Reservas Técnicas y Patrimonio de Riesgo en la parte relativa a las inversiones en bienes raíces. Si bien establece los requisitos que deben cumplir los bienes raíces, nada exige en relación con las administración y gestión de los mismos. Dicha norma administrativa asume que, conforme a lo dispuesto en las normas legales generales que regulan el ejercicio del dominio sobre los bienes raíces, el dueño está en su pleno derecho a ejercer libremente todos los atributos del dominio, salvo que una ley especial que regule dichas inversiones disponga lo contrario.

Si la SVS considera que gestionar y administrar esta inversión en bienes raíces excede el giro exclusivo y que por tanto solo puede ser realizado habiendo sido autorizado por la misma SVS, esté o no en la razón, cabe señalar que si dictó la NCG N° 152 que regula estas inversiones, debió asumir que ello implicaba la administración y gestión de los mismos; y si no lo estimaba así, debió haberlo señalado y fundamentado expresamente, regulando en dicha instancia las gestiones de administración de un tercero no relacionado con la compañía de seguros.

Según entendemos, la legalidad de este Oficio ha sido reclamada por la compañías de seguro afectadas, y los recursos se encuentran pendientes de resolución a esta fecha.

Según lo analizado, si bien la SVS no ha autorizado expresamente como actividades complementarias la operación y gestión de ciertas inversiones que implican un giro que va más allá de dedicarse al negocio de asegurar riesgos en base a prima, sí ha dictado las NCG N°s 152 de 2002 y 208 de 2007, las cuales establecen las normas aplicables en relación a los activos representativos de reservas técnicas y de patrimonio de riesgo, en las que se considera la actuación directa de las aseguradoras en las inversiones.

4. DE LOS SEGUROS COMPUESTOS POR PROTECCIÓN Y AHORRO

Otro aspecto que consideramos relevante de analizar en esta materia, dice relación con las consecuencias sobre el contrato de seguro y sus elementos esenciales, de la incorporación de elementos o sistemas de ahorro dentro de las coberturas de las pólizas de seguro de vida, y de cómo ello afecta el concepto de prima, entendido como el precio percibido por la compañía de seguros por la asunción de los riesgos amparados por la cobertura de la póliza de seguro; así como el concepto de siniestro, entendido como la materialización del riesgo que hace surgir el derecho a la correspondiente indemnización.

Pareciera ser un hecho, que en la medida que se intente mantener ambos aspectos bajo la estructura del contrato de seguro, es decir, la cobertura del riesgo de muerte y la administración de un sistema de ahorro asociado al contrato de seguro, se asume el riesgo de que los elementos esenciales del contrato de seguro se desperfilen o desaparezcan deviniendo en otro contrato.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 521 del Código de Comercio, los requisitos esenciales del contrato de seguros son el riesgo asegurado, la estipulación de la prima y la obligación condicional del asegurador de indemnizar cuando se materializa el riesgo amparado por la cobertura. Sin la presencia de estos tres elementos, dejamos de estar ante un contrato de seguro y dicha convención jurídicamente deviene en algo distinto, o bien, estamos en presencia, por una parte, de un contrato de

seguros, y por otra, de algo asimilable a un mandato de naturaleza financiera de administración de ahorros personales durante un plazo de vigencia determinado.

Sin perjuicio de lo que ya hemos señalado en relación con la ampliación del giro exclusivo de las compañías de seguros, lo que por ahora al menos no ha admitido discusión, en el caso de emitirse una póliza de seguro por una compañía de seguros, ya sea vida o generales, lo que la emisora percibe del asegurado o contratante por la cobertura del riesgo es prima, la que se incorpora al patrimonio de la aseguradora. Esto es válido aun cuando estemos en presencia de una prima única, de depósito, ajustable o cualquiera sea la forma que esta adopte contractualmente.

Ahora bien, esta prima al tenor de lo dispuesto en el artículo 20° del DFL Nº 251 de 1931 y dependiendo de tipo de riesgo cubierto, debe ser invertida en las reservas técnicas definidas por ley. En este sentido, dicho artículo dispone que las entidades aseguradoras y reaseguradoras establecidas en el país, para cumplir con sus obligaciones provenientes de la contratación de los seguros y reaseguros, deberán constituir con la prima percibida las reservas técnicas, de acuerdo a principios actuariales, procedimientos, tablas de mortalidad, tasas de interés y otros parámetros técnicos que por NCG establezca la SVS. El mismo artículo 20° establece cuáles son las referidas reservas técnicas, indicando en cada caso el objetivo o propósito de las mismas, y según ya se indicó, en el artículo 21° del mismo texto legal están determinados los instrumentos y activos en que legalmente se pueden invertir de las referidas reservas técnicas.

De esta forma, si en la cobertura de la póliza de seguro existe un componente de ahorro, adicional al precio o costo de la cobertura de vida, este componente, en su calidad de prima, se incorpora al patrimonio de la compañía de seguro para todos los efectos legales ya que contra dichas primas deben constituirse las respectivas reservas técnicas. Entre estas últimas se encuentra la Reserva de Valor del Fondo, en la parte que corresponde a las obligaciones generadas por las cuentas de inversión en los seguros del segundo grupo que las contengan, esto es, las pólizas de seguro con ahorro con cuenta única de inversión. De este modo, junto con la cobertura del riesgo de la vida del asegurado y su correspondiente obligación de indemnizar la ocurrencia del riesgo o el siniestro, por el componente de ahorro también se genera una obligación de la compañía de seguro de pago de una determinada suma de dinero, la cual está respaldada por la reserva técnica ya referida.

Para evitar confusiones, en este análisis no nos estamos refiriendo a los seguros dotales, en los cuales se establece el pago de la suma asegurada, tanto en caso de materialización del riesgo de la pérdida de la vida dentro del plazo de vigencia de la póliza o como en el caso del cumplimiento de dicho

plazo sin la ocurrencia del siniestro. Los seguros dotales están claramente dentro de la estructura propia del seguro que considera la cobertura de un determinado riesgo, la existencia de una prima y la existencia de una obligación de indemnización del asegurador, sujeta a la condición de la materialización del riesgo cubierto, dentro del plazo de vigencia de la póliza de seguro en cuestión. En este tipo de seguros dotales, el único tema que merece discusión es el tratamiento tributario de la indemnización pagada ante el cumplimiento del plazo sin la concurrencia del riesgo de muerte del asegurado. Ello en atención a que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta, la regla general es que solo las indemnizaciones de los seguros de vida pagadas ante la ocurrencia de dicho riesgo, constituyen ingresos no renta, pero no así las indemnizaciones de los seguros dotales pagadas por el cumplimiento del plazo, cuya situación está regulada en el inciso 2° de la señalada norma legal.

Para mantenerse dentro de la lógica y la estructura jurídica del contrato de seguros, en los seguros de vida con ahorro ambas obligaciones de indemnización de la compañía de seguros, la de cobertura de muerte, así como la del componente ahorro, deben estar jurídicamente condicionadas a la materialización del riesgo amparado por la cobertura, dentro del plazo de vigencia de la póliza de seguro. En ambos casos estamos frente a obligaciones condicionales de la compañía de seguros, con cargo a su patrimonio, cuya contraprestación son las primas pagadas por el asegurado, las cuales conforme a la ley se han invertido en las correspondientes reservas técnicas.

Dentro de esta lógica contractual y si deseamos mantenernos bajo la estructura del contrato de seguros y sus elementos esenciales ya analizados, no cabría considerar, en relación con elemento ahorro de la prima, la alternativa de que el asegurado, sin haberse cumplido la condición de la cual depende el pago de la indemnización, esté contractualmente habilitado para exigir o retirar el todo o parte de la suma asegurada. Esto implicaría la exigencia anticipada por el asegurado de una obligación de la compañía de seguros, sin haberse cumplido la condición suspensiva establecida para que surja legalmente el derecho del asegurado a exigir dicho pago.

La dificultad de que las compañías de seguro participen en el mercado de la oferta de productos financieros y de ahorro, resulta enteramente inexistente. En efecto, cuando recordamos lo ya señalado en cuanto al objeto o giro de las compañías de seguro, y de qué forma se ha ido ampliando en los últimos años, solo podemos concluir que las compañías de seguros se encuentran legalmente reconocidas como integrantes de la industria financiera en abierta competencia con otras entidades como los bancos, las AFP, las Administradoras Generales de Fondos y otras.

El problema surge cuando en la práctica comercial se efectúa la oferta de la amplia gama de productos financieros y de ahorro que la actual legislación les permite a las aseguradoras, pero incorporados en forma forzada dentro de la estructura del contrato de seguro de vida, tratando tanto el precio de la cobertura de vida como el componente de ahorro como prima de seguro, como si legamente este fuere el único ingreso que estas compañías de seguro pueden percibir de sus asegurados, y las indemnizaciones de perjuicios fueran las únicas obligaciones que las compañías de seguro pueden asumir respecto de sus asegurados. Más aún, actualmente estas deben ser asociadas al riesgo de muerte, para quedar cubierta por la calificación de ingreso no renta del artículo 17° N° 3° de la Ley de Impuesto a la Renta.

De esta forma, el amplio giro actual de las compañías de seguro, otorgado por la ley, se ve constreñido dentro de una estructura jurídica que no le corresponde y que en definitiva termina, por una parte, desvirtuando el contrato de seguro y la existencia de sus elementos esenciales, y por la otra, deja sin regular adecuadamente aspectos muy relevantes de los otros productos financieros y de ahorro con riesgos legales para los asegurados, especialmente de naturaleza tributaria. Esto último especialmente por intentar forzar interpretaciones legales con el objeto de obtener la aplicación de exenciones tributarias, que los mismos productos ofrecidos por otros actores del sistema financiero, por ejemplo las Administradoras Generales de Fondos, no gozan o no acceden.

En este proceder, a nuestro entender jurídicamente forzado, también ha colaborado la forma de fiscalizar de la SVS, la cual, ya sea de forma expresa o tácita, ha validado la incorporación de todos estos productos financieros de seguros de vida con componente de ahorro, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Lo anterior, bajo la equivocada lógica de que las compañías de seguro solo pueden percibir primas de sus asegurados y, a su vez, solo pagar indemnizaciones de perjuicios. En esta línea equivocada, el componente ahorro forma parte de la prima y de las indemnizaciones de perjuicios.

Este comportamiento del ente fiscalizador deja la sensación de que ha estado al margen del proceso de ampliación del giro de las compañías de seguro, y cuando ha debido intervenir por mandato legal, ha expedido una NCG para implementar dichas nuevas actividades o giros, pero siempre desde la perspectiva de que estas deben desarrollarse y ofrecerse exclusivamente al amparo de la estructura jurídica del contrato de seguro, forzando al extremo su estructura jurídica, de manera tal que se termina abusando de las formas jurídicas, en perjuicio de lo esencial y sustancial de cada uno de los productos financieros objeto de la regulación.

Este proceso se ha agravado desde la dictación de la Ley N° 19.769 de 7 de noviembre de 2001, que reemplazó entre otras materias, la aprobación de los condicionados generales de las pólizas, por el procedimiento del simple depósito de los mismos en la Superintendencia, sin que respecto de estos exista ahora una aprobación expresa por la SVS. De esta forma, en la actualidad no existe por parte de la autoridad fiscalizadora un control preventivo de los condicionados generales, que permita asegurar que los términos y condiciones con que se incorpora el componente de ahorro a las pólizas de seguro de vida no afecten los elementos esenciales del contrato de seguro y que dichos contratos no devenguen en una institución jurídica distinta con todos los efectos que ello conlleva, en cuanto a los derechos y obligaciones contractuales de las partes y los efectos de carácter tributario que de ello se deriven.

Frente a este escenario, creemos que ha llegado la hora de regular en forma sistemática la manera en que las compañías de seguro desarrollan todos los nuevos negocios financieros que legalmente están autorizadas para desarrollar, en forma adicional e independiente del giro exclusivo de asumir riesgos en base a prima.

5. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS

Cabe señalar que las áreas o productos donde se plantean las dificultades no están relacionados con los nuevos giros comerciales autorizados por las modificaciones del artículo 4° del DFL N° 251 de 1931, en virtud de las cuales se autorizó a las compañías de seguro para constituir filiales con el giro de Administradoras de Fondos de Pensiones y Administradoras Generales de Fondos. Resulta evidente y no merece mayor discusión ni análisis, que constituidas dichas filiales por las compañías de seguro, estas desarrollarán su giro y sus actividades dentro del marco legal del D.L N° 3.500 y de la Ley N° 20.172, respectivamente. En este ámbito no se presenta conflicto o dificultad alguna, así como tampoco existirá conflicto o confusiones con los contratos de seguro y sus elementos esenciales, suscritos por sus respectivas sociedades matrices en el desarrollo de su giro principal.

Sin embargo, la situación es enteramente distinta en aquellas ampliaciones de giro que se han dado en el tiempo, ya sea por la modificación de la Ley de Impuesto a la Renta, respecto del Ahorro Previsional Voluntario y las inversiones del artículo 57 de la misma ley, así como aquellas derivadas de las modificaciones introducidas al artículo 21° del DFL N° 251 de 1931, que regula los activos en que se pueden invertir las reserva técnicas y el patrimonio de riesgo de las compañías de seguro. En estos casos, los cuales fueron analizados anteriormente en este informe, no existe un marco legal de referencia que regule el ejercicio de estas ampliaciones de giro, como tampoco existe referencia u obligación alguna a que estos se desarrollen

bajo sociedades filiales de las compañías de seguro, con la salvedad de los casos de las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Administradoras Generales de Fondos. De este modo, las ampliaciones de las actividades que las compañías aseguradoras pueden realizar por mandato de la ley, no pueden sino interpretarse como actividades propias del giro de las mismas, sin que exista la necesidad de que la SVS autorice dichas actividades como giros afines o complementarios para hacer posible su ejercicio.

Sin lugar a dudas, las ampliaciones de giro que mayores problemas conceptuales han causado, son las relativas a los sistemas de ahorro contenidas en las modificaciones de la Ley de Impuesto a la Renta. Dichos productos se han incorporado directamente en las pólizas de seguros de vida, como el componente de ahorro, con todas las dificultades, controversias y efectos ya analizados en este artículo. Más aún, con las consecuencias tributarias derivadas de una interpretación extensiva, y potencialmente elusiva del tratamiento como ingreso no renta de la indemnización de los seguros de vida contenida en el N° 3 del artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta, así como también de las controversias surgidas con el Servicio de Impuesto Internos con la aplicación del Impuesto de Asignaciones, Herencia y Donaciones en relación con los rescates a todo evento de los saldos del componente de ahorro por los beneficiarios de las pólizas de seguro de vida, ya sea durante la vigencia del contrato o como consecuencia de la muerte del asegurado.

En este sentido creemos que la forma más razonable de enfrentar el actual problema es por alguna de las siguientes alternativas:

La primera, es que las compañías de seguro, cuando desarrollen estos giros financieros ajenos a la actividad aseguradora originalmente exclusiva, se rijan por las normas sustantivas que regulan cada una de dichas actividades, como es el caso de los fondos mutuos, el otorgamiento de créditos hipotecarios, participación en créditos sindicalizados, administración del ahorro previsional, administración del ahorro del artículo 57 de la Ley de La Renta, etc. Todas estas actividades o giros se encuentran debidamente regulados y no hay razón para que cuando las compañías de seguros los ejerzan en forma directa, no les sean aplicables dichas disposiciones legales y reglamentarias, y que incluso la fiscalización de dichas actividades corresponda a las respectivas instituciones fiscalizadoras sectoriales. Por lo demás, es lo que hoy día sucede cuando estas actividades se desarrollan por sociedades filiales de compañías de seguro, como es el caso de las Administradoras Generales de Fondos y las Administradoras de Fondos de Pensiones que estas pueden constituir actualmente.

Como consecuencia de todo el análisis efectuado en este artículo, a nuestro entender resulta manifiesta la necesidad de modificar el artículo 4°

del DFL N° 251 de 1931, ello con el objeto de sincerar legalmente la actual situación, suprimiendo la referencia al objeto exclusivo de las compañías de seguro, el cual legalmente no es tal, y regulando al menos en forma general el giro financiero de las mismas. De esta manera, permitiremos en forma más sistemática su desarrollo bajo las normas legales propias de dicha actividad y no forzando los elementos esenciales de los contratos de seguros, lo que en definitiva nos lleva a su desnaturalización.

A nuestro entender no resulta posible que la exitosa inserción de las compañías de seguro en el mercado financiero, distinto de los seguros, sea consecuencia de modificaciones legales introducidos en las regulaciones que establecen los tipos de activos en que se pueden invertir las reservas técnicas o de modificaciones a la legislación tributaria que establece incentivos tributarios a determinados sistemas de ahorro de los contribuyentes; todo esto mientras el actual artículo 4° del DFFL N° 251 sigue señalando que las compañías de seguros deben y tener por objeto exclusivo el desarrollo del giro de asegurar riesgos en base a prima.

En este sentido nos permitimos proponer el reemplazo del inciso primero del artículo 4° por el siguiente: *“El comercio de asegurar riesgos a base de primas, solo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a este, que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general. Las compañías de seguro de segundo grupo podrán, recibir de sus asegurados o de terceros, personas naturales o jurídicas, depósitos de ahorro a plazo fijo o indefinido, con fines generales o previsionales, así como otorgarles préstamos con o sin garantías. En estas operaciones las compañías de seguro deberán regirse por las disposiciones de la Ley General de Bancos que les resulten aplicables y por las normas especiales que este respecto fije la Superintendencia por norma de carácter general. Asimismo, las compañías de seguro del segundo grupo podrán constituir filiales Administradoras Generales de Fondos, a que se refiere el Título XXVII de la Ley N° 10.045, sujetándose a las normas generales que establezca la Superintendencia”*.

EL SINIESTRO Y SU NEXO CAUSAL

The event and its causation

SERGIO ARELLANO ITURRIAGA*

Siempre es honroso ser invitado a participar en un proyecto de Liber Amicorum, pero lo es más cuando el homenajeador con la obra es un personaje de la estatura de Arturo Díaz Bravo, un hombre cuya vida estuvo marcada por una sostenida devoción por el estudio, centrado en el derecho mercantil y, particularmente, en el derecho de seguros. Estamos convencidos que el aporte de este insigne jurista mexicano a nuestra disciplina será imperecedero, como lo será el recuerdo que mantendremos de su bondad, su cultura, su calidez y su siempre sorprendente agudeza.

Estamos conscientes que el tema que hemos elegido es de una amplitud inmensa, que no se agota en el derecho de seguros sino que extiende su exploración en el difuso marco de la filosofía, la que pareciera situarse muy distante al positivismo que caracteriza a la especialidad y mecánica del seguro. Por cierto nada está demasiado lejos de la filosofía, pero precisamente su infinita extensión nos marca un límite implícito, desde el momento en que a la hora de hacer derecho debemos acotar el apasionante ejercicio de búsqueda de respuestas y explicaciones a la esencia de la naturaleza y a las circunstancias de la vida, para plasmar criterios y conclusiones en un contrato, el que debe ser interpretado y aplicado según pautas simples y claras de general aceptación. Pero ello no obsta a la necesidad de apreciar los actos del hombre a la luz del pensamiento, en especial cuando nos situamos en el plano del deber ser.

1. LA DENUNCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

*El siniestro es la manifestación concreta del riesgo asegurado, que produce unos daños garantizados en la póliza hasta determinada cuantía*¹. Es por ello un acontecimiento que, por originar daños concretos previstos en la póliza, motiva la aparición del principio indemnizatorio, obligando a la entidad aseguradora a satisfacer al asegurado, total o parcialmente, el capital garantizado en el contrato.

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Chile. sarellano@vargasysociados.cl.

¹ CASTELO (1992) p. 368.

El Código de Comercio chileno, luego de su reciente modificación, lo presume ocurrido por un evento que hace responsable al asegurador, aunque este puede acreditar que ha sido causado por un hecho que no lo constituye en responsable de sus consecuencias, según el contrato o la ley. Esta presunción entrega el peso de la prueba a la compañía de seguros, lo que encuentra su respaldo en la presunción de buena fe, así como el supuesto de veracidad e integridad de la información entregada, tanto al traspasar el riesgo como al dar cuenta del evento dañoso y sus circunstancias. Por lo demás, lo normal será que la aseguradora carezca de otra información que la recibida del asegurado y la que hubiere constatado en la inspección al momento de contratar.

Este enfoque difiere de otras legislaciones. Para Domingo López Saavedra “es un principio general del derecho de seguros que la carga de la prueba del siniestro, su causa y que el mismo se halla encuadrado dentro de la cobertura que otorga la póliza, recae sobre el asegurado”. Corroboran esta tesis Halperin y Barbato: “El asegurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado dentro del estado de riesgo contratado; es decir, acreditará que el hecho acaecido se halla dentro de la garantía pactada”².

A pesar de las categóricas opiniones de los ilustres juristas argentinos, nos inclinamos por la óptica de nuestra legislación sobre la carga de la prueba. Entre otros motivos porque es precisamente eso, un enfoque preliminar para un tópico que necesariamente será profundizado en cada caso. Resulta lógico, y en general justo, presumir la buena fe; pero aunque la presunción legal asigne dicha carga al asegurador, recordemos que siempre será una obligación esencial del asegurado –durante el proceso de liquidación o ajuste– aportar los antecedentes relacionados con el siniestro denunciado y declarar, fielmente y sin reticencias, sus circunstancias y consecuencias.

López Saavedra precisa que no se puede exigir al asegurado que acredite la “verdad absoluta”, esto es, que ofrezca un estado de certeza que no admita dudas sobre un determinado hecho o circunstancia como causa cierta de la producción de un siniestro. Por ello basta con que entregue la “verdad formal”, que sería aquella que permita aceptar como acreditados hechos o circunstancias cuando su existencia es bastante probable para considerarlos como efectivamente ocurridos. Agrega el tratadista: “En una cobertura de incendio que cubra un inmueble por los daños que sean consecuencia de la caída de un rayo, exigirle al asegurado la ‘prueba absoluta’ de la efectiva caída del rayo sería requerirle una prueba prácticamente imposible de producir, y de esta forma se estaría desvirtuando la esencia de la cobertura otorgada. En seguros marítimos la Ley de Navegación establece,

² HALPERIN Y BARBATO (2001) p. 956.

por ejemplo, que en los casos de falta de noticias del buque asegurado, se presume que se ha perdido totalmente una vez transcurrido el plazo de tres o seis meses a partir de ‘la última noticia que se tenga de él’. Esta solución consagra el principio de la verdad formal frente a las particularidades del acto navegatorio, de los riesgos que puede afrontar el buque durante la aventura marítima y la posibilidad de un súbito siniestro que determine su rápido hundimiento sin dejar rastros del mismo”³.

Ello nos lleva a una tarea analítica en la que se deben conjugar criterios de razonabilidad, objetividad y flexibilidad de criterios en el análisis y evaluación de todos los elementos y circunstancias que rodean cada caso, lo que no debe hacerse tomando de manera aislada cada uno de ellos, sino a todos en su conjunto y valorándolos conforme a las características que presente. “Es para llegar a esta verdad formal que la ley da al asegurador una amplia facultad informativa y de investigación que debe usar con perspicacia, responsabilidad, diligencia y prudencia”.

Una característica fundamental del siniestro –y estrechamente vinculada a la temática de causalidad– es su indivisibilidad, lo que implica que la obligación de indemnizar del asegurador frente a sus consecuencias dañosas se mantiene aun después de extinguida la relación aseguradora en tanto el evento se haya producido o iniciado durante la vigencia del seguro. En otras palabras, las consecuencias derivadas del siniestro están inseparablemente ligadas al momento en que se ha iniciado. Así, si el siniestro comienza antes de contratarse el seguro y continúa o se manifiesta durante su vigencia, el asegurador no responde por él, precisamente por tratarse de un hecho indivisible. A *contrario sensu*, si el siniestro ocurre antes que el seguro finalice y se manifiesta o continúa después, la compañía deberá cumplir la prestación de indemnizar.

Salvo situaciones excepcionales, en los seguros de daños físicos a bienes asegurados la indivisibilidad no presenta problemas de importancia. Distinto es lo que sucede en seguros personales, así como en los que amparan responsabilidad civil, a lo que nos referiremos más adelante.

Pero no olvidemos que uno de los fundamentos de la carga de la denuncia del siniestro es que a partir de esta la aseguradora puede identificar y verificar el hecho causante, así como la gravedad y extensión de la pérdida que eventualmente deberá asumir. Por ello es que la denuncia debe ser acompañada de información adecuada para hacer una estimación preliminar del daño, constituir provisiones, informar a los reaseguradores y asignar un liquidador idóneo para la tarea que deberá enfrentar, sin perjuicio de las indagaciones que necesariamente se realizarán posteriormente.

³ LÓPEZ (2007) p. 302.

Y por lo mismo importa cumplir el plazo –o la oportunidad en su caso– desde que el asegurado tomó conocimiento del hecho constitutivo. El Código de Comercio chileno dispone que el asegurado debe notificar al asegurador tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro. Sin embargo, casi invariablemente las respectivas pólizas indican un plazo específico para tal comunicación. La circunstancia de contarse este término a partir de la fecha en que el asegurado tuvo noticia del hecho dañoso es de toda lógica, y por lo mismo es un elemento que los aseguradores analizan cuidadosamente cuando sucede con tardanza, por cuanto ello suele dificultar la constatación oportuna y precisa de los daños.

Los contratos de seguro establecen estos plazos con carácter de fatales, con sanción explícita o implícita de caducidad. Sin embargo no podemos perder de vista su finalidad, que no es otra que entregar a la compañía información oportuna del suceso que produce el perjuicio para evaluar su cobertura y eventuales responsabilidades o acciones de recobro, así como hacer posible un correcto ajuste de pérdida. Por ello la generalidad de los fallos arbitrales referidos a este tópico tienen en consideración la extensión del atraso y si alguno de estos objetivos se ha dificultado o bien si se ha perjudicado el interés del asegurador por agravación del riesgo.

En caso de fuerza mayor o caso fortuito operan los principios generales del derecho, debiendo el asegurado probar la imposibilidad de haber cumplido esta carga en tiempo y forma, en razón de una circunstancia imprevista a la que no le ha sido posible resistir.

Aunque el Código mercantil chileno no la incluye entre las obligaciones del asegurado, en algunos ramos existe una carga adicional, que es la denuncia del siniestro a la autoridad competente, la que suele incluirse como exigencia en las respectivas pólizas. Ello sucede, por ejemplo, en los seguros de vehículos motorizados, en que el conductor del vehículo asegurado debe dejar constancia o denuncia inmediata en Carabineros⁴; así como en incendio, robo o fidelidad funcionaria si se tratare de delitos, lo que por cierto es ordenado también por la propia ley. Normalmente esta obligación es considerada de mayor entidad que la de informar oportunamente al asegurador, sea porque se oriente a descartar un posible estado de ebriedad en la conducción, un eventual fraude o porque permite una pronta acción policial que de otra manera sería estéril.

⁴ En tal sentido hay también una obligación legal, conforme al artículo 173 de la Ley del Tránsito chilena.

2. UNIDAD DEL SINIESTRO

Importa hacer una referencia al concepto de unidad del siniestro, bajo el cual se entiende que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa original, con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas. Ello “está íntimamente relacionado con el concepto de suma asegurada, puesto que esta opera como límite de la obligación de indemnizar del asegurador respecto de cada siniestro que acaezca dentro del período de cobertura de la póliza, de modo que la cuestión relativa a qué es lo que debe entenderse por un ‘único siniestro’ adquiere en no pocos casos una enorme importancia, en la medida en que será lo que determine el alcance de la obligación de indemnizar del asegurador”⁵.

Aunque no se encuentra regulado en la ley chilena, este concepto es ampliamente utilizado en las pólizas, en especial en grandes riesgos, y resulta relevante en coberturas de daños que involucran una pluralidad de bienes o en responsabilidad civil ante distintas demandas de terceros afectados por un mismo acto. Un caso señero fue el surgido con motivo del atentado a las Torres Gemelas en Nueva York, en que se discutió largamente si se trataba de uno o dos siniestros diferentes, disyuntiva compleja ya que, si bien se registraron dos ataques separados, ambos formaron parte de un mismo atentado o plan de atentado. Al cabo de fallos discrepantes en distintos juicios e instancias procesales los propietarios y las aseguradoras llegaron a un avenimiento por una suma intermedia. Situaciones como esta exigen de las partes contratantes ser especialmente prolijas al momento de describir el riesgo asegurado y particularmente el alcance de este concepto.

Un buen ejemplo de tal definición es la contenida en la cobertura chilena de terremoto, adicional a la póliza de incendio POL 105020, la que para este efecto entiende por evento (el hecho dañoso) como “el conjunto de reclamaciones por daños materiales originados por la misma causa, ocurrido dentro del período de 72 horas”. Con ello introduce una delimitación temporal plenamente justificada ante las diversas manifestaciones y secuelas que un sismo puede acarrear, como tsunamis, réplicas, incendios y otros estragos.

3. EL NEXO CAUSAL

*A causa de un clavo la herradura se perdió,
a causa de la herradura el caballo se perdió,
a causa del caballo el jinete se perdió,
a causa del jinete el mensaje se perdió,
a causa del mensaje la batalla se perdió,*

⁵ ELGUERO (2007) p. 105.

*a causa de la batalla la guerra se perdió,
a causa de la guerra el reino se perdió,
solo por un clavo es todo esto lo que pasó.*

(Poema Mother Goose)

La conceptualización y determinación de causas respecto de un siniestro no tienen que ver con la acepción meramente jurídica, que se identifica con el propósito perseguido por los contratantes al realizar un negocio.

Para este efecto nos interesa abordar el término causalidad como una relación entre causas y efectos desde la perspectiva de las ciencias naturales, especialmente la física. Así, puede ser definida como una relación entre un primer evento (la causa) y un segundo (el efecto), en la cual el segundo evento se entiende como una consecuencia del primero. Es este un tema recurrente de la filosofía a partir de la máxima de Platón: «Todo lo que nace proviene necesariamente de una causa; pues sin causa nada puede tener origen».

En ese campo su fuerza y validez han variado desde el determinismo hasta su virtual desconocimiento, frente a cuya disyuntiva el gran Einstein reflexionó: “Dios no juega a los dados”. Desde una óptica filosófica, Aristóteles vinculó la causalidad a la teoría del conocimiento: este comienza por los sentidos y continúa por el pensamiento. En el libro de los Segundos Analíticos afirma que las verdades básicas, premisas primarias o primeros principios, no son innatos, ya que es posible desconocerlos durante gran parte de nuestra vida. Tampoco se pueden deducir a partir de ningún conocimiento anterior, o no serían *primeros* principios. Afirma que los primeros principios se derivan por inducción, a partir de la percepción sensorial, que implanta las verdades universales en la mente humana. De esta idea proviene la máxima escolástica «nada hay en el intelecto que no haya estado antes en los sentidos» (*Nihil est in intellectu, quod prius non fuerit in sensu*). El filósofo plantea que «conocer la naturaleza de una cosa es conocer ¿por qué es?» y que «poseemos conocimiento científico de una cosa solo cuando conocemos su causa».

A partir de este prisma deriva su clásica distinción de las causas:

a) Material: aquello de lo que la cosa está hecha. b) Formal: se identifica con la forma, aquello que hace ser a la cosa lo que es y no algo distinto. c) Eficiente: aquello que hace la cosa. d) Final: aquello para lo que está hecha la cosa.

En esta línea de pensamiento David Hume proyectó tal postulado a todos los planos de la existencia, incluido el religioso, afirmando que nada existe si no tiene un origen sensorial, ya que todo el conocimiento huma-

no proviene de los sentidos. Nuestras percepciones pueden dividirse en dos categorías: ideas e impresiones (o hechos). Define estos términos en su obra *Investigación sobre el Entendimiento Humano*: “Con el término impresión me refiero a nuestras más vívidas percepciones, cuanto oímos, o vemos, o sentimos, o amamos, u odiamos, o deseamos. Y las impresiones se distinguen de las ideas, que son impresiones menos vívidas de las que somos conscientes cuando reflexionamos sobre alguna de las sensaciones anteriormente mencionadas”. Mientras que las ideas involucran conceptos abstractos como las matemáticas y están gobernadas por las certezas deductivas, los segundos comportan la experiencia empírica donde todos los razonamientos son inductivos. Dado que, de acuerdo con Hume, no podemos conocer nada de la naturaleza con anterioridad a la experimentación, incluso un hombre racional sin experiencia “*no podría haber inferido de la transparencia y la fluidez del agua que ella sofocaría su sed, o a partir de la luz y el calor del fuego que este le consumiría*”. Así que todo lo que podemos decir, pensar o predecir de la naturaleza debe venir de la experiencia previa, lo que lleva a la necesidad de la inducción⁶.

De la filosofía a la práctica hay un corto trecho, pero este debe ser recorrido, porque, al decir de Francis Bacon, “*sería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última, sin remontar a un grado más remoto*”.

Así entonces, desde una perspectiva jurídica –y particularmente en lo que toca al derecho de seguros– la doctrina mayoritaria prefiere optar por atenerse a la causa próxima, que por su coherencia y rigor hace más fácil y segura la aplicación del derecho, siendo tal la que, con criterio temporal, se halla más próxima a ese resultado. Los otros conceptos son asumidos simplemente como condiciones.

Frente a esta teoría hay quienes proponen la causa preponderante (equivocamente llamada eficiente), que invoca como tal la condición predominante, la que rompe el equilibrio entre las condiciones positivas y negativas del resultado.

Otra variante, matizadamente distinta de la anterior, plantea la causalidad adecuada, en que solo pueden considerarse en la determinación del daño las consecuencias adecuadas al hecho generador de la responsabilidad, en una suerte de imputación objetiva de las consecuencias producidas y pasando por alto la equivalencia de las condiciones necesarias de un resultado.

Para Stuart Mills la causa es la suma total de las condiciones positivas o negativas tomadas en conjunto que, una vez realizadas, son invariable-

⁶ HUME (1975) p. 60.

mente seguidas por el efecto. *“Esta noción establece el principio de que todo ser y todo acontecer reales tienen necesariamente su causa, habiendo sido definida esta como el conjunto de las condiciones sine qua non para que ese ser o acontecer se produzca”*⁷.

Ya en el área de nuestra disciplina, para Donati la individualización del riesgo requiere establecer la naturaleza del evento dañoso y la cosa o persona en la cual recae, en tanto que su delimitación exige un examen desde tres puntos de vista: la causa, el tiempo y el espacio. Entonces, la individualización y la delimitación importan dos etapas de un mismo proceso lógico denominado determinación del riesgo. Propone resolver caso a caso el problema del nexa de causalidad con el siguiente método:

- 1) Separando entre los antecedentes cronológicos aquellos sin los cuales el caso en cuestión no se habría verificado (condiciones).
- 2) Separando entre las condiciones aquellas que, según un juicio de experiencia, son adecuadas en abstracto para producir por sí solas el evento (causa o concausa adecuada).
- 3) Separando entre las concausas aquella que es causa adecuada respecto de las otras si son dependientes entre sí, o causa adecuada más próxima al evento, si no son dependientes entre sí⁸.

Halperin y Barbato plantean que la relación causal entre la necesidad –el daño– y el siniestro se rige por las reglas de la causalidad adecuada, pero que previamente deben distinguirse dos tipos de seguros:

- a) los fundados en el principio de la universalidad de los riesgos, en los cuales el asegurador responde sin considerar la causa, que es indiferente: seguros sobre la vida, marítimo, de transporte, de animales, etc.; excepto las limitaciones objetivas que se pacten sobre plazo, lugar o riesgos excluidos por la ley o el contrato, y
- b) los regidos por el principio de la especialidad del riesgo, en los cuales el asegurador solo responde por el daño causado en relación al riesgo, determinado con la máxima precisión posible; que comprende la mayor parte de los seguros, como incendio, robo, granizo, responsabilidad civil, etc. Frecuentemente se limitan aun más por la exclusión de diversas causas del daño⁹.

Así entonces, y hechas tales distinciones, habrá que evaluar también si la causa que determina el evento se encuentra comprendida en la cobertura contratada o excluida de ella. No es suficiente entonces conocer la na-

⁷ ORGAZ (1960) p. 59.

⁸ DONATI (1954) p. 173.

⁹ HALPERIN Y BARBATO (2001) p. 589.

turalidad del evento y su causa, sino que será preciso establecer si aquel ha sido provocado por un hecho amparable y amparado en el contrato. No es amparable un hecho causal excluido por la ley, como sería un acto doloso del propio asegurado, y no está amparado un hecho expresamente excluido en la póliza, v. gr. un accidente de un vehículo motorizado ocurrido en una carrera, como tampoco el que no haya sido incluido o contratado, como sucedería con una propiedad afectada por un sismo, si la respectiva póliza de incendio no contempla tal cobertura adicional.

Cualquier hecho, acontecimiento o fenómeno (efecto) debe derivar de otro hecho, acontecimiento o fenómeno (causa), y la relación de dependencia entre causa y efecto se denomina nexa etiológico. Para hallarnos en mejores condiciones de afrontar el tema resulta indispensable ensayar el enmarque conceptual de algunos elementos de la noción examinada¹⁰.

En general se considera que las repercusiones legales de un acto causal deben remitirse exclusivamente a las consecuencias directas del mismo, ello en el ámbito de la causa adecuada. Un autor expresa: *“La adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos, para producir las consecuencias dañosas. Por eso, la causa adecuada no es un criterio que defina positivamente cuáles consecuencias deben ser consideradas como daños atribuibles al hecho culpable, sino que establece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan en un curso causal anormal o extraordinario ajeno al impuesto por el hecho negligente”*¹¹.

La referida tesis de Donati sobre la ecuación causa-riesgo se basa en la conceptualización de la causa como la circunstancia o fenómeno que al producirse crea otro fenómeno, el cual no se hubiera determinado sin aquel. Y concretamente, en el derecho de seguros el problema consiste en discernir entre los antecedentes lógicos del evento –aquellos que lo condicionan, es decir sin los cuales ciertamente no se habría verificado– de aquellos que le sean extraños o indiferentes.

En cambio, la condición es una circunstancia que preexiste o coexiste con la causa y que le permite producir sus efectos, requiriéndose como elemento esencial a su caracterización el que deba ser suficientemente relevante (en un choque de automóviles tal condicionante podría ser un defecto en el sistema de frenos).

Stiglitz aporta otro elemento, que es la ocasión, definida como una situación de hecho en cuyo ámbito se manifiesta la causa y que en oportunidades asume una importancia esencial (como un accidente ocurrido

¹⁰ STGLITZ (1980) p. 38.

¹¹ BARROS (2006) p. 396.

durante el trabajo, o un siniestro de una póliza de directores y ejecutivos por su desempeño como tales).

La identificación del nexa causal puede dificultarse si el hecho es difícil de distinguir o si concurrieren causas codeterminantes o concausas, cada una de las cuales puede haber tenido incidencia en el efecto dañoso, en cuyo caso este se deberá a una multiplicidad de fenómenos generadores, circundantes y eventualmente acompañados cada uno de distintas condiciones y ocasiones.

Importa asimismo –según hemos visto en la referencia a la causa adecuada– evitar la superposición de nociones distintas como son las de causalidad y culpabilidad. La obra de Stiglitz cita a Orgaz al precisar que “la causalidad tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado cualquiera –o más concretamente un daño– debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión de una persona. Tiene por fin establecer la *imputatio facti* y responde a la siguiente pregunta: ¿debe tal sujeto ser considerado como autor del daño?”

“En cambio, la culpabilidad se propone determinar cuándo y en qué condiciones un resultado debe ser imputado subjetivamente a su autor. Se trata ahora de establecer la *imputatio juris* y responde a esta otra pregunta: ¿debe el autor del daño ser también considerado culpable del mismo, a los fines de la responsabilidad?”

“La primera cuestión –prosigue Orgaz– es previa a la segunda, desde que antes de resolver sobre si el daño se debió a la acción culpable de una persona, hay que establecer que fue realmente su acción la que la produjo”¹².

Otro factor que debe ser considerado junto al hecho causal es su previsibilidad, la que siempre será un componente de la responsabilidad por negligencia y que difícilmente opera en la imputación de un daño subsecuente. Sin embargo, de acuerdo con el criterio de la causa adecuada, “consecuencias que eran psicológicamente imprevisibles en la posición de quien incurrió en la negligencia pueden ser atribuidas al hecho del demandado, porque ocurren en el curso normal de los acontecimientos. Quien maneja a exceso de velocidad no está en condiciones de prever que con posterioridad al accidente un tercero irá a socorrer a la víctima y que, en ese intento, será atropellado por otro vehículo; sin embargo, en general se reconoce que hay una relación de causalidad adecuada, porque lo ocurrido no responde a un curso anormal o extraordinario de los acontecimientos. El trasfondo de la previsibilidad que subyace tras la idea de causa adecuada no adopta la posición *ex ante* del demandado, sino la *ex post*, que retrospectivamente analiza si las consecuencias mediatas del hecho culpable

¹² ORGAZ (1960) p. 53.

pueden ser tenidas por extraordinarias a efectos de excluir la responsabilidad¹³.

Se hace difícil ubicar en este contexto el artículo 533 del Código de Comercio chileno: “Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si cualquiera de las causas concurrentes corresponde a un riesgo cubierto por la póliza”. Para dar un sentido lógico a la norma debemos interpretar que ella está referida a causas preponderantes o adecuadas, conforme a los conceptos antes indicados; y por cierto subentender que ante la pluralidad de tales causas el asegurador que indemniza tiene el derecho a repetir contra los eventuales responsables de otras causas concurrentes¹⁴.

Más preciso es el Código Civil argentino, que en su artículo 901 hace una definición a partir del concepto “consecuencia”. Así, son consecuencias inmediatas aquellas que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; consecuencias mediatas las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, y consecuencias causales aquellas mediatas que no pueden preverse y son producidas por un acontecimiento fortuito e imprevisible.

4. EL SINIESTRO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. CAUSA, RECLAMO Y SUS ALCANCES

Si bien lo antes expresado tiene validez para siniestros de cualquier ramo, el tratamiento del siniestro de responsabilidad civil tiene otras condicionantes, en las que suelen conjugarse elementos que lo revisten de mayor complejidad.

Mediante este seguro el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el daño patrimonial que sufra como consecuencia de una responsabilidad civil en que haya incurrido. Su peculiaridad es que no protege activos sino pasivos, por tratarse de un seguro de deudas.

“La responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes del Código Civil y la de mayor relevancia y desarrollo en las sociedades civilizadas, hasta el punto de que una sociedad es avanzada según el grado de implantación de su responsabilidad civil, lo que se ha venido a llamar cultura de la reclamación de la sociedad. Por ello, el seguro de responsabilidad civil es extraordinariamente importante, ya que está presente en todos los

¹³ BARROS (2006) p. 399.

¹⁴ Un ejercicio teórico de concausas con diferentes responsables permite una mejor comprensión de este tópico: Un peatón es atropellado y levemente lesionado por un automóvil que no respetó su derecho a vía; en el trayecto al hospital la ambulancia sufre un accidente y queda en estado grave; en el centro asistencial la persona no es prontamente atendida y fallece.

ámbitos personales y profesionales (responsabilidad individual, privada, familiar, profesional, como cazador, como conductor de un vehículo, como profesional...), así como empresariales (responsabilidad derivada de la explotación de una empresa o industria, por daños a los empleados, por los causados por los productos fabricados o distribuidos, por contaminar, por administrar una sociedad...) Es la modalidad aseguradora con mayor función social, si no la única”¹⁵.

Para otro autor “el seguro de responsabilidad civil es una necesidad inherente a toda sociedad industrializada que posibilita el normal desenvolvimiento de las relaciones humanas en general –y específicamente las profesionales y las de ámbito industrial– y aporta la seguridad de que los posibles daños y perjuicios causados en el ejercicio de la actividad asegurada podrán ser resarcidos, o cuando menos paliados, en los términos que se hubieren establecido”¹⁶.

Pueden distinguirse en este concepto los seguros de indemnidad y los de reembolso. En los primeros el asegurador se compromete a mantener incólume el patrimonio del asegurado ante deudas que se le generen frente a terceros a consecuencia de hechos u omisiones de los que resulte responsable, pagando la indemnización debida sin que sea exigible que el asegurado la cubra previamente.

En los seguros de reembolso (*pay to be paid*), es el propio asegurado quien paga al tercero la indemnización a la que está obligado y solo después de hacerlo puede reclamar de su asegurador el reembolso de lo pagado. Esta es una modalidad común en las coberturas marítimas conocidas internacionalmente como *Protection and Indemnity* (P&I), que amparan la responsabilidad civil de los navieros.

Por otra parte, los seguros de responsabilidad civil pueden incidir en responsabilidad contractual como extracontractual, siendo sin embargo este último campo el más común para estos contratos. Asimismo la responsabilidad a cubrir puede ser indistintamente material, moral o patrimonial.

Para dar curso a las indemnizaciones a terceros afectados es necesario establecer previamente la responsabilidad del asegurado en el hecho u omisión causante del daño a ser resarcido, lo que puede suceder mediante sentencia o avenimiento judicial o por la simple constatación del hecho causal que dé lugar a un acuerdo extrajudicial, que necesariamente debe ser autorizado por el asegurador. Ello por cuanto la cobertura opera en el ámbito de la denominada responsabilidad civil subjetiva, que exige acreditar la culpa o dolo del autor del daño.

¹⁵ REGLERO (2007) p. 1050

¹⁶ LÓPEZ-COBO (2007) p. 14.

La excepción a lo dicho está en los seguros de responsabilidad civil objetiva, en que la indemnización no está sujeta a la culpabilidad del asegurado, teniéndose como única consideración el daño sufrido por el tercero. En Chile este es el caso del seguro obligatorio de accidentes personales ocasionados por vehículos motorizados. Más allá del ámbito de los seguros la legislación chilena contempla otras circunstancias de responsabilidad objetiva, aunque algunas de ellas pudieran ser más propiamente consideradas presunciones de derecho:

- la Ley del Tránsito dispone que el propietario de un vehículo queda obligado a pagar los daños y perjuicios causados a un tercero, aunque no haya sido conductor del mismo vehículo;
- el Código Aeronáutico hace responsable a la empresa aérea de indemnizar todos los daños que se causan a personas o cosas que se encuentren en la superficie, sea por acción de la aeronave o de cosas que caigan o se desprendan de ella;
- la Ley de Navegación dispone que el dueño de instalaciones terrestres que produzcan daños al medio ambiente marino por derrame de sustancias contaminantes será siempre responsable y deberá indemnizar todo perjuicio que haya causado;
- la misma ley hace responsable al propietario de una nave de todos los daños por contaminación causados por hidrocarburos derramados desde la nave;
- la Ley de Municipalidades establece la responsabilidad de los municipios o el Fisco, en su caso, de los daños causados con ocasión de accidentes que sean consecuencias del mal estado de las vías públicas o de su señalización.

El seguro de responsabilidad civil careció en Chile de toda regulación legal hasta 1988, en que la modificación del Libro III del Código de Comercio lo reglamentó para riesgos marítimos; pero continuó vigente el artículo 552 del mismo cuerpo legal, que prohibía al asegurador constituirse responsable de los hechos personales del asegurado¹⁷. Sin embargo en todo el mundo se fue tomando conciencia de su necesidad ante el constante aumento de riesgos provenientes de actividades industriales, médicas,

¹⁷ Como puntualiza Juan Achurra, el art. 552 del Código de Comercio era contradicho por el art. 582 que, al reglamentar el seguro de incendio, establecía que eran de cargo del asegurador las pérdidas causadas por la acción directa del incendio, “aunque este accidente proceda de culpa leve o levísima del asegurado o de hecho ajeno del cual este sería en otro caso civilmente responsable”. En el mismo sentido, el art. 581 señalaba que “el asegurado contra riesgo de vecino... no podrá reclamar la indemnización convenida mientras no exhiba una sentencia ejecutoriada en la que se le haya declarado responsable de la comunicación del fuego en el primer caso, o del incendio ocurrido en el edificio asegurado en el segundo”. ACHURRA (2007) p. 118.

farmacológicas, químicas y todas aquellas relacionadas con los avances de la tecnología.

Así, sin legislación –e incluso contra ella– la globalización económica, representada primordialmente por las inversiones extranjeras y la apertura comercial, hizo imprescindible que la práctica aseguradora chilena asimilase la experiencia externa, más aún en momentos en que el país se abría fuertemente al mercado mundial e incentivaba la inversión foránea, y en que el proceso de desregulación de la actividad aseguradora marcaba una posición de liderazgo en el continente. Primero surgieron las pólizas convenidas para grandes empresas, especialmente de origen externo, pero luego la propia autoridad fiscalizadora accedió a registrar textos de pólizas de este todavía incipiente ramo. En las últimas tres décadas este fue el seguro de mayor crecimiento en el mercado nacional, a pesar de no haberse derogado el referido artículo 552.

La actual versión del Código de Comercio (vigente desde diciembre de 2013) corrigió las anteriores falencias en la regulación de este seguro, que queda definido en su artículo 570:

“Concepto. Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza.

En el seguro de responsabilidad civil el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento”¹⁸.

El crecimiento explosivo de este seguro ha tenido su contrapartida, especialmente en países con un mayor desarrollo del mismo, en que se ha producido una suerte de cambio cultural, manifestado no solo en la sociedad sino, particularmente, en los tribunales de justicia, que han elevado gradualmente los valores de indemnización, provocando consecuentemente el incremento de los montos asegurados y de las primas, todo ello en un medio de exigencias de contratar tales pólizas por parte de empleadores, hospitales, instituciones públicas, etc., hasta el punto de dificultar la contratación de jóvenes profesionales que no pueden costear tales seguros, como viene sucediendo en Estados Unidos.

En algunos países europeos en que existe acción directa de los terceros contra los aseguradores, los tribunales superiores han elevado el nivel de prestaciones de estos, no solo cuantitativamente, sino también en as-

¹⁸ El pago al tercero afectado constituye una significativa definición normativa, aunque en modo alguno involucra el ejercicio de una acción directa de aquel contra el asegurador.

pectos excluidos de cobertura, como es la culpa grave. Como es lógico, al no estar amparadas tales contingencias los cálculos actuariales anteriores resultaban distintos de los necesarios para incluirlas, por lo que las compañías han debido incrementar las primas considerando las nuevas extensiones del riesgo, con el consiguiente perjuicio al conjunto de la comunidad de asegurados.

Para Elguero, “la interrelación entre la responsabilidad civil y el seguro de responsabilidad civil ha supuesto una cierta deformación de la responsabilidad a favor del seguro. El crecimiento de este seguro ha provocado un incremento de la responsabilidad civil hasta el extremo de que un sector relevante de la doctrina venga predicando de manera constante el ocaso de la responsabilidad civil como consecuencia del desarrollo de su seguro. Es el efecto negativo del seguro de responsabilidad civil, según el cual los asegurados pierden la noción de la peligrosidad de sus actos y de la obligación de repararlos”¹⁹.

Existe entre la responsabilidad civil y el seguro una alimentación recíproca, en que el crecimiento de uno hace crecer al otro. Los jueces tienden a favorecer a la víctima al momento de evaluar responsabilidades cuando hay un seguro que respalda al probable infractor, disponiendo asimismo sumas más elevadas por concepto de indemnización, generando una espiral interminable que, en su conjunto, produce un efecto social no siempre positivo. Los intentos de los aseguradores para neutralizar esta discriminación imponiendo cláusulas de confidencialidad para impedir a los asegurados informar de la existencia de seguros han sido contrarrestados por normas legales (como el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguros española) que han impuesto a los asegurados la obligación de informar a los terceros perjudicados de la existencia y contenido de contratos de seguro de responsabilidad civil.

5. CAUSAS Y CONSECUENCIAS. UN CONCEPTO CONTROVERTIDO

En el seguro de responsabilidad civil el siniestro supone la ejecución por parte del asegurado de un ilícito, civil o penal, contractual o extracontractual, con ocasión del cual se produce un perjuicio a la persona o propiedad de un tercero. Sin embargo, cabe precisar que el ilícito penal solo se extiende a la culpa, por cuanto el dolo del asegurado es unánimemente excluido de las coberturas²⁰.

Para que la obligación convenida en el contrato de seguro sea exigible deben, asimismo, cumplirse algunas condiciones, tales como:

¹⁹ ELGUERO (2007) p. 1051.

²⁰ ARELLANO (2000).

- La existencia de un perjuicio que deba ser resarcido en dinero.
- El siniestro debe ser resultado del desarrollo normal del riesgo existente al comienzo del seguro. Como dice Halperin, “debe ser causado dentro del estado de riesgo fijado en el contrato, por lo que no lo es cuando resulta de un cambio arbitrario o de una agravación del estado del riesgo”.
- Debe producirse durante la vigencia del contrato de seguro. Esta condición nos lleva a la conceptualización del término, a partir de la cual se determina la oportunidad del reclamo, el alcance de las obligaciones asumidas por el asegurador y el principio y término del plazo de prescripción²¹.

El desarrollo del riesgo en el seguro de responsabilidad civil comprende distintas fases, lo que convierte al siniestro en un conjunto de circunstancias que deben concurrir copulativamente para que la indemnización tenga lugar:

- daño a la persona o propiedad de un tercero, que puede estar distanciado en el tiempo del evento que lo originó;
- imputabilidad al asegurado del hecho causal del daño sufrido por un tercero;
- reclamo de la víctima contra el asegurado, que puede presentarse como denuncia policial, reclamo o requerimiento, o bien como acción judicial;
- determinación de responsabilidad y de la consiguiente indemnización, fijada convencionalmente o mediante sentencia judicial, seguida del pago respectivo. En esta última fase suele intervenir el asegurador y, en su caso, la posterior indemnización reviste la característica de reembolso al asegurado para restablecer la integridad de su patrimonio.

Las mencionadas fases han dado lugar a las correspondientes teorías sobre el concepto del siniestro en este seguro. En otras palabras, ¿cuándo se produce el siniestro? ¿Al producirse el hecho causal, al manifestarse el daño, al presentarse el reclamo judicial o extrajudicial, al establecerse la responsabilidad del asegurado, al liquidarse la deuda o al indemnizar este al afectado?

I.- Los defensores de la tesis del reclamo de la víctima ponen énfasis en que el seguro no está orientado a cubrir el daño sufrido por un tercero, sino a resguardar el patrimonio del asegurado, el que solo se ve amenaza-

²¹ Aunque su relación con el tema es evidente, no incursionaremos en el concepto de *claims made*, por cuanto su desarrollo nos apartaría del objeto de este trabajo.

do al momento en que es requerido por el afectado. En consecuencia, el siniestro no existe sino por el reclamo del tercero.

Quienes sostienen esta posición manifiestan que el siniestro, desde el punto de vista del seguro, no es sino la concreción de la responsabilidad respecto de la cual el mismo se contrató; el mero nacimiento del derecho de la víctima no sería sino un perjuicio potencial. Argumentan que si este perjuicio no se llega a traducir en una demanda, terminará por extinguirse por el transcurso del tiempo.

Junto con recordar que en la década de 1930 la ley francesa recogió este criterio –conocido como doctrina de Hémard– Rubén Stiglitz, quien discrepa de él, hace ver que su aplicación tendría las siguientes consecuencias²²:

- para los efectos del seguro, la prescripción corre desde que el tercero ha ejercido una acción judicial contra el asegurado o ha sido indemnizado por este;
- la garantía del asegurador no es debida ni puede ser puesta en movimiento por el asegurado sino como consecuencia de un reclamo formulado por el damnificado;
- producido el evento, aunque el asegurado haya cometido el hecho y aunque se haya causado daño a un tercero, no hay siniestro y el asegurado no puede ni debe requerir la intervención del asegurador;
- el plazo de declaración del siniestro al asegurador tiene como punto de partida el reclamo de la víctima, ya que si esta nada reclama la obligación del asegurador no nace.

Pero el mismo Stiglitz enumera las principales críticas a esta teoría:

- a) Si la función (causa) del contrato de seguro es la eventual indemnización del daño que deriva de la aparición de una deuda de responsabilidad civil, no se puede afirmar que la reclamación, judicial o amigable, importe la “aparición de una deuda”, ya que esta se genera en la infracción dañosa.
- b) La acción judicial del damnificado es un derecho subjetivo ejercido mediante una pretensión procesal y, como tal, potestativo. Ello importaría que el riesgo asegurado (responsabilidad civil) no se admita como débito si el damnificado nada reclama. Se asimila el riesgo al daño y este al reclamo, con lo que el riesgo asegurado pasa a ser el reclamo de un tercero, privando al concepto de riesgo de su condición de eventual. Agrega que el error consiste “en no advertir que el riesgo no es el daño realizado, sino la posibilidad, la eventualidad, la

²² STGLITZ (1980) p. 193.

expectativa del daño; por ello el seguro, como lo destaca Donati, tiene como función la eliminación de un daño eventual”. Una deuda de responsabilidad se genera precisamente al surgir la responsabilidad como consecuencia directa y simultánea del ilícito dañoso.

Viterbo –citado por Stiglitz– puntualiza que “la necesidad de liberarse de las propias deudas no nace en el momento en el cual el acreedor se decide a reclamar cuanto le pertenece, sino que nace en el mismo momento en que nace la deuda”. Agrega que el deudor tiene el derecho (y al menos la obligación moral) de pagar sus deudas cuando estas surgen, sin esperar necesariamente caer en mora.

Además de las planteadas por Stiglitz, a nuestro juicio existe otra objeción de importancia a la mencionada teoría, la que pasa por el ya referido concepto de unidad del siniestro. Si validamos la tesis del requerimiento tendríamos que deducir que hay un siniestro por cada reclamo en caso de haberse afectado a más de una persona, lo que introduce un elemento extraño a la teoría y práctica del seguro, como es prescindir absolutamente del concepto de evento, con las consiguientes consecuencias para efectos de la suscripción, la constitución de provisiones y la liquidación.

Nos parece más coherente la asociación del siniestro al evento dañoso –sin atender al número de afectados–, lo que permite al asegurador abordar este con criterio global, disponiendo de una mejor perspectiva para enfrentar los posibles litigios o las eventuales negociaciones.

II.- La tesis del reembolso hace radicar el siniestro en el pago efectivo al tercero afectado. Más que una teoría, esta es una práctica de aplicación excepcional fuera del ámbito del seguro marítimo *Protection and Indemnity*, que supone que el asegurador no tiene obligación alguna antes del resarcimiento al damnificado, lo que hace recaer en el propio asegurado la tarea de enfrentar la defensa de sus intereses, así como la de obtener los recursos para costear la indemnización.

El grave inconveniente que tiene esta acepción, además de no involucrar la asistencia judicial del asegurado (por lo que no se garantiza la total indemnidad de su patrimonio), es que, si su solvencia es insuficiente, el siniestro solo comprenderá el reembolso de lo que este haya podido cancelar. Esta práctica podría llevar al absurdo de que el tercero actúe judicialmente sobre este reembolso, dando lugar a una nueva obligación de la Compañía, situación que podría repetirse indefinidamente hasta el pago total de la indemnización establecida.

III.- Otra teoría afirma que la obligación del asegurador surge con la determinación o reconocimiento de responsabilidad unido a la liquidación de la deuda. Una variable de ella, sostenida por Durante, impone al asegurado el deber de informar al asegurador la ocurrencia del hecho causal, aun

cuando de ello no se derive ninguna obligación correlativa para la compañía aseguradora.

Se observa aquí la confusión de los conceptos de existencia y exigibilidad de la deuda. Si la deuda no es líquida y exigible no se llegaría a producir el siniestro, por lo que se excluye toda intervención del asegurador en el juicio seguido contra el asegurado. Al dejar en manos de este su defensa judicial, el interés implícito del asegurador quedará en manos de un asegurado que acaso no tenga nada que perder, a excepción de las expensas procesales, que intentará minimizar. Este predicamento involucra la utilización de un producto de seguro deficiente, trunco y potencialmente oneroso para ambos contratantes.

No podemos desconocer que la obligación de pago por parte del asegurador surge una vez determinada la responsabilidad del asegurado y el monto a indemnizar, pero ello no representa más que la fase final dentro de la complejidad de hechos propios del siniestro y posteriores al mismo. La pérdida patrimonial se produce para el asegurado desde que la deuda con el tercero ingresa a su patrimonio, aun cuando ella no se haya hecho exigible.

IV. La mayor parte de la doctrina contemporánea se inclina por la tesis del nacimiento de la responsabilidad del asegurado; es decir, el siniestro se configura en tanto el asegurado se constituye en responsable por su ilícito. Al ser la responsabilidad una consecuencia directa e inmediata del hecho causante, ella existe *per se*, aun cuando no haya sido formalmente declarada.

A pesar de ser coetánea con el evento respectivo, no es este el que configura el siniestro, sino la responsabilidad que le es inherente. Ahora bien, siendo el bien resguardado el patrimonio del asegurado, el asegurador asume el deber de protección a partir del nacimiento de una amenaza a dicho patrimonio, lo que ocurre al momento de producirse la infracción dañosa a un bien jurídico. Es allí cuando nace el crédito en favor del afectado en razón del daño que se ocasionara a su persona o a su patrimonio. Halperin expresa que el reclamo carece de aptitud ontológica para erigirse en riesgo, y que “el riesgo, en el seguro de responsabilidad civil, consiste en convertirse en sujeto pasivo de una deuda de responsabilidad y no en la posibilidad de recibir un reclamo del tercero”²³.

Además de la eventualidad de costear la indemnización, la anterior acepción involucra obviamente una segunda obligación por parte del asegurador, como es la de asumir la defensa del asegurado ante los requerimientos judiciales de quienes se consideran afectados por sus actuaciones. La amenaza al patrimonio del asegurado obliga a la compañía a adoptar

²³ HALPERIN Y BARBATO (2001) p. 1051.

las medidas de resguardo que correspondan, y la principal de ellas es precisamente su representación en juicio. Por lo demás, aquí se produce una coincidencia de intereses, ya que, en términos prácticos, la entidad aseguradora estará defendiendo su propio patrimonio, el que se encuentra comprometido en virtud del contrato de seguro.

V.- Lo anterior obliga a representarse la situación originada por una demanda infundada, escenario que no nos parece adecuadamente cubierto por esta última teoría.

En tal caso puede no haber existido un hecho ilícito o no haberse ocasionado perjuicio a un tercero, por lo que no podemos hablar de la existencia de responsabilidad; pero incuestionablemente el patrimonio del asegurado se verá amenazado por la acción judicial, planteándose desde ya la discusión y prueba sobre sus supuestos actos u omisiones y sus alegadas consecuencias. Por lo demás, no se puede establecer *a priori* que la acción carece de fundamentos en tanto no se haya obtenido un pronunciamiento judicial al respecto.

Consecuentemente, en nuestra opinión el siniestro está representado por la amenaza –efectiva o latente– a que se ve expuesto el patrimonio del asegurado con motivo de un hecho dañoso unido a una relación de causalidad real o supuesta. Esta amenaza puede nacer con su responsabilidad a partir del evento a la que está asociada o, en su defecto, con la simple manifestación de su pretensión por quien se considera afectado. En el primer caso el concepto de siniestro será coincidente con la tesis de la responsabilidad; pero en el segundo el siniestro queda asimilado al reclamo. Y en ambos el denominador común es el mismo: la amenaza al interés patrimonial amparado por el seguro.

Por ello pensamos que constituye una forma sesgada de conceptualización –y por lo mismo, de contratación– la que sitúa el siniestro completamente circunscrito a una de sus etapas de desarrollo. Aquí parece necesario delimitar los planos conceptual y de praxis contractual: la responsabilidad que surge del evento dañoso –o la eventual que pudiera derivarse de una acción aparentemente infundada contra el asegurado–, se representa en una amenaza que puede estar en estado latente e incluso ser desconocida para los contratantes del seguro; pero pólizas como las orientadas a amparar la responsabilidad civil del asegurado por los productos que fabrica, las extendidas a profesionales cuyas actuaciones pueden ocasionar perjuicios muy diferidos en el tiempo, o las que involucran coberturas extensivas al daño ambiental, entre otras, no pueden dejar de considerar la complejidad del riesgo que el asegurador asume y las características propias de los perjuicios que pretende cubrir²⁴.

²⁴ ARELLANO (2013) p. 231.

Un autor señala: “Lo que interesa al asegurador es, precisamente, que se le comuniquen las circunstancias en virtud de las cuales puede verse obligado a indemnizar. En términos prácticos y para efectos de la función de la declaración, es irrelevante si se trata o no propiamente del siniestro, pues el siniestro en el seguro de responsabilidad civil es en sí mismo un término ambiguo, discutido en la doctrina.

Por lo tanto, el siniestro, dependiendo de la teoría a la que se adscriba, puede o no ser antecedente de la notificación. No es eso lo relevante. Lo importante es ser claro respecto a que se requiere información sobre circunstancias que pueden incidir en la responsabilidad del asegurado cubierta por el asegurador. Y para ello, más que imponer la carga de notificar el siniestro, debe imponerse la carga de notificar el reclamo, la demanda o cualquier hecho que pueda afectar a la póliza o afectar a la responsabilidad del asegurador”²⁵.

“Para las pólizas inspiradas en la causa o hecho generador como siniestro (*action committed basis*) son objeto de cobertura las consecuencias dañosas cuya causa o hecho generador tenga lugar entre las fechas de efecto y cancelación de la póliza (período contractual), con independencia de cuando se produzca, manifieste o se reclame el daño”. “La causa o hecho generador es en teoría un hecho, una conducta, una actitud, una actividad imputable al sujeto agente que conduce finalmente a una reclamación de las consecuencias dañosas. Esta causa sería la actitud descuidada del propietario que mantiene sin bozal a un perro, o la actividad médica concretada en la intervención quirúrgica llevada a cabo de forma negligente. Sin embargo, por lo que se refiere a la responsabilidad civil del producto, los perfiles de la causa de diversifican, porque dentro del proceso productivo-distributivo del medicamento podríamos encontrar varios hechos (su defectuosa concepción, errónea dosificación de sus componentes, control de calidad inadecuado, etc.), a los que podríamos atribuir la condición de causales. Cabría asimismo situar como causa el hecho de la comercialización o lanzamiento del producto al mercado”²⁶.

Ahora bien, un mismo hecho generador puede acarrear diferentes consecuencias dañosas de manifestación simultánea o espaciada en el tiempo. La técnica aseguradora tiende a configurar la totalidad de los diferentes resultados dañosos derivados de una misma causa –caracterizada por el acto que los produjo, por la reclamación o cualquier otra forma de definición del siniestro– como si de un solo siniestro se tratara. Es lo que se denomina principio de unidad del siniestro.

²⁵ LAGOS (2006) p. 356.

²⁶ LÓPEZ-COBO (1995) p. 42.

En esencia, se pretende que el conjunto o serie de daños originados por un mismo evento no constituyan siniestros diferentes, evitando que su tratamiento diferenciado permita agotar separadamente a cada uno de ellos el límite establecido como siniestro. Por el contrario, la consideración unitaria de todos los daños o reclamaciones habidos determinan que su conjunto tenga como tope de indemnización el límite de responsabilidad a cargo del asegurador fijado para un solo siniestro, en razón a la misma causa de producción de la que derivan.

Como *modus operandi*, expresa López Cobo, debe considerarse la manifestación del daño en combinación con el hecho generador y la reclamación, siendo determinante –en caso que hubiere varias– la primera de ellas.

Una modalidad –algo discutible– de determinación de responsabilidad, a partir del concepto “consecuencia”, aporta el Código Civil argentino, estableciendo que las consecuencias inmediatas de los hechos libres le son imputables al autor de ellos, al igual que las consecuencias mediatas en tanto aquel las haya previsto o cuando empleando su debida atención y conocimiento haya podido preverlas. Finalmente expresa que las consecuencias causales no son imputables al autor sino cuando son resultante según las miras que tuvo al ejecutar el hecho.

Una variable distinta se presenta cuando concurre como concausa la imprudencia de la presunta víctima de responsabilidad civil. Ello se suele dar en accidentes del tránsito, en que se configura una conducción temeraria del conductor y una imprudencia del peatón (o actuaciones culpables de dos conductores). Esta disyuntiva nos lleva a la denominada causa basal, concepto utilizado para definir cuál de las conductas ha sido la determinante en la producción del daño resultante. Pero no se trata aquí de una figura teórica o doctrinaria que pueda ser asimilada o diferenciada de las antes mencionadas, sino de una mera técnica para establecer la incidencia de varias acciones en un resultado. Ciertamente la conducta culposa de la víctima tendrá siempre un efecto compensatorio, al menos en orden a la determinación de valores de indemnización.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2013): La Ley del Seguro. Editorial Thomson Reuters. Santiago.
- ACHURRA LARRAÍN, Juan (2005): Derecho de Seguros; escritos de Juan Achurra Larraín (Santiago, Asociación de Aseguradores de Chile y Universidad de los Andes).
- ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2000): “El futuro del seguro de responsabilidad civil”, en *VI Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros* (Cartagena de Indias).

- BARROS BOURIE, Enrique (2006) Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CASTELO MATRÁN, Julio y GUARDIOLA LOZANO, Antonio (1992): Diccionario Mapfre de Seguros (Madrid, Editorial Mapfre S.A., Tercera edición).
- DONATI, Antigono (1954): Trattato del Diritto delle assicurazioni private (Milano, Giuffrè).
- HALPERIN, Isaac y BARBATO, Nicolás (2001): Seguros. (Buenos Aires, Editorial LexisNexis Depalma. Tercera edición).
- HUME, David (1975): An Enquiry concerning Human Understanding (Oxford, Clarendon Press).
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2006): Las cargas del acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil (Madrid, Editorial Mapfre S.A.).
- LÓPEZ-COBO, Claudio (1995): Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general (Madrid, Ediciones Nacional de Reaseguros S.A.).
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo (2007): Ley de Seguros (Buenos Aires, Editorial La Ley).
- ORGAZ, Alfredo (1960): El daño resarcible (Buenos Aires, Editorial Omeba).
- REGLERO, Fernando (2007): Ley de Contrato de Seguro (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- STIGLITZ, Rubén (1980): El Siniestro (Buenos Aires, Editorial Astrea).

NOCIÓN DE RIESGO ASEGURABLE: LA IMPORTANCIA DE IDENTIFICAR UN RIESGO ATÍPICO

Insurable risk: The importance to identify an atipic risk

VICENTE RÍOS URZÚA*

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva panorámica, la noción de “Riesgo” constituye un concepto basal para múltiples áreas de estudio en las que converge un común interés por mitigar, administrar, inhibir, controlar y/o reducir los efectos o manifestaciones de dicho concepto. La doctrina y práctica jurídica no han quedado absortas de estos intereses buscando generar categorías y caracterizaciones con ambiciones generalistas que pueden no encontrar correlato en el mundo práctico o frente a la realidad empírica en el que justamente podemos ver la manifestación de eventos riesgosos.

El Riesgo en cuanto tal no constituye un evento puramente probabilístico¹ de inoficioso análisis conceptual para el acervo jurídico, sino que se trata de un elemento esencial del Contrato de Seguros, radicando en ello la importancia del esfuerzo por aportar nuevas caracterizaciones de un concepto que tiende a evolucionar del mismo modo como lo hacen los mercados e industrias en el que aquellos riesgos se manifiestan.

Para efectos del Seguro, como manifestación contractual, la importancia viene dada no solo por los artículos 512, 513 o 521 de nuestro Código de Comercio², que por cierto elevan la idea de Riesgo Asegurable a

* Abogado Universidad Adolfo Ibáñez . LLM© UAI.

¹ Lo puramente probabilístico ha sido críticamente analizado por Nassim Taleb, economista enfocado en el análisis racional de la gestión financiera, quien a través de su conocida metáfora del *Cisne Negro* plantea que se debe tomar una posición definida y profesional no solo frente a los riesgos conocidos (*Cisnes Blancos*), sino también frente a aquellos hechos o eventos no cíclicos, no magnificados, pero que pueden ocurrir (*Cisnes Negros*). TALEB, NASSIM (2011).

² Respecto de la relevancia de la noción de *riesgo asegurable* cobra especial valor el Art. 521 de nuestro Código de Comercio, norma que expresamente indica como requisitos esenciales del contrato de seguros *el riesgo asegurado*, la estipulación de prima y la obligación condicional del asegurador de indemnizar, norma incorporada a través de la Ley 20.667, del 9 de mayo de 2013.

una condición *sine qua non*, sino también por los efectos prácticos que una deficiente caracterización puede concatenar al momento de enfrentarnos a dicha situación que deseamos mitigar. Desde esta perspectiva, hay responsabilidades múltiples que convergen en los actuales procesos de delimitación, suscripción y asunción o transferencia de riesgos que llaman necesariamente a buscar describir o aportar una mayor caracterización de los riesgos asegurables contemporáneos.

El presente ensayo tiene por objeto dar luces respecto la urgente necesidad de incorporar nociones generales respecto de *lo Asegurable*, en el sentido de lograr enmarcar, tanto desde la regulación legal, como desde la práctica, el concepto “Riesgo” como una realidad eminentemente dinámica. Las consecuencias prácticas de lo antes descrito son múltiples, con manifestaciones diversas a lo largo de toda la cadena de gestión de riesgos, desde la fase precontractual o de suscripción, e inclusive hasta la fase de gestión de reclamaciones concretas.

Todo lo antes descrito será abordado desde una noción general del concepto, con líneas respecto a las posiciones de la doctrina y normas legales, generado una base descriptiva sobre la cual realizaremos un esfuerzo por categorizar las nociones de Riesgo conocidas, pensando siempre desde la perspectiva del seguro en cuanto fenómeno legal³. Siguiendo este curso de análisis, aportaremos una descripción contemporánea de la noción de riesgo asegurable, distinguiendo entre riesgos típicos y atípicos, de lo que devendrá el *core* del presente ensayo, fase en la que describiremos las consecuencias prácticas de la distinción antes descrita.

Serán las consecuencias prácticas que menciones, las que nos permitirán plantear algunas propuestas de acciones correctivas, interpretativas y/o procedimentales (respecto del proceso de suscripción de riesgos) en orden a encontrar puntos de conexión entre las aspiraciones comerciales del mercado, la aproximación legal dada por el seguro como fenómeno jurídico y la *lex mercatoria* del rubro, teniendo como principal objetivo lograr aportar bases descriptivas respecto de la noción de riesgo y, a través de ello, fundamentar la necesidad de profundizar la regulación sectorial respecto a los efectos prácticos de la visión dinámica riesgo que se abordará.

II. NOCIÓN DE RIESGO ASEGURABLE

Como ya se mencionó, el riesgo asegurable se presenta como un elemento básico en el contrato de seguros, pero no solo por ser un elemento

³ Hacemos notar que el presente artículo no pretende hacer extensiva la conceptualización de Riesgo en análisis a otras áreas del derecho que pudieren compartir el objeto de estudio, menos aún respecto del Art. 1550 del Código Civil y/o la categorización de las Obligaciones que realiza el Título XII del Libro IV de nuestro Código.

puramente caracterizador del contrato, sino también por tratarse de una circunstancia de hecho que según sea su intensidad, probabilidad de ocurrencia o extensión económica, será lo que definirá, por un lado, la prima o contraprestación que se establecerá de cargo del Asegurado, así como el monto asegurado total o, en definitiva, la máxima exposición que el Asegurador decida asumir⁴. Por lo tanto, la doble dimensión (económica y jurídica) del concepto emana desde su misma conceptualización⁵, siendo necesario mantener presente este doble carácter al momento de analizar la evolución teórica y regulatoria de la noción de *Riesgo Asegurable*.

2.1. Noción de Riesgo Asegurable desde una visión doctrinaria

Tanto la doctrina nacional como la comparada han realizado numerosos esfuerzos para poder definir normativamente el concepto de *Riesgo*, diseñando una conceptualización que sea más profunda que la pura acepción semántica, la que se limita simplemente, según la Real Academia Española, a definirlo como la “*contingencia o proximidad de un daño*”. A simple vista resulta vaga esta definición si queremos enmarcarlo como el elemento esencial y característico por excelencia del contrato de seguros.

Para generar un análisis en perspectiva evolutiva, mencionaremos lo que opinaba el profesor Osvaldo Contreras S. en los 80, quien definía por aquel entonces riesgo como la “*Posibilidad o eventualidad de que ocurra un hecho que perjudique económicamente al asegurado, ya sea porque pueda afectar a bienes determinados, al derecho a exigir ciertas prestaciones, al patrimonio mismo en forma indeterminada o a la vida, salud o inte-*

⁴ De hecho, más allá de lograr definir conceptualmente el riesgo, importará para estos menesteres aclarar con la mayor certeza posible el *estado del riesgo*, entendido como todo el conjunto de circunstancias en torno al riesgo asegurable que pueden influir en su ocurrencia o extensión, porque será el entendimiento de aquellos elementos lo que permitirá al Asegurador definir la “*peligrosidad*” o la real exposición que estará dispuesto asumir. Roullión y Alonso abordan este aspecto al analizar el art. 2 de la Ley 17.418 que regula esta materia en Argentina, concluyendo que *el concepto es que el estado del riesgo que asume el asegurador, permanezca invariable durante todo el término de vigencia del contrato*. ROUILLON, Adolfo & ALONSO, Daniel (2005) Pp. 15 y 16. En nuestra opinión, la invariabilidad absoluta es una característica que las partes podrían libremente acordar o delimitar de acuerdo a las condiciones o probabilidades de ocurrencia del riesgo asegurado, sin embargo, creemos que la variabilidad viene a constituir una subclasificación de los riesgos asegurables, tal como abordaremos en el punto III 3.3 del presente artículo.

⁵ A modo de ejemplo, la legislación brasilera es redundante en este doble carácter al indicar, respecto de la consecuencia de una declaración errada o inexacta de un riesgo asegurado, que el Asegurado será automáticamente responsable del pago de la prima vencida, perdiendo cualquier garantía que pudiere devenir del contrato de seguro suscrito. Art. 766 del Código Civil de Brasil, incorporado a través de la Lei N° 10.406 del 2002. Nuestra legislación se limita a delimitar los efectos de no pago, sin detallar potenciales efectos de deficiencias en la declaración del asegurado que pudieren afectar en esta cuantificación, y no necesariamente en el riesgo, y su extensión o agravación.

gridad de una persona"⁶. En el mismo orden de ideas, Mark R. Greene, lo entendía "como la Incertidumbre que existe de que un suceso pueda ocurrir. [...] suceso que ocasiona una pérdida económica, o un reparto involuntario de valor. [...] el riesgo de pérdida económica es algo que la mayoría de la gente desea evitar. Por lo tanto, es especialmente importante tener un conocimiento claro de su naturaleza"⁷.

Múltiples diferencias podemos tener respecto de estas conceptualizaciones, pero lo capital es dar líneas claras respecto a que hoy en día no solo son asegurables riesgos provenientes de la posible ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, como lo definía la academia y las legislaciones modernas del siglo XIX, sino que también quedan amparados dentro del paraguas del contrato de seguro riesgos provenientes de actos intencionales de terceros y aquellos culposos propios del asegurado o de terceros⁸. Dentro de este orden de ideas ha estado trabajando la doctrina comparada contemporánea, por ejemplo: en Italia, César Vivante, ha caracterizado el riesgo entendiéndolo como un riesgo que debe ser incierto "al menos en cuanto al momento en que habrá de producirse; el riesgo debe ser independiente de la voluntad del asegurador, y para hacerlo tal, hay que hacer que decaiga todo derecho de quien voluntariamente provoca el siniestro"⁹. A su vez, el *Common Law*, incluye dentro de la noción de riesgo aquellos "...reclamos en contra de los asegurados, a menos que exista un acuerdo expreso que los excepcione, incluyendo reclamos por negligencia. No importa si la negligencia proviene del asegurado, sus dependientes o extraños. El riesgo no se extiende a conductas intencionales del asegurado, si a conductas dolosas de dependientes del asegurado o extraños"¹⁰.

Estas líneas evolutivas han tenido resonancia en Chile, de hecho hoy Contreras, apoyado en la caracterización de Garrigues, define riesgo como la posibilidad de que ocurra un evento desfavorable, que provoque un desmedro de tipo económico¹¹, definición que es la que se consolida con mayor claridad como la más exhaustiva en orden a aunar el doble carácter jurídico y económico que la noción de Riesgo Asegurable implica.

En definitiva, del análisis de estas descripciones, podemos obtener una caracterización multidimensional del concepto de riesgo asegurable, en el

⁶ CONTRERAS (2002) p. 56.

⁷ GREENE (1979) p. 2.

⁸ Esta caracterización la explica RÍOS OSSA (2015), p. 8, señalando: "... que el asegurador puede hacerse cargo de riesgos que tengan origen en conductas culposas del asegurado, con tal que estos últimos tomen las cautelas necesarias que hubiese adoptado si no estuvieran seguros de la indemnización."

⁹ VIVANTE (1952) pp. 18- 25.

¹⁰ COLINVAUX (2017), RAOUL, pp. 59 a 60.)

¹¹ CONTRERAS STRAUCH (2015) p. 31.

sentido que debe ser: (1) Consecuencia de un pacto expreso y delimitado, (2) Que permite incluir la asunción de riesgos provenientes de conductas culposas del asegurado, lo que queda sujeto al contexto de las negociaciones asociadas al riesgo que se busca transferir y la cuota que esté dispuesto a asumir el tercero asegurador; (3) Que debe ser posible, es decir, que debe existir una eventualidad o contingencia futura de ocurrencia probable, y (4) Que de ocurrir el hecho, no exista intervención dolosa del Asegurado en dicha ocurrencia, existiendo figuras penales que ayudan a delimitar este aspecto de la conducta¹².

2.2 Art. 513 del Código de Comercio: Breve reseña de su evolución y redacción actual

Previo a la dictación de la Ley 20.667, nuestro actual Art. 513 encuentra su redacción originaria en el Art. 657 del Código de Comercio de 1865, norma que en su inciso segundo indicaba que “*se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito que puede causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados*”. Dicha redacción se mantuvo sin cambios desde los primeros borradores del Código de Ocampo, los que datan de 1955, hasta el 9 de mayo de 2013, fecha en que se publicó la citada ley¹³.

Por años la doctrina nacional formuló diversas críticas a la mencionada redacción, particularmente por la inclusión expresa del concepto “caso fortuito”, lo que evidentemente llama a desconocer riesgos que pudieren ser consecuencia de hechos culpables o dolosos. A renglón seguido, la segunda crítica más reiterada deriva de la mención “objeto asegurado”, dado que resulta evidente que los seguros extienden su cobertura a derechos de diversa naturaleza, sean de daño propio, responsabilidad civil, crédito u otros derivados financieros, etc.¹⁴.

A todas luces lo correcto era avanzar en la formulación actual del Art. 513 letra t), otorgando asegurabilidad a lo imprevisto e irresistible, además de lo culposo del asegurado o lo doloso de terceros. En este sentido, nues-

¹² En este sentido, la Ley 20.667 vino a complementar la regulación existente en orden a incorporar nociones descriptivas derivadas del principio *Uberima Bona Fides*, base sobre la cual se erige la confianza en la que se funda la transferencia de riesgos en el contrato de seguros. Detalles respecto de los aportes de esta Ley en CARVAJAL A., Lorena y MAYER L., Laura (2015) pp. 280 y ss.

¹³ La Biblioteca del Congreso Nacional (BCN, según sus siglas) puso a disposición del público una versión digital de los manuscritos del Dr. José Gabriel Ocampo, con ocasión del Sesquicentenario de la promulgación del Código de Comercio de Chile, que data del 23 de noviembre de 1865. Los documentos asociados a esta conmemoración, incluyendo el primer y segundo borrador del texto en análisis, se encuentran disponibles en versión digital a través del siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Consulta/codigo_de_comercio_manuscritos#2

¹⁴ Detalles sobre las críticas mencionadas en: MORALES GODOY (2010). pp. 264-265.

tro legislador optó por seguir un camino regulatorio que asimile la realidad legislada a la realidad que el mercado asegurador aceptaba incorporar al tráfico comercial, y fue justamente de esta constatación de donde emanó la necesidad de la modificación, tal como lo sostiene el profesor Ríos Ossa¹⁵.

III. DESCRIPCIÓN DE LAS CLASIFICACIONES CONOCIDAS DE RIESGO ASEGURABLE

Los deberes de correcta individualización, delimitación y no agravación que circunscriben la noción de riesgos devienen naturalmente en generar estrategias que permitan una mejor aproximación al concepto. Desde este punto de vista, la doctrina y práctica comercial se han centrado en generar clasificaciones con vocación generalista que permitan, en base a características básicas, aportar nociones descriptivas que faciliten la toma de decisiones del mercado asegurador respecto a la asegurabilidad o no de un determinado riesgo.

Si pudiéramos tomar los elementos descriptivos generales, debiésemos afirmar que un Riesgo Asegurable es aquel que:

- a. Debe constituir un Peligro o amenaza.
- b. No debe ser imposible: En términos de ocurrencia.
- c. Conocido o describible en su contenido o extensión.
- d. No imputable a dolo del Asegurado: Es un elemento *ex post*, pero desde el punto de vista casuístico-profesional del suscriptor, debe ser un elemento analizable *ex ante*.

En base a lo anterior, encontramos clasificaciones de diverso origen, como por ejemplo aquella de origen legal que encuentra su fuente normativa en los Artículos 530, 549 y 551 de nuestro Código de Comercio, que nos permite distinguir entre aquellos riesgos que corresponden naturalmente al asegurador, aquellos por los que responde solo en caso de mención expresa y aquellos por los que derechamente no responde¹⁶.

El profesor Contreras nos presenta otra clasificación esencialmente jurídica que nos permite distinguir entre aquellos riesgos de naturaleza Personal, Real o Patrimonial, lo que sigue la distinción clásica asociada a la naturaleza del derecho que se busca proteger¹⁷. Algunas pólizas hablan de coberturas “todo riesgo”, pero es evidente que se trata de una descripción

¹⁵ RÍOS OSSA (2015). Pp. 10 y ss.

¹⁶ BAEZA PINTO, Sergio (1994). pp. 63-64.

¹⁷ CONTRERAS STRAUCH (2015) p. 32.

puramente caracterizadora que no necesariamente tiene una correlación literal, tal como algunos autores americanos se esfuerzan por aclarar¹⁸.

Si quisiéramos abordar una perspectiva puramente temporal, podríamos hablar de riesgos puros y simples, como la pérdida derivada de un accidente vehicular, o de riesgos catastróficos, como aquel asociado a un terremoto de gran magnitud. De alguna manera esta categoría nos aporta una característica respecto de la previsibilidad del riesgo que se está buscando transferir, pero siempre se asocia a la naturaleza física del incidente y su ocurrencia, por lo que no es realmente una categoría autónoma.

Así como la probabilidad de ocurrencia permite categorizar, también es posible fijarnos en las dimensiones que el hecho u ocurrencia presenta y en cuan variable puede o no ser un Riesgo Asegurable. En este sentido, podemos naturalmente caracterizar un riesgo dependiendo de si es Variable o Invariable, de lo que devendrá un análisis de transferencia que a nivel de suscripción será relevante. Siguiendo esta línea, según al grado de variación o manifestación en el tiempo, los riesgos pueden ser constantes, crecientes, decrecientes¹⁹ o estacionales²⁰.

Claramente las categorizaciones pueden ser múltiples, todas con diversos grados de relevancia dependiendo de Interés Asegurable y de la naturaleza del hecho que un potencial asegurado esté buscando transferir. Todas son distinciones que, en mayor o menor medida, aportan al sentido de delimitación que deviene del art. 525 en relación al art. 524.1 de nuestro Código de Comercio. Sin embargo, creemos que del artículo 525 inciso segundo deviene una sanción para el Asegurador que muy probablemente podamos calificar de estricta, particularmente teniendo en cuenta que en la práctica confluyen diversos elementos que impiden, a nivel de suscripción, efectuar un análisis profundo respecto de la naturaleza técnica, operativa, financiera y/o jurídica del Riesgo que se está buscando influir.

Es evidente que tendamos a insistir en que el Asegurador es el más profesional de la cadena de suscripción de riesgos, asumiendo a su cargo deberes más estrictos de análisis. Sin embargo, en la práctica, podemos encontrar múltiples cuestiones más bien comerciales que pueden influir en que el asegurador no conozca adecuadamente la extensión del riesgo. Es en este escenario donde encontramos una zona gris, dado que podemos tener asegurados potenciales que están respondiendo debida y oportunamente

¹⁸ All risk cover does not mean cover literally against all risks. MALCOM (1994).

¹⁹ EE.UU. cuenta con legislación expresa en este sentido, de acuerdo a la section 18(3) of the 1906 Act, (a) *any circumstance wich diminishes the risk*, norma que incluye como deber de declaración del asegurado justamente mencionar la existencia de circunstancias conocidas que potencialmente puedan influir disminuyendo la probabilidad de ocurrencia del Riesgo Asegurado.

²⁰ CONTRERAS STRAUCH (2015) p. 33.

a todos los requerimientos de información del Asegurador, pero que no necesariamente estén delimitado de manera completa y suficiente el riesgo, lo que puede que no se perciba como relevante sino hasta la ocurrencia de un siniestro. Es esto lo que ocurre justamente cuando el riesgo que se busca transferir es, desde una perspectiva tanto técnica como fáctica, desconocido.

IV. NOCIÓN DE RIESGO ATÍPICO

Atendidas las clasificaciones conocidas mencionadas, podemos conceptualizar un *Riesgo Atípico* como aquel desconocido, normalmente con escaso o nulo precedente de suscripción, vinculado a mercados o industrias en desarrollo y constante innovación y que, dadas esas características, poseen condiciones técnicas y prácticas eminentemente desconocidas para los aseguradores tradicionales del mercado.

Califican como Riesgos Atípicos, por ejemplo, el proveedor de atmósferas controladas para carga perecible durante el transporte marítimo o agricultor que busca proteger su siembra del daño que eventualmente pudiere derivar de daños climáticos imprevisibles, sin mencionar una serie de otros riesgos que derivan directa o indirectamente de la constante evolución tecnológica.

Se debe considerar que un Riesgo Atípico no debe ser justamente un hecho prohibido, dado que en ese escenario califica como Inasegurable. Por tanto, como Atípicas podemos calificar un sinnúmero de actividades innovadoras propias, de las nuevas tecnologías o de los mercados donde se aplican, lo que podemos entender como riesgos emergentes que en alguna medida generan una dicotomía entre la libertad contractual, los límites de la responsabilidad y los límites económicos dados por la naturaleza financiero del contrato de Seguros.

Es claro que estamos hablando de Riesgos no conocidos por el mercado, pero que no por ello, a nivel comercial, no sean susceptibles de suscripción. Por tanto, la contingencia respecto de si un riesgo es o no Atípico debiese ser algo que delimite el procedimiento de toma de seguros desde la misma suscripción, generando como evidente consecuencia que los deberes de información adquieren una extensión precontractual de suma relevancia²¹.

Creemos que el proceso de transferencia de riesgos deviene naturalmente de un proceso de evaluación que todo potencial asegurado (cotizante, durante el proceso de suscripción) ejecuta. No es objeto del presente ensayo abordar la creciente importancia que toman las políticas de preven-

²¹ En esto seguimos al profesor Barrientos, quien analiza las características de la extensión precontractual del deber de información, y sus efectos. BARRIENTOS (2015) Pp. 65 y ss.

ción de riesgos dentro de las organizaciones, ni tampoco describir cómo se manifiesta el rol activo que ha tomado el mercado asegurador de cara a consolidar políticas de *Enterprise Risk Management* (o Gestión Integral de Riesgos Corporativos). Sin embargo, si es relevante hacer notar que estas “nuevas” políticas o directrices de gestión de riesgos vienen justamente a abordar la necesidad de estructurar modelos de prevención que se adapten desde múltiples perspectivas a la contingencia que se define como riesgo, lo que cobra absoluta preponderancia cuando hablamos de Riesgos Atípico.

Desde este punto de vista, podemos mencionar que ya desde 1974 autores venían haciendo alusión a que la gestión de riesgos era un asunto de preocupación en la “empresa moderna”. En este sentido, Greene describe con bastante detalle que la Gerencia de Riesgos constituye un rol de alta dirección que toda empresa, dada la creciente complejidad de las industrias y la consecuente a la multiplicación de riesgos, debía incorporar en su estructura de gestión operacional²². Lo que este autor nos presenta es una realidad incipiente para los 70 pero que hoy encuentra plena vigencia y apogeo dado el eminente carácter “Asegurable Atípico” que han tomado los riesgos en industrias tales como las asociadas a la innovación, tecnología, producción, transporte, por mencionar algunas. Greene nos quería decir que cada vez cobraría mayor relevancia que cada empresa (como motor generador de riesgos) contara con liderazgos ejecutivos profesionales con capacidad para tomar conscientemente la decisión respecto a si transferir o no un riesgo operativo.

Lo anterior es lo que devino en la especialización de los deberes de los Asegurados, la importancia de la correcta y completa descripción de los riesgos y, en resumen, la íntegra delimitación del riesgo que finalmente se está transfiriendo a través de un seguro. Esto es lo que creemos constituyó la primera etapa de evolución regulatoria del mercado, pues fue esta la manera que encontraron la industria y los distintos agentes locales para marcar la responsabilidad que cabe al Asegurado frente a la necesaria definición del *core* del contrato de seguros.

Lo que hoy vivimos, sería una segunda etapa de evolución, la que vendría dada la creciente especialidad de las Gerencias de Riesgos y la continua sofisticación de las metodologías de identificación, análisis y tratamiento de riesgos, lo que es justamente una manifestación práctica derivada de lo que definimos como “Riesgo Asegurable Atípico”, que se ha traducido en múltiples acciones preventivas, que emanan desde la misma industria (asegurados, aseguradores, corredores de seguros, consultores, etc.) y que vienen a apoyar las labores propias de los departamentos de suscripción.

²² GREENE (1979) pp. 99-ss.

En este sentido, es el mercado, *ex ante* la suscripción propiamente tal, el que realiza un análisis técnico del riesgo, siendo esto una expresión viva del máximo grado de diligencia que puede lograr un Asegurado consciente de sus deberes, por una parte, y constituyendo además la manera a través de la cual la industria de gestión de riesgos transferidos logra preevaluar cómo adaptar las soluciones “redactadas” (Pólizas depositadas en organismos reguladores o condiciones redactados ya conocidos y aceptados por mercados tradicionales) a esta nueva dimensión de riesgos.

Lo que explicamos en líneas anteriores manifiesta la fórmula que el mercado ha posicionado para lograr incluir esta nueva categoría de riesgos bajo las condiciones o lineamientos conocidos y aceptados por el mercado tradicional. Lo positivo, es que la Gestión o Gerencia de Riesgos ha venido acompañada del diseño de metodologías de análisis, prevención y transferencia. Sin embargo, lo que preocupa y constituye un aspecto a regular, desde nuestra perspectiva, es cómo incorporar esta fase delimitadora previa como parte integrante del proceso de suscripción, diseño y redacción de la póliza que finalmente se emita. Creemos que en esta fase se pueden tomar decisiones técnicas o puramente selectivas que influyan en la delimitación del riesgo que se presente al Asegurador, lo que en caso de riesgos altamente técnicos, como los mencionados antes, pueden devenir en errores u omisiones eventualmente imputables a terceros distintos del Asegurador, y naturalmente constituyendo esto una atenuante de cara a la aplicación de la sanción del art. 525 inciso segundo de nuestro Código de Comercio.

Del proceso de análisis que la Gerencia de Riesgo aporta, puede surgir la decisión de transferir un determinado Riesgo, pero también será opción internalizar su gestión. Desde esta perspectiva, podemos presumir que un internalizado es justamente uno en el que Deber de Información tenía una extensión que hacía impracticable la transferencia, muy distinto a lo que ocurre en mercados como vida, salud o hogar, en donde los riesgos alcanzar un nivel de análisis tal que las suscripciones son prácticamente automáticas.

Podemos entonces presumir que, si tenemos un Riesgo antiguamente internalizado, con intenciones de ser transferido, probablemente sea Atípico. Pero nuevamente creemos que esto no es una materia susceptible de presunciones, y el llamado es a que el Asegurado y sus agentes intermediarios tomen un rol activo en esta caracterización.

Lo vital es que el Asegurado internalice que Deber de Información, en ciertas industrias, implica un grado de diligencia mayor al del Asegurado de industrias conocidas y/o masivas, lo que es consecuencia directa de la naturaleza especial o atípica del riesgo que administre.

Ahora bien, a nivel de respuestas del mercado, podemos encontrar diversas reacciones. Es decir, frente a un riesgo atípico, podemos ver que el mercado actúa de manera dinámica, obviamente motivados por elemento comercial, por lo que las Pólizas con coberturas amplias de Responsabilidad Civil son comúnmente adaptadas generándose soluciones *taylor made* que logran capturar el “negocio” sin abordar de manera acabada las disquisiciones que este documento plantea.

Por ejemplo, a nivel del Deber de No Agravación del Riesgo, creemos que definir previo a la suscripción si estamos o no frente a un riesgo atípico puede aportar, particularmente dado que los artículos 524.1 y 526 son claros en señalar que ese deber se asocia directamente al deber de información. Sin embargo, en nuestra opinión, se debiese seguir, el menos en la práctica, una modalidad de distribución de cargas de no agravación en la que los agentes intermediarios asuman un grado de diligencia mayor al que hoy conocemos, que estaría circunscrito a un Deber de Información no mayor que aquel exigible al Asegurado, lo que ya vemos que puede variar en caso de encontrarnos frente a Riesgos nuevos.

A nivel de responsabilidad de los corredores de seguros tenemos un estatuto bastante limitado, el que creemos debiese distinguir entre la responsabilidad que le es imputable frente a la intermediación de un riesgo conocido, la que debiese ser menor a la responsabilidad que le cabría de cara a la falta de los deberes de información o delimitación de un Riesgo Atípico, pudiendo incluso extenderse una solidaridad si lo que buscamos es justamente evitar circunstancias de aprovechamiento coordinado o actitudes de defraudación. En este punto, creemos que el intermediario tiene un deber de diligencia que no se agota simplemente en informar al cotizante o tomador acerca de las implicaciones de comportamientos reticentes o desleales durante las etapas de formación y ejecución del seguro, sino que debe participar activamente, mediante una asesoría profesional en la conceptualización del Riesgo Atípico y en la formulación de la descripción al Asegurador, algo mucho más activo que el rol que en la práctica terminan ejecutando.

En un escenario práctico, visto *ex post* la ocurrencia de un siniestro asociado a un riesgo atípico, también podemos visualizar efectos negativos que debiésemos ser capaces de prever y mitigar a través de uso preventivo de esta categorización de Riesgo Asegurable. Por ejemplo, se podría incluir expresamente como antecedente a solicitar por parte del liquidador nominado copia de aquellos antecedentes especialmente estudiados durante el proceso de suscripción de un Riesgo Atípico. Actualmente, en los hechos, muchas veces los Liquidadores deben comenzar a recopilar antecedentes asociados a la operación del Asegurado como si el riesgo fuere desconocido, tiempo que influye negativamente en los plazos de liquidación, y que obviamente se ven extendidos en desmedros de la

gestión de este auxiliar del mercado. Por tanto, si el riesgo suscrito llegase al Liquidador calificado como Atípico, podría incluso incluir un nivel especial de información a solicitar, mitigando estas demoras, y aportando mayor contexto de cara a un siniestro.

Es evidente que lo mencionado puede tener un efecto aún de mayor relevancia, que es justamente la interpretación de la noción de riesgo que se incluye en la póliza, labor que nuevamente llega en múltiples oportunidades a manos del Liquidador solo una vez ocurrido el siniestro, surgiendo en una etapa indeseada la necesidad de analizar la delimitación del Riesgo Asegurado.

V. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de considerar que la sanción del artículo 525 inciso segundo es estricta, creemos que la solución deviene, en un primer sentido, de formular un estatuto de responsabilidad que permita involucrar activamente a los agentes intermediadores de seguros. En este sentido, creemos que son los Corredores de Seguros los llamados a aportar en análisis y conceptualización de aquellos Riesgos Atípicos.

Sabemos que estimar, definir o describir una probabilidad de pérdida en términos de riesgos será lo que finalmente fundamentará la decisión de internalizar o no su gestión. En este sentido, una correcta categorización, previo a la toma de esta esencial decisión, implicará tener presente que el mercado asegurador, por cuestiones económicas o intereses distintos de los técnico-preventivos que motivan la decisión del Asegurado, puede proponer pólizas con estructuras de cobertura que no necesariamente aborden toda la dimensión del riesgo que la industria del asegurado produce.

En este sentido, el llamado se centra en aumentar los niveles de cuidado y diligencia tanto respecto del Asegurado potencial, que en la etapa de suscripción es más bien cotizante, por un lado, y por el otro, generar un esfuerzo regulatorio en orden a profundizar la descripción de deberes y obligaciones de los corredores de seguros. Claramente no creemos que sean los Aseguradores quienes deban profundizar el nivel de estudio o de análisis de una materia respecto de la que no manejen necesariamente todas sus características, sino más bien que deben ser los dos agentes antes mencionados (Cotizante profesional y Corredor) quienes deben, preventivamente, tender a aportar no solo elementos caracterizadores sino también herramientas técnicas que permitan al Asegurador aprehender aquellas características que aporten la suficiencia que una correcta delimitación del riesgo reclama.

Resulta capital mencionar que creemos que la categoría *Riesgo Atípico* es más bien temporal, dado a medida que se avance en procesos de renovación sucesiva y/o, presentándose siniestros de manera frecuente,

se logrará un nivel descripción que aporte la suficiencia esperada en la delimitación del riesgo, pasando probablemente a ser un Riesgo Típico o conocido. Por tanto, creemos que la categoría propuesta cobra especial relevancia respecto aquellos Asegurados que manejan riesgos de industrias en desarrollo, en mercados de alta innovación y respecto de ocurrencias en donde confluyan aspectos técnicos de áreas o ciencias que no son naturalmente constitutivas de Riesgos Asegurables, sino que lo son justamente por encontrarse en un ámbito de desarrollo en evolución o por tratarse de innovaciones en rubros conocidos, como la de los Seguros Financieros que cubren variaciones de precios en la agroindustria, los Seguros de Responsabilidad Civil que cubren a proveedores de servicios tecnológicos vinculados al transporte o los nuevos Seguros asociados a operaciones financieras tecnológicas o Blockchain.

Será entonces en el contexto descrito en donde debemos utilizar la noción propuesta de *Riesgo Atípico* para efectos de prevenir, desde la perspectiva del cotizante diligente y del Corredor profesional, potenciales conflictos en la descripción del riesgo asegurado que en el devenir de la vigencia que se suscriba generen problemas que puedan llegar a cancelaciones o ausencias de cobertura. Lo finalmente debe prevalecer es el ánimo por generar criterios unívocos de delimitación y caracterización de riesgos, lo que termina por aportar la transparencia y dinamismo que el mercado asegurador reclama.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIENTOS, Marcelo (2015): Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorios, definitivo y la propuesta del contrato de seguros en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. 22 n. 1, pp. 65-104.
- BAEZA PINTO, Sergio (1994): *El seguro* (Santiago, Editorial Jurídica, Tercera Edición).
- CARVAJAL, Lorena y MAYER, Laura (2015): *El Nuevo Fraude de Seguros*. en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Chile. Vol. 22 n. 2 pp. 279-313.
- COLINVAUX, Raoul (2017): *The Law of Insurance* (London, London Sweet & Maxwell Limited).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2002): *El Contrato de Seguro* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2015): *Derecho de Seguros* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, Tercera Edición).
- GREENE, Mark (1979): *Riesgo y Seguro* (Madrid, Editorial Mapfre)
- MALCOM, Clark (1994): *The law of insurance contracts* (London, Lloyd's of London press ltd., second edition).
- MORALES GODOY, Sergio (2010): *Código de Comercio: Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

RÍOS OSSA, Roberto: “Modificación al Código de Comercio Chileno: Artículo 513 inciso segundo –El Riesgo–” en RÍOS OSSA, Roberto (edit.): *El Contrato de Seguro, Comentarios al Título VIII Libro II del Código de Comercio (Santiago, Thompson Reuters)*.

ROUILLON, Adolfo y ALONSO, Daniel (2005): *Código de Comercio: Comentado y Anotado*. (Buenos Aires, Editorial La Ley).

TALEB, Nassim (2011): *El Cisne Negro* (Barcelona, Editorial Paidós).

VIVANTE, César (1952): *El Contrato de Seguro* (Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar).