

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Comité Editorial

Profesor Osvaldo Contreras Strauch
Profesor Dr. Hernán Corral
Profesor Dr. Hugo Botto
Profesor Dr. Emilio Sahurie
Profesor Dr. Marcelo Nasser
Profesor Dr. Pedro Zelaya
Profesor Dr. Cristián Banfi
Profesor Dr. Osvaldo Lagos
Profesor Dr. Carlos Ruiz-Tagle
Profesor Dr. Marcelo Barrientos
Profesor Dr. Juan Luis Goldenberg
Profesor Dr. Félix Benito
Profesor Dr. Rafael Illescas
Profesor Andrés Amunátegui

Director

Roberto Ríos Ossa

Editor

Carlos Villagrán Muñoz

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

En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por especialistas que selecciona el Comité Editorial.

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) Aspectos procesales de la Ley 20.667 <i>Cristian Maturana Miquel</i>	11
2) Sobre la tutela del crédito del consumidor: una revisión a partir de modelo de tratamiento privilegiado del crédito del asegurado <i>Juan Luis Goldenberg</i>	45
3) La imperatividad como nuevo desafío de la institucionalidad del seguro chilena <i>Carlos Ruíz Tagle</i>	67
4) Algunas consideraciones sobre la garantía convencional <i>Erika M. Isler Soto</i>	85
5) Nuevas tecnologías y su impacto en los seguros de responsabilidad civil <i>Andrea Signorino</i>	97
6) El orden público en el proyecto de ley de contrato de seguro uruguayo. Un cambio de paradigma <i>Virginia Bado</i>	133
II. Estudios de Derecho comparado	
7) La exclusión de los grandes riesgos de los beneficios de la ley de contrato de seguro en el Perú: el principio de realidad <i>Alonso Núñez del Prado Simons</i>	149
8) La indemnización a la víctima y la defensa del asegurador en el seguro de responsabilidad civil: visión del derecho comparado ibero-latinoamericano <i>Gabriel Vivas</i>	157
III. Ensayos	
9) Sentido y alcance del principio de imperatividad de las normas legales relativas al contrato de seguro <i>Cristián Larrain Ríos</i>	213
10) La relación de causalidad en el derecho de seguros: una mirada desde el <i>common law</i> <i>Rodrigo Hayvard</i>	225
11) ¿Tejo pasado o fraude al seguro? El aumento fraudulento de pérdidas modalidad del tipo del nuevo delito de fraude de seguros <i>Nibaldo Sepúlveda Verdugo</i>	247
12) Incompetencia de los juzgados de policía local para conocer de controversias sobre contratos de seguros <i>José Joaquín Carvallo de Ferari</i>	255

EDITORIAL

Estimados asociados,

Múltiples han sido los esfuerzos académicos surgidos a partir de la necesidad de dar una adecuada explicación o interpretación de las diversas cuestiones jurídicas que trajo consigo la promulgación de la Ley N° 20.667. El presente número de nuestra publicación no ha sido la excepción y, del mismo modo que su edición precedente, se inaugura con un trabajo en la materia, versando esta vez sobre los aspectos procesales de la mencionada ley, artículo de Cristian Maturana que tiene su origen en las VI Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros celebradas en 2014. Siempre en el marco de la novedad normativa, Carlos Ruiz-Tagle presenta un análisis sobre el nuevo artículo 542 que confiere carácter imperativo a las normas que rigen al contrato de seguro, introducción de gran impacto y controversia. Misma norma es analizada más adelante por Cristian Larraín en su ensayo sobre el sentido y alcance de la imperatividad, la cual a su juicio confiere al estatuto de un eminente carácter protector en favor del consumidor de seguros.

Los artículos presentados por Juan Luis Goldenberg y Erika Isler constituyen valiosos aportes en materias poco exploradas pero de enorme trascendencia en la discusión académica. El primero, referido al tratamiento del crédito del asegurado y la necesidad de evaluar una tutela privilegiada del mismo, en el marco del proceso de fortalecimiento de la protección al consumidor que ha tenido lugar durante el último tiempo. El segundo, por su parte, trata sobre las principales notas jurídicas de las garantías convencionales o voluntarias, cuya naturaleza ha sido asimilada a la del seguro, trabajo que forma parte de un proyecto de investigación Fondecyt sobre el contrato de seguro en tanto contrato de consumo.

Siempre en la sección de artículos académicos Andrea Signorino, presidenta de CILA (Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA) y quien inauguró las VII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros de 2015, reflexiona sobre la importancia de las nuevas tecnologías y su impacto en los seguros de responsabilidad civil. Cerrando este apartado presentamos el trabajo de Virginia Bado acerca del proyecto de ley sobre el contrato de seguro, actualmente en discusión en el parlamento uruguayo, y que busca reemplazar una regulación datada de 1866. La reforma introduciría el carácter imperativo de las normas del contrato de seguro, rompiendo así con el principio de autonomía de la voluntad vigente en la materia, similar a lo ocurrido en nuestro país con el advenimiento de la Ley N° 20.667.

En este número destaca la introducción de una nueva sección denominada “estudios de Derecho comparado”, distinguiéndose el artículo de Alonso Núñez del Prado, presidente del capítulo peruano de AIDA, sobre la exclusión los grandes riesgos en la normativa de seguros de dicho país, tema presentado con ocasión de la Congreso CILA celebrado en Cuba en 2015. Gabriel Vivas, por su parte, aporta un valioso estudio comparado sobre la indemnización a la víctima y la defensa del asegurador en el seguro de responsabilidad civil, investigación realizada mediante un completo cuestionario que muestra la realidad de 21 países de Iberoamérica.

Finalmente, la sección “ensayos” cuenta con la colaboración de cuatro socios AIDA Chile. Además del trabajo ya mencionado de Cristian Larraín, Rodrigo Hayward, Nibaldo Sepúlveda y José Carvallo reflexionan sobre distintas dimensiones del Derecho de Seguros, desde la relación de causalidad a la luz del *common law* hasta la competencia de los juzgados de policía local, incluyendo una interesante observación sobre el nuevo delito de fraude de seguros.

Para concluir cabe destacar la incorporación de cuatro nuevos integrantes al comité editorial de la revista. En primer lugar, los profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile Marcelo Barrientos y Juan Luis Goldenberg, este último además director de la Revista Chilena de Derecho. Enseguida, los destacados académicos españoles Rafael Illescas y Félix Benito, quien además se desempeña como secretario de redacción y miembro del consejo de la Revista Española de Seguros. Estas incorporaciones no solo robustecen la estructura editorial de nuestra publicación sino que elevan aún más el estándar de exigencia para futuras ediciones. Con ello se busca continuar con la misión a la que está llamada nuestra Asociación cual es promover el estudio del Derecho de Seguros, siendo la Revista Chilena de Derecho de Seguros el principal vehículo para alcanzar con éxito dicho objetivo.

CARLOS VILLAGRÁN MUÑOZ
Editor

I. Artículos de doctrina

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 20.667

CRISTIAN MATURANA MIQUEL*

I. INTRODUCCIÓN

Para los efectos de esta charla debemos entender qué aspectos procesales dicen relación con los temas relativos a los conflictos en materia de la nueva Ley de Seguros, en adelante NLS¹.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ La Ley 20.667, que regula el Contrato de Seguro, reemplazando el título VIII “*Del contrato de seguro*” del Libro II del Código de Comercio, fue publicada en el Diario Oficial de 9 de mayo de 2013. Dicha ley, conforme a lo previsto en su artículo transitorio debía comenzar regir el primer día del séptimo mes siguiente al de su publicación, esto es, a contar del 1 de diciembre de 2013.

El artículo que se refiere a esta materia es el artículo 543 del Código de Comercio, el que dispone: Art. 543. Solución de conflictos. “Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, este será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria.

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

1° Admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba.

2° Decretar de oficio, en cualquier estado del juicio, las diligencias probatorias que estime convenientes, con citación de las partes.

3° Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido.

4° Apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.

Será tribunal competente para conocer de las causas a que diere lugar el contrato de seguro, el del domicilio del beneficiario.

Debemos entender por un conflicto en materia de seguros conforme a lo previsto en el artículo 543 del Código de Comercio² a:

“cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo”.

En consecuencia, el conflicto de materia de seguros estaría delimitado por dos elementos como son la materia y las personas, lo que daría lugar para la solución del conflicto a las normas del título VIII “*Del contrato de seguro*” del Libro II del Código de Comercio y demás normas, reglas o principios complementarios.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en el conflicto en materia de seguros deben concurrir dos elementos copulativos:

a. **Elemento subjetivo.** Deben ser partes *el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador.*

En este caso, debemos entender que esta identidad de las partes debe ser legal más que física, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

b. **Elemento objetivo.** El elemento objetivo estaría delimitado por la materia del conflicto.

La materia del conflicto es cualquier dificultad que se suscite en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo.

Determinada la existencia de un conflicto en materia de seguros, los aspectos procesales que se presentan a su respecto, como nos enseñaba mi maestro Mario Mosquera Ruiz, debemos dilucidarlos dando respuesta fundamentalmente dos preguntas:

1°. ¿Dónde debo acudir para la solución del conflicto? En otras palabras, cuál debe ser el tribunal competente para la solución del conflicto y

Las compañías de seguros deberán remitir a la Superintendencia de Valores y Seguros, copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley, recaídas en los procesos en que hayan sido parte, las cuales quedarán a disposición del público”.

² En adelante: C.Com.

2°. ¿Cómo debo actuar para obtener la solución del conflicto? En otras palabras, cuál debe ser el procedimiento que debemos utilizar para la solución del conflicto.

II. NORMAS APLICABLES PARA LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE

En esta materia, dado que no se ha contemplado la existencia de un tribunal especial para conocer este tipo de asuntos, lo que debemos analizar es bastante simple:

a. Existe en el contrato de seguro una cláusula compromisoria para someter el asunto a arbitraje

En esta materia, debemos precisar que el arbitraje no reviste el carácter de obligatorio, sino que es meramente facultativo para las partes.

Obviamente, al regir la autonomía de la voluntad el acuerdo arbitral podrá ser incorporado en el contrato de seguro, o bien en un documento aparte con posterioridad una vez suscitado el conflicto entre las partes.

En todo caso, entendemos que en este caso nos encontraremos ante una cláusula compromisoria y no de un compromiso, ya que en ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro.

Estimamos que esta limitación no rige respecto del arbitraje institucional, dado que en tal caso la designación de la persona del árbitro se efectúa por la institución respectiva y con posterioridad a la fecha en que se suscita el conflicto.

Si nos encontramos ante una cláusula compromisoria, las partes de común acuerdo deben designar el árbitro, el que tendrá el carácter de derecho en la dictación de la sentencia y de arbitrador en el procedimiento (árbitro mixto) si las partes nada dicen en cuanto a su calidad. En otras palabras, las partes pueden expresamente convenir en atribuirle al árbitro el carácter de derecho, mixto o de arbitrador, y ante su silencio, el legislador le otorgaría la naturaleza de árbitro mixto.

Es por ello que en caso de existir cláusula compromisoria el legislador estipula que *si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, este será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.*

Las protecciones que el legislador contempla en beneficio de los asegurados, contratante o beneficiario del seguro son dos y consisten fundamentalmente en la siguiente:

a. Limitación en la designación de la persona del árbitro.

En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro; y

b. Desconocimiento de la fuerza obligatoria de la cláusula compromisoria.

Se desconoce la fuerza obligatoria de la cláusula compromisoria para impedir que se acuda a la justicia ordinaria por el asegurado en disputas de seguros inferiores a 10.000 Unidades de Fomento.

En otras palabras, para proteger al asegurado en estos contratos de adhesión, se establece por el legislador que puede esta parte acudir a la justicia ordinaria no obstante la cláusula compromisoria que se pudiere contemplar en el contrato de seguro.

En consecuencia, la cláusula compromisoria es obligatoria para el asegurador, pero no así para el asegurado, teniendo solo este último la opción de acudir a la solución del conflicto de seguro por la vía arbitral según lo estipulado o bien acudir a la justicia ordinaria, a su discreción.

De allí que la denominada excepción de compromiso si se acude en disputas de seguros inferiores a 10.000 Unidades de Fomento a la justicia ordinaria solo podrá ser esgrimida por el asegurado, pero nunca por parte del asegurador, dado que solo para el primero se contempla la opción de acudir a la justicia ordinaria si existe cláusula compromisoria y no así para el segundo.

Debemos hacer presente que esta norma en que se resta eficacia a la cláusula compromisoria en protección de asegurado y confiriendo a este un derecho de opción para acudir ante la justicia ordinaria no es inédita en nuestra legislación.

En efecto, en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores³ se prevé en los dos últimos incisos de su artículo 16:

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin

³ LEY N° 19.046 de 1997, en adelante LPC.

perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente.

Respecto del **reaseguro** cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 29 del DFL 251 de 1931, conforme con la cual podemos contemplar tres reglas:

- a. Los contratos de seguros directos y reaseguros sujetos a la Ley de Seguros deben ser sometidos a la jurisdicción chilena. Todo pacto en contrario es nulo.
- b. Excepcionalmente, las partes pueden convenir que la materia de reaseguros se resuelva conforme a las normas del arbitraje internacional previstas en la ley chilena⁴.
- c. En los contratos de reaseguros, conforme a las normas de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, las partes pueden estipular la ley que ha de regir el contrato, y si nada dicen, la ley aplicable se determinará por el tribunal de acuerdo a las provisiones contractuales o circunstancias en que se celebró el contrato, y si no fuere posible, la ley establecerá el tribunal según cual fuere la que más cercanamente esté relacionada con el contrato⁵.

Conforme a la ley de arbitraje internacional puede pactarse libremente el lugar del arbitraje y en silencio de las partes lo determina el tribunal arbitral (art. 20 LACI) y aplicará para resolver el litigio las normas de derecho elegidas por las partes y si nada dicen, el tribunal utilizará la ley que determinen las normas de conflicto que estimen aplicables (art. 28 LACI)⁶.

- b. No existe una cláusula compromisoria vinculante respecto de una disputa en materia de seguro respecto del asegurado en algunos contratos

Esta situación puede presentarse como hemos visto anteriormente en dos situaciones:

- a. No existe estimulada por las partes una cláusula compromisoria para someter la disputa en materia de seguros a arbitraje o
- b. Existiendo una cláusula compromisoria se trata de una disputa en materia de seguro inferior a 10.000 Unidades de Fomento y el asegurado decide acudir a la justicia ordinaria.

En estos casos, deberá presentarse la demanda ante un juzgado de letras, salvo que se trate de una persona que goce de fuero, en cuyo caso la

⁴ LEY Nº 19.971 de 2004.

⁵ CONTRERAS (2014) p. 620.

⁶ CONTRERAS (2014) p. 624.

disputa de este asunto civil debería corresponder como tribunal unipersonal de excepción a un Ministro de Corte de Apelaciones⁷.

La cuantía en este caso no recibe mayor aplicación⁸, salvo para determinar la instancia en la cual se debe conocer del asunto que podrá ser de única o primera instancia según sea inferior o superior a 10 UTM⁹; y por otra parte, como veremos a continuación respecto del procedimiento aplicable para el conocimiento del asunto.

Determinado que conforme a esas normas de competencia absoluta es competente un juez de letras, debemos precisar a continuación conforme a la regla del **territorio** a cual de dichos jueces le corresponde el conocimiento del asunto.

Al efecto, conforme lo ha dispuesto expresamente el artículo 543 del C. Com. “*será tribunal competente para conocer de las causas a que diere lugar el contrato de seguro, el del domicilio del beneficiario*”.

Creemos que esta norma se encuentra establecida en protección del beneficiario en un contrato de seguro reviste un carácter de orden público e indisponible para las partes. En consecuencia, no cabría una prórroga expresa de la competencia, porque con ello se atentaría en contra de lo previsto en el artículo 542 del Código de Comercio¹⁰⁻¹¹.

⁷ Art. 50.COT. Un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos: 2° De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros de Chile, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los Ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares. La circunstancia de ser accionista de sociedades anónimas las personas designadas en este número, no se considerará como una causa suficiente para que un ministro de la Corte de Apelaciones conozca en primera instancia de los juicios en que aquellas tengan parte, debiendo estos sujetarse en su conocimiento a las reglas generales.

⁸ La cuantía debe ser determinada conforme a las reglas de los arts 115 y sgtes del COT.

⁹ Art. 45.COT Los jueces de letras conocerán: 1° En única instancia: a) De las causas civiles cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales; b) De las causas de comercio cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales, y 2° En primera instancia: a) De las causas civiles y de comercio cuya cuantía exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales.

¹⁰ Art. 542Art. 542. Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en estas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.

Exceptúense de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

¹¹ CONTRERAS (2014) p. 697.

Excepcionalmente sí cabrá la prórroga expresa conforme al inciso segundo del mencionado art. 542 en los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

Sin embargo, entendemos que esa norma del art. 543 reviste un carácter protector respecto de las estipulaciones en el seguro, pero no en cuanto a las actuaciones ante los tribunales. De acuerdo con ello, deberíamos entender que siempre y sin excepción alguna se produciría la prórroga tácita de la competencia cuando se cumplieran los requisitos que se contemplan en el artículo 187 del COT para la procedencia de esta especie de prórroga.

III. NORMAS APLICABLES PARA LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Las disputas que se suscitan en materia de seguros revisten un carácter declarativo y por ello deberán ser resueltas por el juez de letras según un procedimiento de tal carácter y conforme a su cuantía.

No existiendo un procedimiento especial, y no recibiendo aplicación general o especial el procedimiento sumario, corresponde aplicar el procedimiento declarativo según la cuantía del asunto.

La regla general será la aplicación del juicio ordinario civil de mayor cuantía contemplado en el Libro II del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, si la cuantía del asunto fuere inferior a 500 UTM¹² y mayor a 10 UTM se deberá aplicar el procedimiento de menor cuantía y si el asunto fuere inferior a 10 UTM se deberá aplicar el procedimiento de mínima cuantía¹³.

Si el asunto se hubiere sometido a arbitraje, dependerá la tramitación del asunto si el árbitro reviste el carácter de derecho o de arbitrador o mixto, aplicándose en el primer caso uno de los procedimientos antes señalados, y si fuera mixto o arbitrador se aplicará el procedimiento acordado por las partes y si ellas nada dijeren, las normas mínimas de procedimiento de escuchar a las partes y acompañar los documentos que le presentaren¹⁴.

¹² Ver art. 698 C.P.C.

¹³ Ver art. 703 C.P.C.

¹⁴ Ver arts. 223 del COT y 636 y 637 del CPC.

IV. PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO QUE POR MANDATO ESPECIAL DEL LEGISLADOR SE CONTEMPLA SU APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE SEGUROS

Cualquiera sea el tribunal ante el cual se desarrolle el juicio sobre seguros, ya sea un árbitro o un tribunal ordinario, se establecen normas básicas por el legislador para consagrar expresamente los siguientes principios procesales:

- 1°. Principio de libertad probatoria.
- 2°. Principio de la investigación judicial.
- 3°. Principio de la sana crítica.

Obviamente, de conformidad al procedimiento que fuere aplicable ante el tribunal ordinario o arbitral, regirán los restantes principios que pueden inspirar a los procedimientos respectivos.

A continuación nos referiremos brevemente a los principios previstos por el legislador.

1°. Principio de libertad probatoria

De conformidad con el N° 1 del artículo 543 del Código de Comercio se establece que:

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

1° Admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba.

Las corrientes que existen acerca de los medios de prueba son la **doctrina legalista, analógica y libre o discrecional**.

Estas doctrinas tienen por objeto resolver el problema consistente en saber si los medios de prueba que enumera el legislador pueden ser ampliados con otros que no se han contemplado por este, pero que responden a los avances que día a día nos ofrece la ciencia creando nuevos medios destinados a facilitar la demostración e investigación de los hechos que configuran el conflicto en el proceso.

1. *Doctrina Legalista o de la Prueba Legal*

En ella, el legislador procede a través de las leyes reguladoras de la prueba a establecer en forma taxativa los medios de prueba que pueden las partes utilizar en el proceso para acreditar las afirmaciones fácticas que fundamentan la pretensión.

“En los sistemas de tarifa legal, el legislador limita los medios de prueba utilizables en el proceso, pues de otra manera no se podría fijar de antemano el mérito de cada uno; en este caso, el juez solo puede servirse de percepciones obtenidas de determinado modo y luego debe utilizarlas según reglas determinadas.

De este modo se produce la acumulación de dos sistemas vinculados entre sí, pero de diferente contenido: **el de tarifa legal** para la apreciación de las pruebas y **el de las pruebas legales**, que fija taxativamente los medios admisibles en el proceso; es frecuente confundirlos y darle al primero la segunda denominación, pero fácilmente se comprende que contemplan aspectos diversos: la regulación del mérito de la convicción de los medios de prueba y las clases de medios que pueden emplearse.

Por este motivo es posible que en un sistema coincida el sistema de libre apreciación, también llamado de sana crítica o apreciación razonada, con el de pruebas legales que limita los medios admisibles, como en efecto ocurre en la mayoría de los países que han consagrado aquel para el proceso civil, e inclusive en el penal¹⁵.

Quienes sustentan esta posición sostienen que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de los hechos.

En Chile, los artículos 1698 del Código Civil; 341 del C.P.C.; 110, 111, 456 y 457 del C.P.P. señalan taxativamente los medios de prueba que pueden ser utilizados dentro del proceso, con lo cual se excluye la utilización de cualquier otro medio que no esté establecido en la ley.

La aparición de nuevos medios por los avances tecnológicos importa la existencia de una realidad que requiere ser reconocida por el legislador a través de la modificación de los textos legales que contemplan los medios de prueba, pero aquellos no podrían ser reconocidos por los jueces sin que exista una reforma legal previa, al incurrirse en ese evento en una infracción de ley.

Esta situación ha experimentado una evolución en el antiguo proceso penal, puesto que el legislador estableció en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, agregado por la Ley 18.857 de 6 de diciembre de 1989, que “podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, **en general, cualquier medio apto para producir fe**”.

¹⁵ DEVIS (1988) p. 553.

No obstante, aun respecto de estos medios se ha establecido el sistema de la tarifa legal, puesto que el referido precepto legal establece que “estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios”.

En consecuencia, en el antiguo proceso penal es posible admitir los modernos medios de prueba por parte del tribunal, pero ellos nunca podrán servir por sí solos para dar por acreditado un hecho al establecerse que solo podrán constituir una base sobre la cual se debe construir una presunción o indicio.

2. *Sistema Analógico*

De acuerdo con este sistema, se sostiene que la enumeración que se efectúa por el legislador respecto de los medios de prueba es taxativa en cuanto al género, pero no en cuanto a la especie.

Es por ello que los medios de prueba creados por el avance tecnológico serán admisibles si ellos guardan analogía o son asimilables a los señalados por el legislador. Así se señala que será documento una fotografía, una radiografía y eventualmente una grabación fonográfica.

Los que sustentan esta doctrina señalan que no es necesario que se modifique la legislación para la incorporación como medio de prueba de aquellos elementos creados por el avance tecnológico, sino que ello puede realizarse a través de una interpretación progresiva y analógica.

Al respecto, el destacado procesalista uruguayo Eduardo Couture ha señalado que: “La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de alfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, la autopsia, etc, son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni siquiera previsibles en el período de nuestra codificación procesal. Y todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados.

Ante esta aparente contradicción entre la doctrina y la vida del derecho, no parece necesaria una larga reflexión. Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es lo contrario: que el juez no cierre los ojos a las nuevas ciencias de observación que

la ciencia pone, con imaginación siempre renovada ante él. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho.

Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de la prueba documental; es asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un sonido musical; la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar), caen dentro del campo de la prueba pericial, etc.

Puede admitirse, pues, en conclusión, que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio¹⁶.

3. *Sistema de la Prueba Libre o Discrecional*

De acuerdo con este sistema, la enumeración de los medios de prueba se efectúa solo con un carácter referencial.

En este sistema se deja al juez en libertad para admitir u ordenar los que considere aptos para la formación de su convencimiento¹⁷.

En consecuencia, se debe aceptar la utilización de todo nuevo medio de prueba, no por tenerse que asimilar por una interpretación analógica a los ya existentes, sino porque se adopta una apertura dentro del sistema que permite su incorporación en forma libre y discrecional para acreditar los hechos.

En el nuevo sistema procesal penal¹⁸, en los proceso de familia¹⁹ y en el proceso laboral²⁰ se contempla expresamente la libertad de prueba²¹.

En este sistema, se mantiene eso sí la prohibición de utilizar algunos medios por razones de legalidad, moral y de libertad personal, como acontece con la exclusión de las pruebas ilícitas²².

¹⁶ COUTURE (1958) p. 262 y 263.

¹⁷ DEVIS (1988) p. 553.

¹⁸ Véase art. 295 de NCPP.

¹⁹ Véase art. 28 LEY N° 19.968 de 2004.

²⁰ Véase art. 454 N° 8 del Código del Trabajo.

²¹ Véase art. 286 del Proyecto.

²² Véase arts. art.276 inc. °3 NCPP, art.31 LEY N° 19.968 de 2004, art. 453 N°4 del Código del Trabajo y art. 292 del Proyecto.

En cuanto a la forma de rendición de medios de prueba no contemplados por el legislador, se aplican analógicamente aquellas formas de producción establecidas por la ley o se entrega al Tribunal la regulación de la forma en que ella deberá materializarse²³.

Finalmente, la apreciación en cuanto al valor de estos medios de prueba no contemplados por el legislador, al igual que los medios de prueba que si regula en cuanto a su existencia y forma de rendición, queda entregada al tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica²⁴.

Al respecto, debemos tener presente que sobre esta materia se ha señalado que: “toda esta discusión doctrinal y jurisprudencial, se basa en el error de no distinguir entre fuentes y medios de prueba, lo que ha obligado a hacer esfuerzos inútiles para hacer que la ley diga lo que no puede decir y para evitar que diga lo que nunca pretendió decir. La inutilidad proviene de comprenderse que las enumeraciones legales lo son de medios de prueba, pero no de fuentes de prueba.

Si los medios de prueba son fundamentalmente actividad, esto es, si en ellos se regula la actividad que es preciso realizar para incorporar una fuente al proceso, dicho está que los medios tienen que ser siempre y necesariamente *numerus clausus*, por la consideración elemental de que las únicas actividades posibles en el proceso son las reguladas en la ley, dado que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad, como se desprende inequívocamente del artículo 1 de la LEC.

No cabe ni aun imaginar cómo podría el juez realizar una actividad no prevista en la ley y, mucho menos, atribuirle facultades discrecionales para conformar el proceso según le pareciera conveniente. Los medios de prueba son, pues, los regulados por la ley, y no hay otros.

Si las fuentes de prueba son algo extrajurídico, que existe independientemente del proceso, la consecuencia ineludible es que las leyes no pueden abarcarlas todas. La pretensión del legislador de realizar una enumeración taxativa de las fuentes de prueba sería absurda, por cuanto equivaldría a pretender detener el paso del tiempo. Cada día se inventan o se descubren nuevas fuentes y no cabe realizar de ellas una enumeración cerrada que deba ser válida para todos los tiempos; las fuentes por su propia naturaleza son indeterminadas, y si algunas de ellas han permanecido durante siglos otras han tenido una vida efímera.

Los documentos, entendidos como escrito incorporado a un papel, tiene una larga historia y parece que va a tener todavía algún futuro, pero

²³ Véase arts. art. 323 de NCPP, 64 LEY N° 19.968 de 2004, art. 454 N° 8 del Código del Trabajo y art. 340 del Proyecto.

²⁴ Véase arts. art. 297 de NCPP, 32 LEY N° 19.968 de 2004, art. 456 del Código del Trabajo y art. 295 del Proyecto.

el télex, por ejemplo, surgió hace unos pocos años y hoy prácticamente ha desaparecido, sustituido por el fax o por el correo electrónico, y no sabemos qué nos depararán los años venideros.

El verdadero problema no es, por tanto, el de saber si los medios y las fuentes son *numerus clausus* o *apertus*; lo problemático es cómo se introduce una nueva fuente en el proceso por alguno de los medios regulados en la ley. Si la regulación de un medio se hace legalmente pensando en una única fuente, puede que surjan dificultades procedimentales para incorporar al proceso una nueva fuente, por lo que sería conveniente en ocasiones regular algunos medios de modo más general²⁵.

Nuestra legislación se ha encargado de regular los diversos aspectos que dicen relación con los medios de prueba. Es así como:

1. Se designa taxativamente los medios de prueba (Arts. 1698 del C.C., 341 del C.P.C. y 108, 110, 111 y 457 del C.P.P.), con la excepción contemplada en los artículos 113 y 113 bis del C.P.P. En los modernos sistemas orales se indican a modo referencial, puesto que se contempla expresamente el sistema de la libertad de prueba²⁶.
2. En algunos casos se establece la concurrencia obligatoria de algún medio de prueba (Art.1701 del C.C.); y en otros se excluyen algunos medios de prueba respecto de ciertos hechos o actos (Art.1708 C.C. y 110 del C.P.P.)²⁷.
3. Se señala el valor probatorio de cada medio de prueba (Arts 1700 y 1706 C.Civ; 357 N. 1, 383 y 384 C.P.C.; Arts 1703 C.Civ y 399 del C.P.C.; Art 408 C.P.C.; art 425 C.P.C.; y art.426 C.P.C.

En el antiguo sistema procesal penal, se señalan los valores probatorios de cada medio de prueba en los artículos 459, 464, 470, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 484, 487, y 488 del C.P.P.).

En los modernos sistemas penales, de familia y laborales, la apreciación del valor de los medios de prueba no contemplados por el legislador, al igual que los medios de prueba que sí regula en cuanto a su existencia y forma de rendición, queda entregada al tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica²⁸.

4. Establece la forma de apreciar comparativamente la prueba por parte del tribunal en los casos contemplados en los arts.428 del CPC. y 456

²⁵ MONTERO (1996) pp. 87 y 88.

²⁶ Véase art. 295 de NCPP, art. 28 LEY N° 19.968 de 2004, art. 454 N° 8 del Código del Trabajo y art. 286 del Proyecto.

²⁷ Véase art. 295 inc. 2 y 3 del Proyecto.

²⁸ Véase arts. art. 297 de NCPP, art. 32 LEY N° 19.968 de 2004, art. 456 del Código del Trabajo y art. 295 del Proyecto.

del CPP. Ello no procede en los modernos sistemas en que se contempla un sistema de la sana crítica.

5. En materia civil, respecto de los medios probatorios no contemplados por el legislador en su enumeración se incorporan dentro de los medios de prueba por aquel establecidos. Así por ejemplo una fotografía puede formar parte de un informe de peritos si se incorpora dentro de este, o tener carácter testimonial si se reconoce por un testigo en el proceso, de confesión si se reconoce en una absolución de posiciones; etc.²⁹. Ello no procede si es que se contempla un sistema de libertad de medios de prueba y de sana crítica como ocurre en los modernos sistemas orales en materia penal, de familia y laboral en que a la forma de rendición de medios de prueba no contemplados por el legislador, se aplican analógicamente aquellas formas de producción establecidas por la ley o se entrega al Tribunal la regulación de la forma en que ella deberá materializarse³⁰.

Como veremos al final, si el legislador establece en los juicios sobre materias de seguros un sistema de la sana crítica, lo que resulta congruente contemplar un sistema de libertad probatoria para que sea el juez el encargado de determinar el valor de los medios de prueba que se rindan en el proceso, los que debe analizar uno a uno y en forma conjunta para el establecimiento de los hechos al momento de pronunciar la sentencia definitiva.

2°. Principio de la investigación judicial.

De conformidad con los N°s 2 y 3 del artículo 543 del Código de Comercio se establece que:

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

2° Decretar de oficio, en cualquier estado del juicio, las diligencias probatorias que estime convenientes, con citación de las partes.

3° Llamar a las partes a su presencia para que reconozcan documentos o instrumentos, justifiquen sus impugnaciones, pudiendo resolver al respecto, sin que ello implique prejuzgamiento en cuanto al asunto principal controvertido.

²⁹ En el nuevo sistema procesal penal, se ha establecido el sistema de la prueba libre o discrecional.

En este sentido, se ha señalado respecto del nuevo sistema procesal penal, que “el sistema de prueba contemplado es el de completa libertad probatoria, lo que significa como regla general que todo hecho puede ser probado por cualquier medio de prueba”.

³⁰ Véase arts. art. 323 de NCPP, art. 64 LEY N° 19.968 de 2004, art. 454 N° 8 del Código del Trabajo y art. 340 del Proyecto.

Nuestro legislador ha introducido con este precepto legal el principio de la investigación judicial, entendiendo que la resolución de conflictos debe resolverse aproximándose a la verdad, debiendo por ello el juez contar con las facultades para poder alcanzar semejante objetivo.

La iniciativa del juez en materia probatoria es uno de los aspectos que ha sido objeto de mayor debate en la doctrina.

Todos coinciden en la regla general consistente en que corresponde a las partes la prueba de los hechos alegados.

Los antiguos brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* ponen de manifiesto el deber y facultad del juez, primero de conocer el derecho, y, segundo, de aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada. Esta facultad y deber no está sujeta a discusión doctrinal y no lo está porque las normas jurídicas no sirve para delimitar el objeto del proceso. Las normas existen o no independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas³¹.

La máxima de aportación se ciñe a los hechos, nunca al derecho o calificación jurídica, que en virtud del principio de la sustentación corresponde siempre al órgano jurisdiccional (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

La divergencia surge por parte de quienes sustentan una postura liberal, según la cual el juez no debe disponer la apertura del proceso a la prueba como ordenar la realización de un medio de prueba si no ha sido propuesto por alguna de las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material³².

Las razones esgrimidas por los sustentadores de la **postura liberal** por las que no debe admitirse que un juez posea facultades probatorias son las siguientes:

- a. El juez que ordena pruebas de oficio estaría realizando un acto que corresponde a las partes y por ello se perdería su garantía de la imparcialidad o calidad de tercero ajeno a las partes.
- b. La facultad de que el juez decreta actividades probatorias parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser negligente o ignorante, lo que solo puede entenderse por una concepción autoritaria del proceso.
- c. El otorgamiento de facultades al juez civil no es armónico con la disminución de los poderes del juez penal.

³¹ MONTERO (2006) p. 77.

³² MONTERO (2006) p. 73.

- d. Al juez frente a la inexistencia de pruebas respecto de un hecho le corresponde aplicar las reglas de la carga de la prueba, puesto que para dar por acreditado el hecho no acreditado no le corresponde desplegar actividad probatoria alguna como tampoco puede utilizar para ello su conocimiento privado.
- e. No existe comprobación empírica alguna de que la sentencia dictada por un juez que pueda disponer pruebas de oficio tenga un grado directamente proporcional a los poderes del juez como tampoco se ha probado que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el deseo de la injusticia.
- f. Las pruebas decretadas por el juez no puede como finalidad más que dar o negar fundamento a las demandas, excepciones o defensas propuestas por alguna de las partes.
- g. Deben separarse poderes de proposición, admisión y práctica de la prueba, debiendo concederse al juez poderes para la proposición y admisión de prueba en virtud de la dirección formal, pero solo excepción debería poder practicar pruebas de oficio porque se rompe el equilibrio en el proceso en beneficio del juez y en perjuicio de una de las partes. Esta situación de excepción se daría en caso que las partes hayan sido diligentes en la proposición y practica de los medios de prueba y su iniciativa se ha visto frustrada por causas ajenas a su voluntad, el juez debería hacer lo necesario para la práctica –in extremis como diligencias finales– de los medios de prueba fallidos.

Nadie discute que la afirmación de los hechos debe seguir siendo siempre un acto de parte, porque ellos son los que integran una pretensión disponible para las partes, pero se sostiene por algunos que siguiendo la doctrina de los europeos luego de la primera guerra mundial y apartándose de la concepción de los postulados liberales, debe al órgano jurisdiccional concedérsele facultades para ordenar la prueba, aunque las partes no la hayan propuesto.

Los que sustentan la **corriente socializadora y publicista del proceso**³³ defiende las facultades del juez para decretar pruebas de oficio basado en las siguientes razones:

- a. El proceso es una institución pública diversa de la relación jurídica privada entre el demandante y el demandado, cuidándose el interés del Estado en la persecución ordenada del derecho mediante la dirección del proceso y el conocimiento por parte del juez.

³³ La publicización del Derecho Procesal consiste en la idea o principio de que el Derecho Procesal es un derecho público, aunque sea un instrumento de tutela de derechos privados. MAURO (2006) p. 53.

- b. El principio de aportación de parte es completamente separable del principio dispositivo, siendo aquel un expediente técnico del procedimiento que corresponde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional.
- c. El proceso como institución pública debe ser veraz, legal y justo, debiendo poseer el juez poderes para acercarse a la verdad, puesto que nadie puede alegar un derecho o ocultar al juez o engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras. La jurisdicción es una función destinada a hacer justicia mediante una actuación del derecho objetivo en forma igualitaria y tutelar los derechos fundamentales y no una función concebida en beneficio de los particulares destinada a resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre ellos.
- d. El poder del juez será tanto mayor cuanto más contenido tenga el objetivo de justicia que se intenta conseguir en la forma más rápida y eficaz.

Por ello se ha señalado por un autor norteamericano que hasta en la órbita más dictatorial del Derecho civil, el *hombre pequeño* ha tenido de muchas maneras, un acceso más rápido al juez ya la justicia que en este país³⁴.

- e. Aun cuando el proceso encuentre su justificación en fines privados como la propiedad, aun ella debe cumplir con un fin social, por lo que en una institución pública no cabe más que reconocer que el bien social puede justificar que para el logro de la justicia se le entreguen poder probatorios al juez.

A fin de cuentas los frutos de la victoria deberían corresponder, no a la parte que cuente con el mejor abogado o con el investigador más diligente, sino a la parte que sostenga la causa más justa³⁵.

- f. El juez debe buscar en el proceso la verdad objetiva para poder dictar un fallo justo, por lo que no puede ser negligente en su labor, debiendo ejercer los poderes que la ley le otorga, con la prudencia necesaria para no lesionar las garantías de defensa ni los valores superiores.
- g. La sola actividad de las partes es insuficiente para alcanzar la verdad, por ello se proveen al tribunal un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho y en la presentación de prueba
- h. El derecho a la prueba no significa monopolio de las partes sobre la misma, sino la libertad de estas de utilizar todos los medios probato-

³⁴ MAURO (2006) p. 77.

³⁵ WITHEHEAD, R. citado por MAURO (2006) p. 76.

rios para lograr la convicción del juez, lo que no significa privar al órgano jurisdiccional de disponer medios probatorios *ex officio*, ambas iniciativas son plenamente compatibles;

- i. El axioma consistente en que las partes son quienes mejor defienden sus intereses y en consecuencia nadie mejor que ellas pueden conocer los medios de prueba acreditadores de sus alegaciones fácticas aun cuando fuera cierto, no explica que deba omitirse toda iniciativa probatoria del juez.
- j. La carga de la prueba no priva al juez de la iniciativa probatoria, porque dicha regla se aplica al momento de dictar sentencia y no con anterioridad que es cuando debe decretar la prueba de oficio.
- k. En el proceso rige el deber de lealtad y de probidad de las partes y defensores en el proceso, y en particular a la introducción de un deber de verdad: esto es, el deber de la parte y su defensor de no alegar hechos que sepa que son falsos y de no negar hechos (alegados por el adversario) que sepa que son verdaderos³⁶.
 - l. El juez no pierde imparcialidad cuando aporta prueba al proceso, por cuanto:
 - 1.1. Al decretar la prueba no sabe a quién favorece, puesto que ello solo se conoce luego de la rendición de la prueba;
 - 1.2. Si tribunales de otro orden pueden decretar pruebas, no puede sostenerse que ellos serían parciales cuando ejercen esas facultades.
 - 1.3. No puede sostenerse que al decretarse una medida para mejor resolver un juez opte por renunciar a su imparcialidad
 - 1.4. Existe contradicción en sostener un juez activista en la práctica de diligencias probatorias y pasivo en el aporte de material probatorio, puesto que en ambos casos perdería su imparcialidad;
 - 1.5. La situación consistente en que el juez puede dar mayor valor a las pruebas decretadas por él se limita con la motivación de la sentencia, los recursos jurisdiccionales y una limitada iniciativa probatoria.
 - 1.6. La imparcialidad no es sinónimo de neutralidad (juez cruzado de brazos y con la boca cerrada), por lo que un juez que decreta pruebas para alcanzar la justicia de su decisión no realiza labor de parte, sino que cumple como tercero con su función pública de ejercicio jurisdiccional.

³⁶ MAURO (2006) p. 85.

No se debe propiciar ni un juez meramente espectador como tampoco un juez dictador. Debemos tener como señala Alcalá Zamora un juez director que interviene cuando hay abusos, omisiones o desviaciones evidentes entre las partes, a un tiempo como jurisperito y jurisprudente. En otras palabras, deberíamos reconocer la existencia de un principio de investigación judicial que operaría solo en forma complementaria del de aportación de parte y sin desconocer la contradicción e igualdad que debe regir al debido proceso.

Por ello se ha señalado que aun cuando el juez puede disponer de oficio un medio de prueba, no lo puede hacer más que con el objeto de indagar si hechos espontáneamente y libremente alegados por las partes son verdaderos. No puede en cambio disponer de oficio medios de prueba al objeto de descubrir hechos jurídicos diversos a los alegados por las partes, no puede por ejemplo llevar a cabo de oficio investigaciones al objeto de descubrir si un derecho del actor ha prescrito ya, a menos que la prescripción haya sido hecha valer espontáneamente por el demandado³⁷.

- 1.7 La potestad probatoria del tribunal no resulta contraria a la imparcialidad, debiendo analizar cada ordenamiento jurídico para emitir un juicio en tal sentido.

3°. Principio de la sana crítica

De conformidad con el N°s 4 del artículo 543 del Código de Comercio se establece que:

El tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de la causa, tendrá las siguientes facultades:

4° Apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.

El fin de la prueba es lograr generar una convicción objetiva del juzgador acerca de la exactitud de los hechos afirmados por las partes.

Tres sistemas se han señalado que existen para que el juez valore las pruebas rendidas por las partes para determinar la existencia de los hechos afirmados por las partes:

- a. **El sistema de prueba legal o tasada**, según el cual el legislador le preestablece tarifas probatorias o serie de reglas al juzgador, mediante las cuales debe aceptar determinadas afirmaciones o discriminar otras.

³⁷ MAURO (2006) p. 84.

- b. **La libre valoración de la prueba o sana crítica** según el cual debe ser el juez quien debe formar su convicción de forma objetiva y razonada en la fundamentación del fallo, basado en las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y principios científicamente afianzados, para determinar conforme a la prueba rendida la existencia de los hechos que integran las afirmaciones formuladas por las partes.
- c. **La íntima convicción** según la cual debe ser el juez que debe formar su convicción subjetiva interna acerca de la existencia de los hechos que integran las afirmaciones formuladas por las partes, la que muchas veces ni siquiera es exteriorizada como acontece con el jurado.

En el sistema de la prueba legal o tasada fundada en motivos de seguridad jurídica, existe una sustitución del juez por el legislador en el que este le señala a aquel de un lado, un *numerus clausus* de medios probatorios con arreglo a los cuales la partes deben persuadir al juez, y le establece, de otro, un conjunto de reglas para la valoración de los mismos.

En los nuevos sistemas se ha invertido la actual situación que rige en el sistema procesal civil antiguo regido por el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil en que la regla general es la del sistema de prueba legal y como excepción la sana crítica.

En los nuevos sistemas la regla general es la sana crítica, sin perjuicio de haberse mantenido algunas de las reglas del sistema de la prueba legal, como lo es el consistente en que los contratos solemnes se prueban por su solemnidad, y que un hecho presumido de derecho no admite prueba en contrario.

Para que opere el sistema de la sana crítica es necesario tener presente que no puede existir sin la intermediación de las relaciones entre el juez que debe pronunciar sentencia y los elementos de los cuales debe extraer su convicción (personas, objetos, lugares)³⁸.

La sana crítica nació como consecuencia de los extremos a los que pueden conducir al juez los otros dos sistemas: la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos efectivos que por la lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción

El sistema de la sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba, pero teniendo presente que la “valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de modo

³⁸ CAPPELLETTI (2002) p. 106.

subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de vida³⁹⁻⁴⁰.

En todo caso, como nos señala Javier Maturana, en los sistemas de la libre valoración se manifiesta una confianza del legislador hacia los jueces, pues al reconocer aquellas limitaciones que presenta para poder determinar el valor de un medio probatorio concreto que se rinda en el proceso (al no poder ocuparse personalmente de cada caso particular) encarga a estos que atribuyan valor a cada prueba concreta. Así el legislador reconoce que los jueces son los mejor posicionados para determinar el apoyo que puede aportar cada prueba rendida en un proceso a las hipótesis que se buscan verificar en el mismo⁴¹.

De este modo, al otorgarse libertad al juez en la valoración de la prueba, es posible afirmar, de acuerdo a lo señalado por Sentis Melendo, que estamos verdaderamente ante un fenómeno probatorio y no uno de construcción formal de la sentencia. Y así cobra sentido el aserto de que “... *la prueba es libertad*. Sin libertad no hay prueba; podrá haber... sucedáneos, sustitutivos de prueba, pero no verdaderas pruebas⁴²”.

Debemos tener presente que lo que caracteriza al sistema de la sana crítica es la obligación del juez de utilizar criterios racionales y no normas legales preestablecidas específicas para la valoración de cada medio de pruebas, debiendo emplear en esa misión la razón y criterios racionales como los son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Es por ello que Couture nos indica que “la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.

De lo expuesto por Couture, se desprende que el sistema de la sana crítica está basado en la aplicación de dos principios: las **reglas de la lógica** y las **máximas de la experiencia**. Con posterioridad se ha agregado un tercero como lo son los **principios científicamente afianzados**.

³⁹ TULLIO (1980) p. 289.

⁴⁰ Véase art. 295 inc. °1 del Proyecto.

⁴¹ MATURANA (2014) p. 63.

⁴² SENTIS MELENDO, Santiago, La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina.1979.

a. El juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia se entiende por **lógica**, en la acepción natural de la palabra, la **disposición natural para discurrir con acierto sin auxilio de la ciencia**.

Transcribiendo en forma resumida lo señalado por Javier Maturana en su obra *Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba*, podemos señalar que “los principios supremos de la lógica son: el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio de tercero excluido y el principio de razón suficiente”.

Estos principios constituyen las leyes de elaboración de todo juicio, concepto o raciocinio. “Constituyen las leyes más universales y sirven de fundamento a las distintas operaciones lógicas, tales como las inferencias, razonamientos y demostraciones”⁴³.

1. Principio de identidad

Este principio se enuncia generalmente como “Todo objeto es idéntico a sí mismo”, “Todo objeto es igual a sí mismo”, “Lo que es, es” o simplemente como “A es A”. Y de este modo, se ejemplifica con enunciados como “El libro es el libro”. El sentido de tal principio es solo afirmar la identidad de todo objeto consigo mismo.

Parafraseando a Rivano, hay que señalar que no puede sostenerse el edificio de la lógica, ni juicio alguno si no se incluye el principio de identidad. Y esto es así, porque tanto en los principios de no contradicción como en el de tercero excluido, al formularse como: <<“A es B o A es no B” es verdadero>> y <<“A es B y A es no B” es falso>> “...suponemos que >>A<< es *lo mismo* en ambas ocurrencias, es decir, que es algo universal; o también, algo que se da inmodificado en instancias distintas. Y esto viene a ser la idea de identidad implícita en la infortunada fórmula >>A es A<<”⁴⁴.

Tanto es así que puede afirmarse que sin principio de identidad no hay pensamiento lógico. Así lo confirma Rivano al señalar que “El principio de identidad podría formularse así: *Sin la idea de algo universal, es decir, algo que permanece inalterado en el proceso intelectual, no hay pensamiento*”⁴⁵.

2. Principio de no contradicción

Este principio es el que señala que es imposible que dos juicios contradictorios o contrarios sean verdaderos a la vez. Los juicios contrarios son

⁴³ CISNEROS F., Germán, *Lógica Jurídica*. Tercera Edición Editorial Porrúa. México. 2005 ob. cit., p. 34.

⁴⁴ RIVANO, Juan, *Lógica elemental*. Sexta Edición. Editorial Universitaria. Santiago. Chile. 1999 cit., p. 21.

⁴⁵ RIVANO, Juan, ob. cit., p. 21.

juicios que se oponen al ser idénticos en todo, salvo en que uno es positivo y otro es negativo. Así, por ejemplo, el juicio que afirma que “A es B” es contrario con el juicio que niega tal enunciado, es decir, que afirma que “A no es B”.

Sin embargo, también puede darse una oposición contradictoria entre un juicio positivo y otro negativo que no son totalmente idénticos, pues puede darse contradicción aun entre juicios universales y particulares. En estos casos estamos ante juicios contradictorios. De esta forma, por ejemplo, el juicio “Todos los hombres son mortales” y el juicio “Algunos hombres no son mortales” se oponen contradictoriamente entre sí, y por lo mismo no pueden ser ambos verdaderos⁴⁶.

Por ello, “Desde el punto de vista de la lógica hay oposición contradictoria entre dos juicios cuando uno atribuye y el otro niega a un mismo objeto la misma determinación, predicada en la misma unidad objetiva”⁴⁷.

3. *Principio del tercero excluido*

Este principio está muy relacionado con el principio de no contradicción, pues también se refiere a juicios opuestos contradictoriamente. Pero mientras este afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos a la vez, el principio de tercero excluido señala algo adicional y distinto, a saber, que: “Dos juicios que se contradicen, no pueden ser ambos falsos”. Por tanto, como enseña Pescador, se tiene que de “dos juicios contradictorios, uno de ellos tiene que ser necesariamente verdadero” y, por tanto, el otro falso⁴⁸. Así, se añade la idea de que no se puede encontrar una tercera opción entre el ser y el no-ser⁴⁹. Se “Limita la verdad a uno de estos dos, no existiendo la posibilidad, de que pueda ser verdadero un tercer juicio”⁵⁰.

De ahí el nombre del principio como tercero excluido. Se excluye que exista una tercera posibilidad, pues entre dos polos absolutos y opuestos (los juicios contradictorios) del ser y no-ser no se puede encontrar una tercera opción⁵¹. Dicho de otro modo “...no hay medio entre dos proposiciones contradictorias”⁵².

⁴⁶ Para más información véase PESCADOR, Augusto, ob. cit., p. 28 y 29.

⁴⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción a la lógica jurídica. Tercera Edición. Editorial Colofón. México, 1993, p. 31.

⁴⁸ Véase PESCADOR, Augusto, Lógica. Tercera Edición. Editorial Gisbert y Cía S.A. La Paz. Bolivia. 1953, p. 29.

⁴⁹ Véase CISNEROS F., Germán, ob. cit., p. 38.

⁵⁰ PESCADOR, Augusto, ob. cit., p. 30.

⁵¹ Véase en este mismo sentido CERDA (2009) p. 46.

⁵² CISNEROS F., Germán, ob. cit., p. 38.

4. Principio de razón suficiente

Como nos señala Cisneros, este principio fue formulado por Leibniz, quien lo elaboró para explicar el fundamento de las verdades contingentes⁵³.

El principio ontológico detrás de este principio es que “Todo tiene su razón suficiente” o más bien “Todo, tanto el ser como el acontecer, tiene su razón suficiente”⁵⁴.

En su formulación lógica este principio puede expresarse de la siguiente manera: “Todo juicio, para ser verdadero, ha menester de una razón suficiente”.

Y según Pescador, por razón suficiente debe entenderse lo que basta para afirmar la verdad del juicio, es decir, que el comportamiento de los objetos a que el juicio se refiere esté de acuerdo a lo afirmado o negado en el juicio⁵⁵.

Al respecto García Maynez, citando a Pfänder, nos dice que “Esta razón es ‘suficiente’ cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado, cuando, por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero. La razón es ‘insuficiente’, cuando no basta por sí sola para abonar lo enunciado en el juicio, sino que necesita ser complementada con algo para que este sea verdadero”⁵⁶.

Asimismo, se ha formulado este principio señalando que “... para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera”⁵⁷.

Por último, también puede formularse así: “Ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”⁵⁸.

Todas estas formulaciones podrían reducirse a afirmar que “Todo conocimiento debe estar suficientemente fundado”.

La ubicación fronteriza del principio de razón suficiente implica que el mismo debe aplicarse cuidadosamente, y tomando en cuenta que el criterio de suficiencia puede verse afectado por el campo (bienes jurídicos

⁵³ Véase CISNEROS F., Germán, ob. cit., p. 39. Véase también al respecto LEIBNIZ (1715) p. 9 y ss. y LEIBNIZ (1710) p. 154 y ss.

⁵⁴ PESCADOR, Augusto, ob. cit., p. 30.

⁵⁵ PESCADOR, Augusto, ob. cit., p. 31.

⁵⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, ob. cit., p. 131.

⁵⁷ CISNEROS F., Germán, ob. cit., p. 39.

⁵⁸ CERDA (2009) p. 47.

en juego) en que se aplique, lo que en materia procesal se traduce en los estándares de prueba⁵⁹.

a. El juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia

De acuerdo a lo señalado por Stein, debemos conceptualizar **las máximas de la experiencia “como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de la que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”**.

“Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos”.

La experiencia la obtiene el juez de la labor que ejerce y el medio social en que se desenvuelve y varía según el tiempo, lugar y medio social en que se desarrolla la labor de este.

En cambio, las reglas de la lógica se caracterizan por ser universales, estables e invariables en el espacio y en el tiempo.

b. Los conocimientos científicamente afianzados

Transcribiendo lo señalado en la materia por Javier Maturana Baeza en su tesis. Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba, puede observarse que los conocimientos científicamente afianzados, al igual que las máximas de la experiencia, sirven de guía y límite para el razonamiento del juez, al servir en ocasiones como premisas mayores para el razonamiento del juez y servir como fundamento de las llamadas pruebas científicas, como lo son el examen de ADN, para determinar la filiación; el grado de alcohol en la sangre para determinar la ebriedad, y otros antecedentes determinados que nos proporciona la ciencia.

Estos conocimientos científicamente afianzados antiguamente se consideraban dentro del concepto de máximas de la experiencia⁶⁰.

Sin embargo, debido al avance y evolución que han tenido las ciencias desde entonces, los conocimientos científicamente afianzados se han separado del concepto de las máximas de la experiencia para constituir un concepto autónomo.

⁵⁹ MATURANA (2014) pp. 228 a 237.

⁶⁰ Esto se puede ver en el análisis de Stein sobre las máximas de la experiencia, dentro de las cuales incluía muchas veces conocimientos científicamente afianzados. Véase STEIN; Friedrich, El conocimiento privado del juez. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia.1988.

Así puede verse a partir de las modernas descripciones del sistema de sana crítica, que ya no solo señalan como límites a las máximas de la experiencia y principios de la lógica, sino que incluyen a los conocimientos científicamente afianzados.

La justificación de este análisis separado viene dado por el mayor desarrollo técnico que presentó la ciencia y, por tanto, el mayor valor cognoscitivo que presentan, por ende, los conocimientos surgidos de las mismas.

Es por ello que puede afirmarse que los conocimientos científicamente afianzados presentan una primacía sobre las máximas de la experiencia, como se ha destacado, en razón que constituyen conocimientos más seguros (más probables) que los que surgen de las últimas.

La crítica será sana cuando la sentencia sea debidamente fundada dando con ello satisfacción a las funciones endoprocesales y extraprocesales que se persiguen con ella.

Transcribiendo lo señalado en la materia por Javier Maturana Baeza en su obra. Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba, podemos señalar que **la función endoprocesal**, como lo dice su nombre, busca operar dentro del proceso, por lo que los motivos solo tienen que ser conocidos por los integrantes del mismo, es decir, las partes y/o los tribunales superiores para poder efectuarse el aludido control.

En cambio, **la función extraprocesal** busca operar fuera del proceso, al pretender hacer controlable la decisión por la opinión pública.

El criterio que permite diferenciar a ambas funciones, clasificarlas y analizarlas por separado. Acude a dos elementos: Lugar donde se producen la diversidad de efectos de la motivación (fuera o dentro del proceso) y el destinatario del discurso motivador⁶¹.

En base al primer elemento podemos señalar que **la función endoprocesal** es la que engloba la totalidad de las funciones que desarrolla la motivación dentro de la estructura y funcionamiento del proceso, al permitir el control burocrático sobre la actividad jurisdiccional.

Por ello se ha señalado que "...la dimensión endoprocesal está encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional)"⁶².

En cambio, **la función extraprocesal** engloba las funciones que cumple la motivación fuera del proceso, es decir, el impacto que tiene la misma a nivel social. Esta función permite un control público (difuso) en el modo

⁶¹ Véase COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, ob. cit., p. 123

⁶² COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, ob. cit., p. 124

en que los jueces ejercitan la potestad jurisdiccional que les es atribuida por el pueblo en un sistema democrático⁶³.

En base al segundo elemento y siguiendo a Colomer, podemos indicar que con la función endoprosesal, la motivación de la sentencia está dirigida a lo que se podría llamar un auditorio técnico, compuesto por las partes litigantes y los tribunales superiores.

En cambio, con la función extraprosesal, la motivación está dirigida a lo que podríamos denominar un auditorio general, compuesto por la opinión pública, es decir, la sociedad en general.

Ahora, lo que tienen en común las funciones endoprosesal y extraprosesal de la fundamentación es que la motivación tiene por finalidad evitar la arbitrariedad en la decisión judicial, por lo cual se procura eliminar todo elemento de irracionalidad.

Por ello, señalábamos que la “... interdicción de la arbitrariedad y obligación de motivar son el anverso y reverso de la misma medalla”⁶⁴.

Esto implica que la fundamentación ha de cumplir con una serie de características para cumplir con tal fin como son las de racionalidad, claridad, coherencia y completitud⁶⁵.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que “la sana crítica”, según la doctrina es “aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional, puestos en juicio. Conforme a su acepción gramatical puede decirse que es el análisis, hecho en forma sincera y exento de malicia, de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están formuladas en la ley. Trátase por ende, de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, consiste en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo”.

La regla general en el sistema de la sana crítica es que la actividad de valoración o ponderación de las probanzas y, con ello, la fijación de los hechos en el proceso queda agotada en las instancias respectivas y no es procedente su revisión por la vía del recurso de casación en el fondo, a menos que los sentenciadores del mérito –al determinar aquellos hechos– hayan desatendido las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o determinar la eficacia de aquellas pruebas, cuestión que no ha ocurrido en la especie, por

⁶³ Véase *Ibíd.*, Sana Crítica p. 318 a 321.

⁶⁴ GASCÓN (2010) p. 192.

⁶⁵ MATORANA (2014) pp. 276 a 285.

lo que no se hará lugar al recurso de casación en estudio⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸. De acuerdo con ello, no rigen las normas reguladoras de la prueba previstas por el legislador para determinar un valor probatorio específico respecto de un medio de prueba en un sistema basado en la sana crítica, encontrándose los jueces facultados para otorgarles un valor diferente dando aplicación a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia⁶⁹.

Por su parte, el legislador en el artículo 456 del Código del Trabajo se ha encargado de establecer claramente los diversos factores a considerar y el método que debe seguir el tribunal para apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica. Al efecto, se señala por ese precepto, que “al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y

⁶⁶ Corte Suprema, 15 de diciembre de 1997 (Casación en fondo) p. 154.

⁶⁷ Como control de la sana crítica se ha señalado que “al no haberse analizado ni ponderado prueba testimonial y pericial rendida en autos se han infringido las normas de los arts. 108, 109, 456 bis, 457, 459, 464 y 473 del Código de Procedimiento Penal y 36 de la Ley 19.366, incurriéndose en la causal N° 7 del artículo 546 del mismo Código citado, con influencia sustantiva en lo dispositivo de la sentencia, pues de haberse analizado aquellos antecedentes debería haberse concluido que el procesado no tuvo participación en el hecho punible investigado, y en consecuencia, de paso también incurre en la causal N° 1 de la norma citada, pues se le condenó al reo señalándole una participación que no tuvo. Corte Suprema, 22 de junio de 2000 (Casación en el fondo) pp. 125 y sgtes. En el mismo sentido, se ha señalado que “la prueba no ha sido apreciada conforme a las reglas de la sana crítica y no se ha acreditado el delito que se le imputa, por cuanto aparece que la droga por su escasa cantidad y por la calidad de consumidor del reo, hace presumir que está destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, lo que no es delito. Corte Suprema, 9 de agosto de 1999 (Casación en fondo) p. 127. Procede casar en el fondo de oficio una sentencia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 785 inciso 2° del C.P.C. por haber sido dictada infringiendo el art. 456 del C. Del Trabajo al estimar sin dar aplicación de la lógica y la experiencia a los hechos del pleito que constituían la causal del art. 160 N° 1 del mismo Código, infracción que, por tanto, influyó en lo dispositivo, por lo que a continuación y en forma separada se dictará la correspondiente sentencia de reemplazo. Corte Suprema, 6 de julio de 1999 (Casación de oficio) p. 156.

⁶⁸ En este sentido se ha señalado que no obstante que el pliego de posiciones planteado a la demandada fue evacuado en su rebeldía, lo que hace aplicable el apercibimiento del art. 396 del C.P.C., tal hecho no impide que dicho mérito probatorio sea valorado con las restantes pruebas rendidas en la causa y que el juez debe apreciar y ponderar conforme a la sana crítica. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de julio de 1999, p. 190 y Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1999, p. 168.

⁶⁹ Las normas reguladoras de la prueba en materia laboral se encuentran regidas por los arts. 455 y 456 del Código del Trabajo que contemplan el sistema de la sana crítica, no siendo aplicable el artículo 1.713 del Código Civil. Corte Suprema, 22 de abril de 1999 (Casación en fondo) p. 149. En materia de normas reguladoras de la prueba rigen los arts 455 y 456 del Código del Trabajo y no las del C.P.C. y Código Civil. Corte Suprema, 3 de marzo de 1999, p. 163.

conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En el mismo sentido, se establece por el artículo 297 del NCPP que *“Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Finalmente, el art. 32 de la Ley de Tribunales de Familia, titulado “Valoración de la prueba”, dispone que *“los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de todas las pruebas rendidas, incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.*

Nuestra Excma. Corte Suprema nos ha explicado que “los jueces del fondo efectúan una correcta evaluación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica cuando expresan las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de la experiencia en cuya virtud les designa valor o las desestima. En general, se debe tomar en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”. La regla general en el sistema de la sana crítica nos ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema es que “en términos generales, el establecimiento de los hechos sobre la base de la apreciación de las probanzas allegadas al proceso mediante las reglas de la sana crítica queda agotada en las instancias respectiva y no es susceptible de revisión por la vía del recurso de casación en el fondo, a menos que en la determinación de tales hechos los jueces del grado hayan desatendido las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o

desestimar la eficacia de las pruebas referidas, cuestión que no ha ocurrido en la especie⁷⁰.

V. RÉGIMEN RECURSIVO APLICABLE

En caso que el procedimiento se desarrolle ante la justicia ordinaria conforme a las normas del juicio ordinario procederán los recursos en contra de las resoluciones que se pronuncien conforme con las reglas generales contempladas en los Libros I y III del Código de Procedimiento Civil. Lo mismo acontecerá en caso que el asunto se tramite por pacto expreso de la parte en el pacto arbitral conforme con dichas reglas al haberse otorgado a este el carácter de árbitro de derecho.

En caso que se tramite el procedimiento ante un árbitro mixto por haberlo así estipulado las partes o por mandato expreso del legislador ante el silencio de aquellas, procederán los mismos recursos que ante un árbitro de derecho⁷¹.

En caso que se tramite ante un árbitro arbitrador procederá el recurso de apelación solo si así se hubiere estipulado en el compromiso y se hubiere designado el tribunal arbitral que deba conocer del mismo (arts. 239 COT y 642 del CPC)⁷²; el recurso de casación en la forma procede en forma conjunta con el recurso de queja (arts. 66 inc, 3 y 545 del COT y arts. 768 y 795 del CPC), teniendo su improcedencia además de impugnación conforme a la causal del art. 768 N° 5 de las sentencias definitivas arbitrales, por no serles aplicables el art. 170 del C.P.C.⁷³. No proceden los recursos de casación y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, por tener que fallar los arbitradores conforme a lo que su prudencia y equidad le dictaren y no conforme a la ley⁷⁴.

Finalmente, como vimos al referirnos al reaseguro, si se hubiere estipulado un arbitraje conforme a las normas de la ley de arbitraje comercial internacional, el laudo será impugnabile mediante la petición de nulidad contemplada en el artículo 34 de la LACI⁷⁵.

VI. PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS

De conformidad con el inciso final del artículo 543 del Código de Comercio las compañías de seguros deberán remitir a la Superintendencia

⁷⁰ Corte Suprema, 20 de marzo de 2000 (Casación en fondo) p. 147.

⁷¹ AYLWIN (2005) p. 488.

⁷² AYLWIN (2005) pp. 483 y 484.

⁷³ AYLWIN (2005) pp. 485 y 486.

⁷⁴ AYLWIN (2005) pp. 486 y 487.

⁷⁵ MEREMINSKAYA (2014) pp. 113 y sgtes.; OSSA y ZAMORA (2014) pp. 69 y sgtes.

de Valores y Seguros, copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley, recaídas en los procesos en que hayan sido parte, las cuales quedarán a disposición del público.

VII. REFLEXIONES FINALES

Las normas procesales que se contemplan en la nueva ley de seguros son bastante menores y esperamos de poca trascendencia en el futuro, una vez que se apruebe el nuevo sistema procesal civil.

En efecto, como hemos visto la mayoría de esas normas procesales de la ley de seguros ya forman parte de los modernos sistemas procesales penal, de familia y laboral y lo mismo debería acontecer cuando se apruebe con el nuevo sistema procesal civil.

Sin embargo, anticipar la aplicación de esos nuevos principios no guarda correlación con las viejas estructuras civiles y el actual sistema escrito que nos rige, dado que la libertad probatoria requiere de la sana crítica, la que para ser materializada con una debida fundamentación en la sentencia, debe tener como supuesto la aplicación efectiva de los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad y sana crítica.

Como sabemos en la actual estructura de nuestro actual sistema procesal civil ello no es posible no solo por el número de jueces de que dispone el sistema, sino que porque la infraestructura de nuestros tribunales no está dotada para que impere la oralidad y los principios conexos a ella.

En consecuencia, confiamos en que estas modernas aspiraciones procesales que contempla la ley de seguros se haga una realidad en la práctica forense en un futuro cercano cuando entre a regir la necesaria reforma del sistema procesal civil, en sus aspectos orgánicos y procedimentales.

Mientras tanto y regidos por el principio de la autonomía de la voluntad, todo ello puede ser posible anticipadamente como una grata realidad si se acude a la solución de los conflictos de seguros por la vía arbitral.

Esta decisión se agradecerá primeramente por las partes del mismo por la mayor especialidad, rapidez, privacidad y calidad que puede alcanzarse en la solución de conflictos específicos de una rama del derecho, y en segundo lugar, no es menor cierto que ese reconocimiento se les hará extensivo por los restantes miembros de la comunidad legal al apreciar que no se sobrecarga el sistema general previsto por el Estado para la solución de los conflictos que pueden ser resueltos de mejor manera en otra vía como lo es la arbitral, sin perjuicio de las otras salidas alternativas auto-compositivas que se puedan prever.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES (1982): *Tratados de lógica (Órganon)*, Tomos I y II (Madrid, Editorial Gredos).
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2005): *El juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- BUNGE, Mario (1983): *La investigación científica: su estrategia y filosofía* (Barcelona, Editorial Ariel, Segunda Edición).
- CAPPELLETTI, Mauro (2002): *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, Parte Primera (La Plata, Librería Editorial Platense).
- CAPPELLETTI, Mauro (2006): *El proceso civil en el derecho comparado* (Perú, Ara Editores).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2009): *Valoración de la prueba. Sana crítica* (Santiago, Librotecnia).
- CONTRERAS S., Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros* (Santiago, LegalPublishing - Thompson Reuters, segunda edición).
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1988): *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I (Buenos Aires, Zavalia Editor).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2006): *La argumentación en el Derecho* (Perú, Palestra Editores).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- LEIBNIZ, Gottfried (1710): *Teodicea* (Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/8976042/Leibniz-Teodicea>).
- LEIBNIZ, Gottfried (1715): *Monadología* (Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/8975999/Leibniz-La-Monadologia>).
- MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, La Ley - LegalPublishing - Thomson Reuters, primera edición).
- MEREMINSKAYA, Elina (2014): *Arbitraje Comercial Internacional en Chile* (Santiago, La Ley - Romson Reuters).
- MONTERO AROCA, Juan (1996): *La prueba en el proceso civil* (Madrid, Editorial Civitas).
- MONTERO AROCA, Juan (2006): *Proceso y Garantía* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- OSSA GUZMÁN, Felipe y ZAMORA WILSON, Rosana (2014): *El arbitraje internacional en la jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, primera edición).
- TARUFFO, Michele (2008): *La Prueba* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2011): *La motivación de la sentencia* (Madrid, Trotta)

TULLIO LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América).

Normas citadas

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

LEY Nº 19.046 (7/3/1997).

LEY Nº 19.968 (30/8/2004), crea Tribunales de Familia.

LEY Nº 19.971 (29/9/ 2004), sobre Arbitraje Comercial Internacional.

LEY Nº 20.667 (9/5/2013), regula el Contrato de Seguro.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1999, Gaceta Jurídica (1999) Nº 228.

Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de julio de 1999, Gaceta Jurídica (1999) Nº 229

Corte Suprema, 15 de diciembre de 1997 (Casación en fondo), Gaceta Jurídica (1999) Nº 226.

Corte Suprema, 3 de marzo de 1999, Gaceta Jurídica Marzo (1999) Nº 225.

Corte suprema, 22 de abril de 1999 (Casación en fondo), Gaceta Jurídica (1999) Nº 226.

Corte Suprema, 6 de julio de 1999 (Casación de oficio), Gaceta Jurídica (1999) Nº 229.

Corte Suprema, 9 de agosto de 1999 (Casación en fondo), Gaceta Jurídica (2000) Nº 230.

Corte Suprema, 20 de marzo de 2000 (Casación en fondo), Gaceta Jurídica (2000), Nº 237.

Corte Suprema, 22 de junio de 2000 (Casación en el fondo), Gaceta Jurídica (2000) Nº 240.

SOBRE LA TUTELA DEL CRÉDITO DEL CONSUMIDOR: UNA REVISIÓN A PARTIR DEL MODELO DE TRATAMIENTO PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO DEL ASEGURADO

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO*

I. INTRODUCCIÓN

En la dinámica del consumo, el análisis doctrinal se ha enfocado tradicionalmente en la advertencia de una desigualdad en las posiciones negociadoras de las partes, lo que puede dar como resultado un desequilibrio importante en las prestaciones que integran la relación contractual¹. Al respecto, debemos partir de la idea de que la lógica de los diversos mecanismos de resguardo al consumidor se ha justificado en la configuración de una negociación asimétrica, en que este desea satisfacer necesidades más o menos inmediatas², basadas principalmente en la incitación al consumo desde la vía de la publicidad³. Ello justifica, por una parte, la incorporación cada vez más intensiva de los deberes precontractuales de información (especialmente con motivo de la Ley No. 20.555, usualmente denominada como la “Ley del Sernac Financiero”)⁴, y, por la otra, limitaciones al contenido del contrato aun cuando, en una órbita estrictamente civil, no se hubiese dado una infracción a los deslindes clásicos de la autonomía privada⁵.

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl.

¹ Por todos, PIZARRO WILSON y PÉREZ LÓPEZ (2013) p. 54.

² Como expone Díez-PICAZO (2007) p. 137, “El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes”, lógica que, evidentemente no se logra en la relación de consumo, advirtiendo una construcción diferente del iter contractual y de los mecanismos de tutela legalmente asignados al consumidor.

³ DE LA MAZA GAZMURI (2013) pp. 32-48.

⁴ En materia de seguros, sobre el que girará principalmente el presente artículo, *vid.* BARRIENTOS ZAMORANO (2015) *passim*.

⁵ DE LA MAZA GAZMURI (2010) *passim*. Lo anterior, especialmente a partir de la incorporación de la letra g) en el artículo 16 de la LPDC por medio de la Ley No. 19.555, que completó el sistema de protección al consumidor, dotando “a los jueces de un control represivo amplio que le permitiera a partir de la buena fe y el equilibrio contractual declarar la ineficacia de las cláusulas que no se encuentran en el catálogo dispuesto en el artículo 16”. MOMBERG URIBE y PIZARRO WILSON (2013) p. 341.

No obstante, creemos que el estudio de las consecuencias de la ausencia de un verdadero poder de negociación, como también, de la mecánica ínsita en el proceso de contratación, puede ser observado complementariamente con el tratamiento que el ordenamiento confiere a los créditos que el consumidor puede hacer valer en contra del proveedor, en razón de la falta de satisfacción del consumidor, ahora, en su calidad de acreedor. A nuestro juicio, no basta con la consagración de estatutos especiales que determinen la posibilidad de que el consumidor pueda obtener la satisfacción de dicho crédito, sino que debe considerarse también la forma de tutela del crédito en sí mismo.

Todos los elementos antes referidos no solo configuran una relación contractual cuyos términos se encontrarán circunscritos en razón de las limitaciones ofrecidas por el tratamiento legal de las cláusulas abusivas (artículo 16 de la Ley No. 19.496, en adelante, "LPDC"), sino que normalmente configuran un crédito valista a favor del consumidor para exigir la prestación a la que se ha obligado el proveedor en razón de dicho contrato. Pero deberá resolverse si la pérdida de la neutralidad con la que el legislador usualmente observa la relación contractual⁶, también puede dar cabida al debate sobre la necesidad de dotar de un tratamiento particular al crédito por medio de otorgarle alguna suerte de fortalecimiento excepcional, sea a través de la extensión de los sujetos responsables a su cumplimiento, sea configurando una tutela privilegiada, en ambos casos para contrarrestar los impedimentos fácticos que han impedido al consumidor ponderar adecuadamente los riesgos de incumplimiento o insolvencia⁷. Y, consecuentemente, lograr tutelar el crédito en la dinámica conflictual con otros acreedores.

Debemos advertir que dichas posibilidades no solo deben ser observadas desde la óptica de la *lege ferendae*, sino verificar que nuestro ordenamiento positivo contempla las alternativas antes mencionadas, pero solo para ciertos supuestos específicos. En especial, veremos, en la lógica del contrato de seguro, en razón de las vías de tutela del crédito que obtiene el asegurado en razón del deber indemnizatorio que asume la entidad ase-

⁶ DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 24.

⁷ La cuestión parece no resolverse con facilidad si se pensara en contrarrestar el punto mediante intensificar el deber informativo a fin de ofrecer datos suficientes al consumidor para apreciar dicho riesgo. En general, los deberes de información previstos por nuestro ordenamiento en el ámbito de la LPDC se refiere al bien o servicio ofrecido (en general, artículo 3, b), y en particular, artículos 17^a, 17B, 17C, 28, 28A, 29, 30, 32, 33, entre otros), pero incluso en el improbable caso en que la ley ofreciera mecanismos para que el consumidor ponderara adecuadamente el riesgo de incumplimiento e insolvencia del proveedor, muy posiblemente se daría una situación de racionalidad imperfecta –como explica DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 28 y 29– en el sentido que aunque el consumidor pudiese tener acceso a dicha información financiera (aun pública), "no sería capaz de hacer un uso adecuado de la misma".

guradora como esencial en la mecánica del mercado asegurador. En razón de lo anterior, el propósito de este artículo consiste en identificar la justificación de las referidas regulaciones, para conjuntamente verificar los problemas que puede dar lugar una extensión de los mismos para albergar toda forma de relación de consumo.

II. LAS BASES CONCEPTUALES DEL PROBLEMA

En toda relación crediticia, el sustrato de la posibilidad de satisfacción del acreedor se centra, en último término, en la posibilidad de agredir el patrimonio del deudor a fin de lograr que, sea en especie (de ser posible) o genéricamente, se logre al menos un equivalente pecuniario⁸. Sin embargo, la tutela del crédito fundada en la regla de responsabilidad patrimonial universal (en nuestro sistema, en el artículo 2465 del Código Civil), puede ser particularmente débil si se atiende a que el surgimiento del crédito no tiene por efecto limitar las facultades administrativas y dispositivas de los bienes que integran dicho patrimonio por parte del deudor. Bien podrá tener lugar, por ejemplo, un continuo deterioro de los activos que acarrear su minusvalía, un emprendimiento económico que resulta frustrado en atención a las fluctuaciones del mercado, o, lisa y llanamente, la desaparición de los bienes producto de su enajenación. En tal sentido, el acreedor, especialmente si su crédito se encuentra sujeto a plazo, se verá siempre sujeto a los problemas derivados de los riesgos de incumplimiento e insolvencia del deudor.

A fin de aplacar dichos riesgos, y revertir el carácter valista del crédito resultante a favor del consumidor en una relación de consumo, solo en un imaginario jurídico sería posible especular que el proveedor podría estar dispuesto a incluir en el contexto de un contrato de adhesión alguna suerte de garantía, sea real o personal, que otorgara una mejor expectativa de cobro para el consumidor, a fin de resguardar su posición crediticia ante la posibilidad de incumplimiento o, incluso, de insolvencia⁹. No tendrá sentido hacerlo, desde la perspectiva del proveedor, en tanto parecerá que ello constituye un elemento del todo innecesario para incentivar el acto de consumo, considerando especialmente que el efecto financiero de la garantía estará destinado a una disminución de un riesgo que el consumidor probablemente no advertirá ni considerará para efectos del cálculo del valor del bien o del servicio comprometido. Ahora más, incluso en un supuesto hipotético, probablemente el consumidor no estará dispuesto a proteger su crédito con una garantía dado que los costos implícitos en su

⁸ Respecto al principio de responsabilidad patrimonial universal en nuestro ordenamiento jurídico, *vid.*, especialmente, BAHAMÓNDEZ PRIETO (1993) pp. 1-28.

⁹ Para la previsibilidad del riesgo de incumplimiento o insolvencia como sustrato de la integración de las garantías reales en el diseño del crédito, *vid.* BIANCHI (1894) p. 46.

constitución le serían finalmente asignados mediante un incremento en el precio del bien o del valor final del servicio, y, especialmente, si se considera que usualmente el crédito no tendrá una magnitud o importancia suficiente en su consideración individual para considerar la alternativa del aseguramiento por medio de la técnica de la constitución de garantías¹⁰.

Asimismo, la celeridad con la que se suelen realizar las operaciones de consumo –justificando la mecánica del contrato de adhesión en el contexto de la contratación en masa– dará poca cabida a la constitución de una garantía real, por mínima que sea. La redacción de la escritura de hipoteca o prenda sin desplazamiento, la adecuada tasación del bien que resultará gravado y la necesidad de inscripción en el registro pertinente parecen barreras fácticas infranqueables en una relación de consumo; al tiempo que garantías de constitución tan simple como una prenda ordinaria, configurada al modo clásico de contrato real, parece también improbable en tanto también resulta difícil imaginar una situación en la que el consumidor pudiese estar dispuesto a mantener bajo su tenencia un bien mueble mientras no se satisfaga íntegramente el crédito, ni que el proveedor (o un tercero a su favor) pudiese desprenderse de un bien que logre dar una adecuada cobertura ante la posibilidad de incumplimiento o insolvencia. En el mismo tenor, el otorgamiento de una garantía personal tampoco parece ser una solución coherente, especialmente si atendemos que el consumidor –además de no tener especial comprensión de los riesgos de incumplimiento o insolvencia¹¹– probablemente tampoco dedicará tiempo a constatar el estado patrimonial del tercero a efectos de verificar la eficacia de la garantía a contratar.

La ausencia de poderes reales en el ámbito de la negociación provocará que este tipo de acreedor pueda ser considerado dentro de la categoría de los denominados “*non adjusting creditors*”¹², en el sentido que no se encontrarán en situación de traspasar a la lógica de la protección comercial aquellos riesgos a los que se expone en razón de las particulares características del deudor. En razón de ello, cabe cuestionarse la posibilidad que sea el propio ordenamiento jurídico el que consagre ciertos mecanismos excepcionales de tutela que vengán a paliar el déficit fáctico al que se expone. Lo anterior, considerando la primera barrera que implicará la asimetría de información sobre la cual actúa el consumidor, de modo tal que –a diferencia de otros acreedores– no logrará internalizar adecuadamente el riesgo al cual se expone en caso que el crédito que adquiere en razón de la relación de consumo pueda resultar finalmente insatisfecho¹³.

¹⁰ BEBCHUK y FRIED (1996) p. 885, haciendo expresa referencia al cliente/consumidor.

¹¹ BEBCHUK y FRIED (1996) p. 885.

¹² En la nomenclatura dada por BEBCHUK y FRIED (1996) pp. 882-895.

¹³ s/a (2003) p. 2555.

En este sentido, no hablando ya de la protección del consumidor en relación a la dinámica contractual, sino del crédito que surge de este, cabe preguntarse si es posible que sea el propio ordenamiento el que confiera alguna suerte de resguardo a su posición. Si ello es admisible, se fundará indudablemente en la idea que el propio consumidor no tendrá la fuerza negociadora ni la oportunidad para dotar al crédito de una adecuada tutela¹⁴.

La alternativa que se conceda un tratamiento privilegiado al consumidor, que parece ser una opción técnicamente sugerente, reposa sobre la idea de que la dinámica de las reglas de prelación de créditos admiten fluctuaciones en atención a la configuración de las relaciones jurídicas que el legislador, en cada momento histórico, ha estimado dignos de tutela¹⁵. Considerando, en consecuencia, la creciente tendencia a perfeccionar constantemente el orden de protección que resguarda al consumidor, parece un momento preciso para reflexionar si, en esta etapa histórica, aquel orden debe extenderse a una tutela privilegiada del crédito. Pero, cabrá tener en cuenta que el tratamiento privilegiado, proveniente siempre de la decisión legislativa, debe tomar como base su excepcionalidad, y, como señala Sánchez Graells, "... es una materia cargada de valoraciones jurídicas y elementos de política legislativa orientados a la constitución de un marco normativo llamado a cumplir, simultáneamente y de forma inescindible, una serie de funciones complementarias (o, incluso y en cierta medida, contradictorias) que tendrán una enorme relevancia ante la insolvencia del deudor, pero también en otros ámbitos de la actividad empresarial y económica"¹⁶.

Por ello, al considerar ambos aspectos, será crucial dimensionar la extensión y efectos económicos de este tipo de resguardo jurídico¹⁷. Aunque, a fin de aclarar, no nos referimos a la posibilidad que identificado un determinado sujeto –el “consumidor”–, todos sus créditos puedan ser protegidos mediante el otorgamiento del privilegio, puesto que ello implicaría un *privilegium personae*, desde hace tiempo expulsada de los ordenamien-

¹⁴ Sin perjuicio de lo anterior, BUCKLEY (1986) p. 1408 ha estudiado el punto indicando que no siempre es evidente que el consumidor sea incompletamente insensible a los riesgos de incumplimiento. Aunque ello no siempre se logre mediante el fortalecimiento de su posición de crédito, sino en la decisión de consumo o del precio que estará dispuesto a pagar a efectos de asumir el citado riesgo.

¹⁵ Claro ejemplo de lo anterior se encuentra en la concesión de privilegio al crédito refaccionario, que provino de la decisión de Marco Aurelio para fomentar la reconstrucción de la ciudad de Roma tras el desborde del río Tíber. CORDERO LOBATO (1994) p. 19.

¹⁶ SÁNCHEZ GRAELLS (2008) p. 29.

¹⁷ No en vano, por ejemplo, el *Codice Civile* italiano dispone las reglas relativas al privilegio en el Título III de su Libro VI, bajo la poderosa denominación de la “tutela de los derechos”. Del mismo modo, también cabe justificar el principio de legalidad que envuelve el privilegio en los efectos que produce en los demás acreedores, como una fórmula de “expropiación forzada” en el valor relativo de sus créditos: DEL VECCHIO (1994) p. 13.

tos¹⁸. Nos referimos al otorgamiento de un *privilegium causae*¹⁹, en que la protección del crédito vendría dada por ser el resultado de una relación de consumo, observándola particularmente desde la perspectiva del consumidor. De tal suerte, el juicio que debe llevar a cabo el legislador no se centrará únicamente en los intereses particulares de los sujetos, sino en consideración a los motivos “económicos, sociales y éticos que inducen al legislador a considerar que determinados créditos merecen un favor especial”²⁰.

Visto así, la respuesta no necesariamente debe plantearse por medio de la consagración de un tratamiento privilegiado del crédito. Lo anterior, especialmente si se toma en consideración que la lógica de la prelación de créditos provocará que, en un evento de concurrencia, su pago se haría a expensas de los créditos que ocupan una posición inferior²¹. Especialmente si se trata de una preferencia de primera clase, dadas las consecuencias que ella produciría particularmente en los créditos cubiertos con garantías reales y los créditos valistas. Así, si bien hemos indicado que cada uno de los créditos del consumidor considerados individualmente no parece resultar meritorio de la dotación de fórmulas negociales de resguardo, su reemplazo por una protección legal en términos globales sí pueden tener un impacto relevante en el funcionamiento del mercado. En este sentido, siempre será posible considerar que esta clase de créditos pueden situarse conjuntamente en una destacada magnitud en el total del pasivo del deudor, especialmente allí donde la lógica de los negocios que integran la actividad empresarial se basa en la constitución de esta clase de créditos, como en el mercado financiero o asegurador.

Por ello, una tutela privilegiada de esta clase de créditos tendrá especiales efectos, entre otros, en el costo del financiamiento del proveedor, dado que, enfrentado a la necesidad de dotación de fondos, deberá cargar con la ponderación del riesgo operacional (esto es, el que deviene del negocio por aquel desarrollado), que será calculado por los financistas y traspas-

¹⁸ Esta expulsión –nos señala DEL VECCHIO (1994) p. 5– proviene del pensamiento revolucionario francés, que buscaba la abolición de toda forma de privilegio. El reconocimiento del tratamiento privilegiado del crédito se sustenta entonces en la necesaria identificación de la causa del crédito (como aparecía en su definición en el artículo 1.952 del *Codice Civile* original o en la fundamentación de su existencia en el artículo 2.745 del *Codice* actualmente vigente, o su calidad, como se define en el artículo 2.095 del *Code Civil*).

¹⁹ Como indica DI SABATO (2008) p. 32, “La causa del crédito aquí se identifica con la *ratio legis* y constituye la motivación para sostener la intervención normativa dirigida al establecimiento del privilegio”. Traducción del autor.

²⁰ DEL VECCHIO (1994) p. 12.

²¹ GOLDENBERG SERRANO (2013) p. 302, en el sentido que la concesión de un privilegio no se resuelve desde la idea de una contribución social a la protección del crédito, como ocurriría bajo la idea del subsidio, sino “que se carga con ello a los acreedores que se encuentran situados en una posición inferior, que terminan por soportar el andamiaje de la tutela preferencial”.

sado a la tasa de interés. Y, en atención a la referida magnitud de esta clase de créditos, puede terminar por impedir dotación de recursos por medio del recurso al sistema financiero o al de valores, dada la imposibilidad del acreedor externo de asumir íntegramente (y, luego, trasladar al deudor) el costo que implicaría asumir dicho riesgo.

III. EL FORTALECIMIENTO DEL CRÉDITO POR MEDIO DE LA AMPLIACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE EN LA DINÁMICA DEL CONSUMO

Habida cuenta de lo indicado en el apartado precedente, el ordenamiento jurídico, enfrentado a la disyuntiva de aumentar el nivel de tutela del consumidor, o de incentivar el desarrollo empresarial, deberá considerar todas las alternativas disponibles. Al respecto, bien podría intentar ofrecer otros patrimonios en los que hacer efectivas sus obligaciones, pero no en razón del otorgamiento de cauciones personales dado que, nuevamente, aparecerán improbables en el marco de la negociación, sino por medio de una extensión de la responsabilidad legal por incumplimiento o por los diversos riesgos a los que se expone el consumidor en el ámbito del consumo a personas diferentes al proveedor directo. Por medio de esta técnica, se lograría, por una parte, conferir un aumento de las posibilidades del consumidor de obtener el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor, y, por la otra, diluir los efectos del encarecimiento del crédito en otros tantos involucrados.

Sin embargo, esta alternativa implicará identificar aquellos otros sujetos que resultarían responsables, como también los supuestos en que esta extensión podría tener lugar. En la LPDC, esta opción se encuentra recogida limitadamente en su artículo 21, en el contexto de las opciones conferidas en relación la garantía legal relativa a la venta de bienes²², sobre la base de reconocer "...las actuales formas de intercambio de los bienes y la conexión que existe entre los miembros de la cadena de distribución de productos"²³.

En primer lugar, la citada norma trata del caso en que el consumidor haya optado por la reparación del bien, caso en el cual podrá hacer valer sus derechos respecto al vendedor, al fabricante o al importador, de ma-

²² CORRAL TALCIANI (2013) p. 271 nos aclara que cuando la responsabilidad procede de un contrato de consumo, esta se regirá por las reglas de la responsabilidad contractual, como ocurre con la garantía legal "por cumplir el bien con las características de cantidad, calidad, idoneidad ofrecidas, convenidas o esperables para el consumidor". En este caso, y más allá de las alternativas de cumplimiento forzado del contrato, o de resolución del mismo, e, incluso, para la indemnización de perjuicios que resulte aplicable, la posición del consumidor se aligera puesto que se trata de un modelo de responsabilidad objetiva.

²³ BARRIENTOS CAMUS (2013) p. 74.

nera indistinta o conjunta²⁴ (artículo 21, inciso segundo, LPDC); situación que podrá ofrecerle algún nivel de protección en caso que se haya presentado una improbable respuesta por parte del vendedor en caso que se hubiese iniciado un procedimiento concursal que no ofrezca certeza de la continuación de sus actividades económicas.

En segundo lugar, se dispone que “*Serán solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados al consumidor, el proveedor que haya comercializado el bien o producto y el importador que lo haya vendido o suministrado*” (artículo 21, inciso tercero, LPDC). Ello implicará que el consumidor podrá buscar la correspondiente indemnización de los perjuicios derivados de cualquiera de los supuestos recogidos en el artículo 20 dirigiendo su acción indistintamente al proveedor o al importador. Lo anterior tendrá particular importancia, aunque no única, en el caso que el patrimonio de cualquiera de ellos aparezca débil como para hacer frente al pago de la indemnización, especialmente en caso que se hubiese iniciado un procedimiento concursal respecto a cualquiera de ellos. En este supuesto, la técnica de la extensión de responsabilidad se asume desde la lógica del otorgamiento de una solidaridad legal, haciendo aplicable el régimen previsto en los artículos 1511 y siguientes del Código Civil²⁵.

La tercera protección está dada por el hecho que “*Las acciones a que se refiere el inciso primero podrán hacerse valer, asimismo, indistintamente en contra del fabricante o el importador, en caso de ausencia del vendedor por haber sido sometido a un procedimiento concursal de liquidación, término de giro u otra circunstancia semejante*” (artículo 21, inciso quinto, LPDC). Nuevamente, la ley identifica como sujetos a los que se extiende la posibilidad de ser obligados a responder ante el consumidor al fabricante o importador, pero no hace uso de la lógica de la solidaridad pasiva, sino una responsabilidad residual que tendrá lugar ante la ausencia del vendedor²⁶. Particular importancia tiene referencia a que tal ausencia podrá estar determinada por la antes denominada “quiebra” (a partir de octubre de 2014, en virtud del nuevo sistema previsto en la Ley No. 20.720, de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas (“LRLAEP”), del procedimiento concursal de liquidación). Ello porque la liquidación concursal

²⁴ Lo anterior aunque NASSER OLEA (2013) p. 550, llama la atención que en materia de consumo rige fundamentalmente la responsabilidad contractual, suponiendo precisamente el efecto relativo de los contratos. Obsérvese también que esta posibilidad fue incorporada en virtud de la modificación incorporada por la Ley No. 19.955, dado que previamente la responsabilidad del fabricante y del importador solo procedía en caso que el vendedor estuviera en quiebra, hubiese terminado su giro o en otra situación similar.

²⁵ NASSER OLEA (2013) p. 546.

²⁶ BARRIENTOS CAMUS (2013) p. 74, identifica esta posibilidad como un régimen subsidiario de responsabilidad, aplicable respecto al ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 19 y 20 LPC, incluida la indemnización de perjuicios.

no hace necesariamente desaparecer al proveedor. Piénsese, por ejemplo, en caso que el vendedor fuere una persona natural o, incluso, si fuere una persona jurídica, que mantendrá su personalidad al menos durante todo el proceso liquidatorio. Y, luego, porque se trata de una tutela al consumidor a efectos de impedir que este vea limitados sus derechos en razón de la lógica concursal, permitiéndole dirigir sus acciones en contra de ciertos sujetos con los cuales no ha contratado.

Sin embargo, como hemos observado, estas alternativas solo están disponibles para el consumidor en la órbita específica tratada por las reglas en comento, dados por la existencia de defectos en el bien adquirido por el consumidor a título de compraventa. Pero nada se indica en supuestos diversos, en los que el consumidor, por ejemplo, pretenda la devolución del precio pagado por un bien o servicio que no ha recibido²⁷, o por indemnizaciones de perjuicios derivadas de supuestos diversos a los que dan lugar los defectos a los que hace referencia el artículo 21, sobre la base de los términos generales del artículo 3 e) de la LPDC.

Respecto a la indemnización de perjuicios, resulta que no hay tuteladas específicas disponibles en caso de insolvencia del proveedor. Pero la posición del consumidor se verá especialmente debilitada si se considera que, no tratándose de una obligación líquida, será menester obtener previamente una sentencia que declare su procedencia y monto. Si ello no se ha logrado previa dictación de la resolución de liquidación, al consumidor solo le quedará la alternativa de una verificación condicional, en los términos del artículo 249 LRLAEP, aun cuando esta conclusión pueda ser discutible puesto que no es efectivo que el crédito se encuentre sujeto a una condición, como dispone la norma, sino que solo es necesaria la determinación precisa de su monto por medio de acuerdo de las partes o declaración judicial. No obstante, esta conclusión solo resulta admisible si se sigue una lógica paralela a la prevista para este supuesto en materia laboral, en que dicho tipo de verificación es admisible conforme a lo previsto en el artículo 244, número 4 LRLAEP.

IV. LA TUTELA DEL CRÉDITO POR MEDIO DE SU TRATAMIENTO PRIVILEGIADO: EL EJEMPLO DEL CRÉDITO DEL ASEGURADO

1. El contrato de seguro como relación de consumo

La revisión del contrato de seguro desde la óptica de la normativa de protección al consumidor se justifica, en nuestro sistema, a partir de dos

²⁷ Como señala BARRIENTOS CAMUS (2013) p. 63, la LPDC no regula directamente los casos en que no se haya procedido a la entrega de la cosa, sino que solo determina que el proveedor debe cumplir con los términos y condiciones del contrato (artículo 12), y no puede negar injustificadamente la venta (artículo 13), pero con un alcance eminentemente infraccional.

cuerpos legales que se presentan con cierta independencia y con escaso afán de coordinación²⁸. Por una parte, por medio de la LPDC, modificada por la Ley No. 20.555, al tiempo de integrar el contrato de seguro en el amplio concepto de los productos financieros (artículos 17B y 17F LPDC); y, por la otra, en razón de la nueva regulación prevista para el contrato de seguro en el Código de Comercio, fruto de la modificación prevista en la Ley No. 20.667, de 9 de mayo de 2013.

Respecto a la primera normativa, habría existido alguna doctrina reticente a la incorporación de esta suerte de contratos a la lógica tutelar de la LPDC. Sin embargo, tal reticencia, fundada en la existencia de normas especiales referidas al punto, fue prontamente superada por parte de nuestros tribunales de justicia, quedando reflejado tal criterio en la Norma de Carácter General No. 349, de 19 de julio de 2013, de la Superintendencia de Valores y Seguros, si bien luego de la evidente incorporación de este tipo de contratos por medio de la mentada reforma prevista por la denominada Ley del Sernac Financiero²⁹.

A su vez, la revolución normativa prevista en la Ley No. 20.667 ha supuesto la integración del contrato de seguros en una esfera de protección de la parte débil³⁰, cuestión que, principalmente con motivo del terremoto que azotó nuestro territorio nacional en febrero del año 2010, se transformó en una de las principales finalidades pretendidas por nuestro legislador en el nuevo diseño de la normativa aplicable³¹. De este modo, la lectura de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, ya no puede ser efectuada desde la perspectiva de la codificación decimonónica –que asumía una igualdad de las fuerzas negociadoras de las partes y en clave de la necesaria justicia de las disposiciones contractuales articuladas sobre la base de una negociación libre³²–, sino que deben observarse dentro de una política global de tutela del asegurado³³.

²⁸ BARRIENTOS ZAMORANO (2015) pp. 424-425.

²⁹ CASTILLO FAURÁ (2013) p. 8.

³⁰ RÍOS OSSA (2014) p. 47; LAGOS, VILLAREAL (2014) p. 64; y CONTRERAS STRAUCH (2014) p. 119.

³¹ LAGOS VILLAREAL (2014) pp. 63-66.

³² BARRIENTOS ZAMORANO (2015) pp. 428-430.

³³ En este sentido se pronunció el Intendente de Seguros de la Superintendencia de Valores y Seguros, Osvaldo Macías, en la tramitación legislativa del proyecto, al señalar que “El equilibrio entre partes en el contrato de seguros, tal como era concebido a mediados del siglo XIX, ha devenido respecto a gran parte de los asegurados a un contrato de adhesión, reduciendo la autonomía de la voluntad y la negociación a la mera aceptación por parte del destinatario del producto, de las condiciones que han sido previamente establecidas por el asegurador. Estos asegurados que consideramos de Riesgo Masivo, disponen obviamente de menos medios para negociar y en última instancia hacer valer sus derechos y reclamaciones ante el asegurador. Esta menor capacidad negociadora exige una protección que nuestro Código de Comercio no recoge suficientemente. La solución de dicha dicotomía, explicó,

2. El tratamiento privilegiado del asegurador en los procedimientos concursales del asegurador

2.1. *Integración de la tutela en el tratamiento de la insolvencia del asegurador en el ordenamiento jurídico chileno*

Como hemos indicado, aun cuando la consagración de privilegios al crédito del consumidor no se ha establecido como regla general en nuestro ordenamiento, sí encontramos ciertos casos en los que el legislador ha advertido la complejidad de estos casos. Nos referimos especialmente al escenario en que se haya procedido a la dictación de la resolución de liquidación en el procedimiento iniciado por o en contra del asegurador, caso en el cual debemos tomar especialmente en cuenta lo dispuesto por los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 540 del Código de Comercio y por el artículo 84 del Decreto Ley N° 251, de 1931.

Si observamos dicha normativa, resultará que el ordenamiento distingue respecto a la situación concursal en la que se encuentra el asegurador o el asegurado, y, aunque la reacción normativa presenta ciertos elementos paralelos (especialmente a la luz de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 540 CCom), dicha aproximación se presenta únicamente en lo que se refiere a los destinos de la relación contractual una vez dictada la resolución de liquidación respecto al asegurador cuando no ha tenido aun lugar el siniestro (artículo 540, inciso primero, CCom) o, en similar escenario respecto al asegurado, cuando no se ha procedido al pago total de la prima (artículo 540, inciso segundo, CCom)³⁴.

La cuestión, sin embargo, no se resuelve en el marco de dicho paralelismo cuando hacemos referencia a la posición del crédito que puede derivar para una u otra parte en razón de la celebración del contrato. De tal suerte, si estamos frente a un escenario concursal que pone en duda el pago de las primas por parte del asegurado, la reacción normativa solo ofrece una solución desde la órbita de mantener o no el contrato de seguro en los términos antes indicados, ofreciendo una mecánica de tutela solo apreciable desde la lógica contractual, en la medida que el fortalecimiento de su crédito solo estará dado por el hecho que el “concurso o el síndico”

constituye uno de los ejes de esta iniciativa. En este sentido, estimó que el proyecto debe propender a equilibrar la situación de los pequeños asegurados frente a las compañías de seguros”. HISTORIA DE LA LEY No. 20.667, pp. 70 y 71.

³⁴ Para un análisis más detallado de este punto, *vid.* GOLDENBERG SERRANO (2015a) pp. 442-455. Solo para efectos de resumir el punto, la normativa, siguiendo el criterio general en razón del cual la dictación de una resolución de liquidación no produce necesariamente la terminación de los contratos, ofrece una medida de resguardo a la contraparte ante la eventualidad de la falta de pago en el marco del procedimiento liquidatorio. Al efecto, la contraparte bien podrá poner término anticipado al contrato o podrá instar por su continuación, siempre que “el concurso afiance el cumplimiento de las obligaciones del fallido”.

otorgaren fianza dentro de los cinco días siguientes a la solicitud judicial respectiva, so pena del término del contrato (artículo 540, incisos segundo y tercero)³⁵.

En cambio, la reacción normativa se ofrece en términos particularmente diversos en los casos en que sea la aseguradora la que se encuentra sometida a un procedimiento concursal de liquidación. Lo anterior no solo puede observarse en razón de las disposiciones previstas en el artículo 540 CCom antes citado, sino especialmente en la dinámica general contemplada en el DFL 251, que ofrecerán continuas capas de protección. Al respecto, no todas ellas podrán ser justificadas en razón de la concesión de un tratamiento especial al asegurado en razón de su calificación como *non-adjusting creditor*, en los términos previamente indicados, sino que deberán asumirse a partir de un diseño institucional de estabilidad del mercado de seguros, en razón a los intereses macroeconómicos comprometidos. De ello resultará, como veremos, que la tutela al asegurado/acrededor/consumidor por medio del fortalecimiento de su crédito por medio de una tutela privilegiada resulta en una norma que entrará en operación en un número limitado de supuestos. Lo anterior tiene sentido puesto que, como hemos venido indicando, si el ordenamiento asumiera esta como el principal medio de resguardo del consumidor, resultará que los riesgos de la operación se trasladarían inmediatamente a los acreedores que se sitúan en una posición inferior en la escala de prelación, dificultando la dotación de los necesarios recursos para el financiamiento de la actividad de la industria aseguradora.

2.2. Mecanismos de tutela institucional

No debe escaparse al intérprete que el régimen concursal general previsto en la LRLAEP no tiene completa aplicación en el caso de estar frente a una compañía aseguradora. La lógica general de nuestro sistema concursal, situado en la idea de su privatización, y poniendo en el cúspide de sus finalidades la maximización de las posibilidades de cobro por parte de los acreedores³⁶, sufre una desviación en aquellas órbitas de la actividad económica en las que el propio ordenamiento advierte la existencia de ciertos intereses generales comprometidos que pueden tener una relevancia mayor a la mera tutela de los acreedores. En el caso de las compañías de seguros, ello queda especialmente reflejado en el diseño institucional previsto para las situaciones de crisis patrimonial de las entidades aseguradoras en el marco de la normativa prevista en el Título IV del DFL 251, bajo la rúbrica de la “regularización de compañías de seguros” (en lo que se refiere al

³⁵ Sobre las dificultades para comprender en qué consiste esta forma de protección negocial, vid. GOLDENBERG SERANO (2015a) pp. 449 y 450.

³⁶ GOLDENBERG SERRANO (2015b) *passim*.

tratamiento preventivo previsto para casos de déficit de patrimonio, déficit de inversiones o sobreendeudamiento, o déficit de ambas conjuntamente), como también respecto a las reglas modificatorias del sistema concursal general dispuestas a partir de su artículo 76³⁷.

Especial relevancia debe darse al hecho que, en el caso de dictación de la resolución de liquidación, la designación de los liquidadores no queda entregada al arbitrio de los principales acreedores, sino que se establece que legalmente dichas funciones deberán ser desempeñadas por el Superintendente de Valores y Seguros, o quien este designe (artículo 79 del DFL 251). Y ello especialmente si se considera la dicción del artículo 86 del DFL 251, que consagra que, en el ejercicio de dicho cargo, el referido superintendente deberá velar fundadamente por los intereses de los asegurados, de acuerdo a las preferencias previstas en el artículo 84 del mismo cuerpo legal. Lo anterior implica que, en el desarrollo del concurso, será dicho interés un elemento esencial a considerar por los órganos concursales, que no puede ser desconocido por el liquidador, de manera que ya desde una perspectiva institucional, el modelo se articula ofreciendo una especial preocupación por un grupo de acreedores previamente definidos, como es el referido a los asegurados.

Ya situados ante una declaración de concurso por parte de los Tribunales de Justicia, una de las principales tutelas a los asegurados se propone desde la posibilidad de que el liquidador disponga el traspaso de toda o parte de la cartera y negocios a una o más compañías de seguros (artículo 82 LRLAEP). Lo anterior resulta exorbitante al régimen concursal general, en que los destinos del negocio del deudor se sitúan dentro de la esfera de competencias de la Junta de Acreedores (artículo 207 LRLAEP), y en las que las funciones del liquidador son básicamente informativas (artículo 196, número 5 LRLAEP) o ejecutivas (artículo 36, número 10 LRLAEP). Pero en esta órbita, conforme a lo indicado previamente, la intención del legislador está dada por la mayor protección que a su juicio merecen los asegurados, de manera que el liquidador (generalmente, el Superintendente) podrá velar por su posición mediante este tipo de técnicas que pretende, en suma, asegurar la posibilidad de pago por parte de esta clase particular de acreedores, sea que al tiempo de la dictación de la resolución de liquidación existiesen o no riesgos pendientes.

³⁷ En esta órbita, la normativa se preocupa especialmente del convenio extrajudicial (superando la regulación del denominado acuerdo de reorganización extrajudicial previsto en el Capítulo III de la LRLAEP); la fase de apertura de un procedimiento concursal de liquidación, con la intervención de la Superintendencia de Valores y Seguros, especialmente para la investigación de la solvencia de la compañía; el desarrollo del procedimiento y el régimen de administración de los bienes; el régimen de delitos concursales, entre otros.

Para estos efectos, el liquidador no requiere de la comunicación previa del traspaso de la cartera o de los negocios a los asegurados, salvo si se tratase de administradoras de fondos de pensiones respecto a los seguros previstos en el Decreto Ley No. 3.500. Lo anterior implica que dicha transferencia de la posición contractual de quien ha ocupado la calidad de asegurador no requiere de una modificación del contrato ni se sujetará a las reglas de la cesión de créditos previstas en nuestro ordenamiento común, bastando la mera información en los términos que determine la Superintendencia.

Estas transferencias, nos indica el artículo 27 del DFL 251, no pueden gravar los derechos de los asegurados ni modificar sus garantías, lo que implica simplemente una modificación subjetiva del contrato sin poder, por esta vía, alterar su contenido. En estos casos, sin embargo, los asegurados podrán reaccionar ante la información dada en razón del traspaso, poniendo término al contrato, caso en el cual tendrán derecho a la devolución proporcional de la prima en el marco del procedimiento concursal. Lo anterior, sin embargo, ofrece ciertas dudas normativas puesto que si la información es dada a los asegurados una vez que el traspaso ha tenido efectos, quedan pocas razones jurídicas para entender que es el concurso quien debe responder por dichas devoluciones proporcionales. La justificación, en todo caso, deberá ser económica puesto que escasamente podría imaginarse a un cesionario que estuviese dispuesto no solo a asumir las obligaciones contractuales de la aseguradora concursada, sino también a la devolución de las primas en caso que el asegurado rechazare dicho traspaso mediante la terminación anticipada del contrato.

En conclusión, en el marco del sistema concursal especial previsto por el DFL 251, la normativa ofrece un sistema tutelar basado en intentar asegurar el crédito del asegurado, no mediante su carga a los demás acreedores de la aseguradora concursada, sino mediante el eventual traspaso de cartera. De esta manera, entiende el legislador, no se producen las deficiencias antes apuntadas en razón de la tutela especial por vía de privilegio al asegurado, pero su operatividad requiere, por una parte, la disposición de otras entidades que participan en el mercado de seguros de aceptar dicho traspaso en los términos que sean negociados con el liquidador, y, por la otra, la aceptación por parte del asegurado de dicho traspaso, dejando siempre a salvo la posibilidad de poner término anticipado al contrato y obtener la devolución proporcional de las primas.

2.3. Mecanismo de protección vía reaseguro

Más allá del mecanismo institucional de protección antes citado, el resguardo de los asegurados debe integrarse también conforme a la herramienta del reaseguro. En este punto, el inciso final del artículo 540 CCom

no viene sino en repetir lo previamente dispuesto en el último párrafo del artículo 84 del DFL 251, que, con igual tenor, disponen: “*Con todo, los pagos por reaseguros beneficiarán a los asegurador cuyos créditos por siniestro preferirán a cualesquiera otro que se ejercieren en contra del asegurador, sin perjuicio de contribuir a los gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación o de liquidación, en su caso*”.

Nuevamente, encontramos aquí un intento del legislador a efectos de no hacer operativo el tratamiento privilegiado del crédito, el que se ofrece de manera residual. En este caso, por medio de una lógica que ha tenido lugar de manera previa a la situación concursal del asegurador mediante la contratación de una póliza de reaseguro. De este modo, veremos, sea que los asegurados tengan o no acción directa en contra del reasegurador, lo que se pretende es que aquellos puedan obtener el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios sin afectar a los demás acreedores con los cuales el asegurador no haya tenido una relación de seguro.

El primer caso está dado por el supuesto que, en el marco de un contrato de reaseguro, se haya dispuesto excepcionalmente la posibilidad de ejercicio de una acción directa por parte del asegurado, en razón de lo dispuesto en el artículo 586 CCom. Como indica Vásquez Palma, esta fórmula proviene de la idea de la autonomía existente entre el contrato de seguro directo y el reaseguro, de manera que la posibilidad de acción directa se configurará, en el contexto de este último, sobre la base de una estipulación a favor de un tercero (artículo 1449 CC)³⁸, que en caso alguno genera algún tipo de limitación a su posibilidad de dirigirse en contra del asegurador conforme a las reglas generales. Este tipo de cláusulas, nos informa la misma autora, parece habitual en el mercado de reaseguros anglosajones sobre la idea del “*insolvency clause*”, en razón del cual se autoriza al “asegurado tenedor de la póliza de seguro directo que por motivo de la insolvencia de su asegurador no puede cobrar su indemnización, a dirigirse directamente al reasegurador y exigirle el pago de la misma”³⁹.

El segundo caso se refiere a los escenarios en los que los asegurados no tengan acción directa en contra del reasegurador, por tratarse este de un supuesto excepcional. En tal evento, entra en aplicación la normativa tutelar antes indicada, a modo de generar una suerte de patrimonio de afectación, beneficio de separación o preferencia de segunda clase⁴⁰ a favor de los asegurados. De este modo, los dineros que ingresen al patrimonio de la aseguradora concursada en razón del cumplimiento del deber indem-

³⁸ VÁSQUEZ PALMA (2015) pp. 743-744.

³⁹ VÁSQUEZ PALMA (2015) p. 744 (nota 2).

⁴⁰ Lo anterior, por la limitación ofrecida por la norma se refiere únicamente a la contribución de los gastos del procedimiento concursal de liquidación, que mantendrán su preferencia dispuesta en el artículo 2472, número 4, CC.

nizatorio de la reaseguradora no serán destinados al pago de la totalidad de la masa pasiva. A estos efectos, el ordenamiento ofrece una destinación preferente al pago de las indemnizaciones de los asegurados por el hecho de la producción del siniestro.

Respecto a la amplitud de esta forma de resguardo cabe destacar, en primer término, que ella se ofrece a todos los asegurados, sea que el siniestro haya tenido lugar con anterioridad o con posterioridad a la resolución de liquidación, y, luego, que se presenta de modo complementario a las demás formas de tutela consagradas por el ordenamiento nacional. De ahí que los incisos en comento se inicien con el sintagma “con todo”. No obstante, si los asegurados obtienen el pago íntegro de sus créditos en razón de la operativa del reaseguro, resultará que la tutela privilegiada no tendrá lugar, ajustándose nuevamente a la lógica residual antes esbozada.

2.4. *Mecanismo de protección por vía de privilegio*

La tutela privilegiada del crédito del asegurado aparece en dos disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que no se ofrecen de manera idéntica. Por una parte, el inciso primero del artículo 84 del DFL 251, que dispone que “*En el evento de no producirse el traspaso de cartera y negocios, en los términos del artículo 82, el crédito de los asegurados proveniente de los contratos de seguro gozará del privilegio establecido en el N° 5 del artículo 2472 del Código Civil*”; y, por su parte, en el inciso cuarto del artículo 540 CCom, que dispone que “*En el caso de quiebra [hoy, procedimiento concursal de liquidación] del asegurador, los créditos de los asegurados por siniestros ocurridos con anterioridad a la quiebra gozarán de la preferencia del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil*”⁴¹.

En primer término, analizaremos los puntos en común de dichas disposiciones, para luego dar cuenta de sus diferencias y dificultades en materia de integración normativa.

El punto en común, dado por el tratamiento privilegiado, podrá resultar especialmente llamativo si se toma en consideración que a estos créditos se les concederá igual preferencia que aquellas que corresponden a las

⁴¹ Sobre el particular, si bien la norma tenía antecedentes en nuestro ordenamiento, creemos que ello no constituye un obstáculo para su interpretación en clave de tutela del asegurado/consumidor, especialmente si se considera que, como indica BARRIENTOS ZAMORANO (2015) p. 424, en su cita número 4, “El Contrato de seguro, además de la regulación propia del artículo 512 y siguientes del Código de comercio, que empezó a regir el uno de diciembre de 2013, ha estado durante mucho tiempo regulado también por el DFL 251 de 1931, el que deberá ser modificado y reinterpretado, sino legalmente para el primer caso, jurisprudencialmente para el segundo, puesto que debe armonizarse con la nueva normativa de las leyes del consumidor y el propio Código de Comercio, en lo que a contrato de seguros privados, al menos, se refiere”.

remuneraciones de trabajadores, asignaciones familiares, indemnizaciones laborales y cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin (artículo 2472 N° 5 CC). Lo anterior porque, para justificar el tratamiento preferente dado en este punto, suele invocarse el carácter alimentario y las razones de política social que envuelven la posición del trabajador ante el empleador insolvente⁴², caracteres que no logran cohonestarse fácilmente con la posición que tiene el asegurado ante la crisis patrimonial del asegurador. A nuestro juicio, esta preferencia puede sustentarse, al igual que en el caso del trabajador, en la ausencia de una real capacidad de negociación por parte del asegurado, en atención a que resulta transversal en el tratamiento concedido por la Ley No. 20.667 en su calidad de consumidor. La ausencia de poderes de negociación impedirá, por supuesto, el ajuste de los términos del contrato en atención al riesgo que puede afectar al asegurado en razón de la eventual insolvencia del asegurador, como asimismo a solicitar alguna suerte de garantía real para obtener la correspondiente preferencia de segunda o tercera clase⁴³.

Ahora bien, las diferencias están dadas especialmente en lo que se refiere a la órbita temporal en la que se da curso a la tutela privilegiada y al crédito que es objeto del privilegio.

Respecto al primer aspecto, el artículo 84 del DFL 251 supone que no se ha producido el traspaso de cartera en los términos del artículo 82 de la misma ley, sin distinguir, en dicho supuesto, si se trata de relaciones de seguros en las que la obligación indemnizatoria ha tenido lugar con anterioridad o posterioridad a la dictación de la resolución de liquidación. La lógica de este punto se presenta, como hemos indicado con anterioridad, en que la tutela privilegiada debe tener lugar en un escenario residual, en que las fuerzas del mercado no han sido capaces de obtener un alivio para el asegurado mediante el traspaso de cartera, a efectos de no producir el traspaso del valor relativo de los créditos de parte de los acreedores inferiores a la escala de prelación. Sin embargo, el punto a resolver está dado por si la operatividad de la tutela solo tendrá lugar en los casos en los que el liquidador no ha podido llevar a cabo el citado traspaso (caso en el cual es evidente), o si se extiende también al supuesto en que, a pesar de haberse llevado a cabo, el asegurado ha decidido poner término anticipado al contrato en que estén pendientes los riesgos, solicitando la devolución proporcional de la prima en el concurso.

Lo anterior obliga a pronunciarnos respecto al crédito objeto del privilegio en los términos del artículo 84 del DFL 251, que no parece circunscribirse únicamente a aquel que deviene del deber indemnizatorio de la

⁴² BAHAMÓNDEZ PRIETO (1993) pp. 31 y 32, y BERMEJO GUTIÉRREZ (2002) p. 54.

⁴³ GOLDENBERG SERRANO (2013) *passim*.

aseguradora, sino que se refiere genéricamente al crédito de los asegurados provenientes del contrato de seguro. Sin embargo, en este punto podrá discutirse si el crédito que surge en razón de la citada devolución encuentra como fuente el contrato, o de la terminación anticipada del mismo, como efecto legal de la resolución⁴⁴. Adicionalmente, veremos, la cuestión tampoco parece resolverse a la luz del artículo 540 CCom, puesto que si bien en este caso el privilegio no se encuentra referido a la efectividad del traspaso de cartera y negocios, sí lo está en atención a que debemos estar ante siniestros ocurridos con anterioridad a la dictación de la resolución de liquidación, por lo que no podemos estar en la órbita de la terminación anticipada que requiere de la existencia de riesgos pendientes.

Ahora bien, el artículo 540 CCom ofrece el tratamiento privilegiado del crédito de manera diversa. Así, su inciso cuarto se sitúa en el contexto en que no existan riesgos pendientes derivados del contrato de seguro, esto es, que el siniestro haya tenido lugar al tiempo de la dictación de la resolución de liquidación. Sobre el particular, cabe hacer notar dos elementos adicionales: esta tutela solo se ofrece al asegurado en caso de un procedimiento de liquidación concursal respecto al asegurador, sin tener parangón para el caso inverso como una forma de protección al asegurador respecto a la falta de pago de las primas; y, luego, que en estos casos no tendrá lugar la posibilidad prevista en el primer inciso del mismo artículo 540, puesto que el derecho de opción solo tiene cabida legal (y sentido lógico) en los casos en los que estemos frente a un escenario en que existan riesgos pendientes⁴⁵.

Por ello, el legislador pone especial atención a la posición que tendrá el crédito resultante de la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado, que, en este caso, ya habrá producido sus efectos en razón del cumplimiento de la condición prevista para su nacimiento (artículos 529 y siguientes CCom). Recordemos, a estos efectos, que se trata esta de una de las principales dinámicas económicas que se integran en la relación de seguro, al punto que así aparece manifestado en la conceptualización del mismo en el inciso primero del artículo 512 del CCom, bajo la idea de la transferencia del riesgo, y en la caracterización de la existencia de la obligación indemnizatoria del asegurado como requisito esencial del mismo, so pena de nulidad, en el artículo 524 del mismo cuerpo legal.

⁴⁴ GOLDENBERG SERRANO (2015a) p. 447.

⁴⁵ Además de enmarcarse en una lógica temporal más restringida, el artículo 540 CCom ofrece otro punto a destacar. La tutela parece estar asociada a la inexistencia del traspaso de cartera o de negocios en los términos del artículo 82 del DFL 251, cuestión que, a nuestro juicio, no resulta en un obstáculo para llegar a igual conclusión, puesto que no sería posible pensar que el asegurado pudiese hacer valer su crédito en el contexto del concurso de la entidad aseguradora cedente si se ha perfeccionado (y ha aceptado) el citado traspaso.

De este modo, si la transferencia del riesgo es un elemento que resulta trascendental en la calificación de la relación de seguro, y la dinámica del seguro actualmente descende a la consagración de orden de protección al asegurado, será el propio ordenamiento el que pretenderá dar salida para aquellos casos en los que dicha transferencia económica no pudiese ser correctamente perfeccionada en razón de una imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones por parte de la empresa aseguradora, especialmente ahí donde habrá fracasado el modelo institucional de protección indicado en el inciso precedente.

CONCLUSIONES

1. La falta de equilibrio en las posiciones negociadoras en el marco de los contratos de consumo no solo requiere una reflexión, como la que ha efectuado nuestra doctrina, desde las alteraciones de la lógica contractual clásica. Asimismo, plantea la duda de si, en un escenario de incumplimiento o insolvencia del proveedor, es necesario extender el orden de protección al consumidor a efectos de ofrecer un nivel de tutela especial.
2. El ordenamiento nacional ha previsto ciertas fórmulas para intentar asegurar el pago de los créditos que el consumidor tiene en contra del proveedor, extendiendo el catálogo de sujetos pasivos en contra de quienes podrá ejercer sus acciones, pero de manera restringida en los términos del artículo 21 LPDC.
3. Considerando especialmente que, en razón del desequilibrio de su posición negociadora y las asimetrías de información a las que se encuentra expuesto, el consumidor/acrededor no ha podido fortalecer negocialmente el crédito (especialmente, en razón de un régimen de garantías), bien cabe cuestionarse la alternativa de dotar a esta clase de créditos de una tutela privilegiada, paralelamente a lo que ocurre respecto a los créditos de los trabajadores.
4. Sin embargo, si bien dicha alternativa resulta sugerente, el otorgamiento de un privilegio, especialmente si este fuere de primera clase, trasladará el riesgo operacional a los acreedores inferiores, incluyendo eventualmente a los acreedores garantizados, lo que dificultará el financiamiento de la empresa. Ante esta evidencia, el ordenamiento puede reaccionar limitando el importe del privilegio o creando fórmulas que lo establezcan de manera residual ante el fracaso de otras formas de tutela.
5. Ejemplo paradigmático de lo anterior se encuentra en la órbita de los seguros, en los que el ordenamiento jurídico vigente, creando un evidente orden de protección a favor del asegurado, consagra una tutela preferencial. Sin embargo, la recoge como una medida residual en

caso que los mecanismos de prevención de la insolvencia de la aseguradora hayan resultado ineficaces, que haya fracasado la alternativa del traspaso de negocios y carteras a otras entidades aseguradoras o no se haya podido resolver el punto mediante la técnica del reaseguro. Con ello, el privilegio del consumidor/asegurado se reconoce como una medida necesaria, pero supletoria a otras formas de tutela institucional o negocial que parecen ofrecer una menor distorsión en el mercado financiero.

BIBLIOGRAFÍA

- BAHAMÓNDEZ PRIETO, Luis Felipe (1993): *La prelación de créditos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2013): “Una aproximación a la forma de incumplimiento que da lugar a la garantía legal en las ventas reguladas en la ley de protección de los Derechos del Consumidor”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, Año 20, No. 2, pp. 61-83.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2015): “El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo. Estudio de sus fuentes”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, No. 2, pp. 423-451.
- BEBCHUCK, Lucian A. y FRIED, Jesse M. (1996): “The uneasy case for the priority of secured claims in bankruptcy”, *Yale Law Review*, No. 105, pp. 857-934.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria (2002): *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas.
- BIANCHI, Emilio (1984): *Dei privilegi e delle cause di prelazione del crédito in generale*, Nápoles, Eugenio Maghieri.
- BUCKLEY, F.H. (1986): “The bankruptcy priority puzzle”, *Virginia Law Review*, Vol. 72, No. 8, pp. 1393-1470.
- CASTILLO FAURÁ, Ximena (2013): “Comentario. Una mirada desde la práctica a la protección del consumidor de seguros”, *Boletín de la Academia de Derecho y Consumo*, agosto-septiembre de 2013, pp. 8-11.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de seguros*, Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters.
- CORDERO LOBATÓ, Encarna (1994): *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, Tecnos.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, LegalPublishing, Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2010): “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, Año 17, No. 2, pp. 21-52.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2013): “Artículo 1° N° 4. Definición de publicidad”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (dirs. Íñigo de la Maza Gaz-

- muri y Carlos Pizarro Wilson; ed. Francisca Barrientos Camus), Santiago, Thomson Reuters, pp. 32-48.
- DEL VECCHIO, Francesco (1994): *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Milán, Giuffré Editore.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría General del Contrato*, Cizur Menor, Thomson Civitas.
- DI SABATO, Daniela (2008): *I privilegi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2013): “El tratamiento privilegiado del crédito como medio de protección al acreedor sin poder de negociación”, en *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, pp. 301-311.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2015a): “Artículo 540”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (dir. Roberto Ríos O.; ed. Carolina Schiele M.), Santiago, Thomson Reuters, La Ley, pp. 442-455.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2015b): *La visión privatista del Derecho concursal*, Santiago, Thomson Reuters, La Ley.
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2014): “La relación entre el derecho del contrato de seguros y el derecho de protección a los derechos de los consumidores”, en *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013* (edit. Eduardo Jequier Lehuedé), Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, pp. 61-79.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Artículo 16 g). La buena fe y el equilibrio contractual”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (dirs. Íñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson; ed. Francisca Barrientos Camus), Santiago, Thomson Reuters, pp. 340-351.
- NASSER OLEA, Marcelo (2013): “Artículo 21. Forma de hacer efectivos los derechos de los artículos 19 y 20”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (dirs. Íñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson; ed. Francisca Barrientos Camus), Santiago, Thomson Reuters, pp. 539-552.
- PIZARRO WILSON, Carlos y PÉREZ LÓPEZ, Ignacio (2013): “Artículo 1° N° 6. Definición de contrato de adhesión”, en *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (dirs. Íñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson; ed. Francisca Barrientos Camus), Santiago, Thomson Reuters, pp. 52-58.
- RÍOS OSSA, Roberto (2014): “La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el ordenamiento jurídico chileno y el control de contenido del contrato: ¿cambio radical en el sistema de aseguramiento?”, en *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013* (edit. Eduardo Jequier Lehuedé), Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, pp. 43-60.

- S/A (2003): “Notes: Switching priorities: elevating the status of tort claims in bankruptcy in pursuit of optimal deterrence”, *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 8, pp. 2541-2564.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert (2008): *Los acreedores involuntarios*, Cizur Menor, Thomson Reuters.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2015): “Artículo 586”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (dir. Roberto Ríos O.; ed. Carolina Schiele M.), Santiago, Thomson Reuters, La Ley, pp. 743-746.

LA IMPERATIVIDAD COMO NUEVO DESAFÍO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEL SEGURO CHILENA

CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL*

RESUMEN: En el presente artículo buscaremos enmarcar el alcance y contenido del artículo 542 de la ley chilena 20.667 que modificara el Código de Comercio.

Palabras clave: Derecho de seguros, imperatividad, límites, grandes riesgos.

ABSTRACT: This article will seek to frame the scope and content of Article 542 of the 20,667 Chilean law to modify the Chilean Commercial Code.

Key words: Insurance Law, imperatividad, limits, major hazards.

INTRODUCCIÓN

El proyecto de reforma legislativa en materia del contrato de seguros es parte de un conjunto de relevantes modificaciones en materias Económico-Comerciales. En efecto, las modificaciones introducidas deben relacionarse con el camino abierto por otras iniciativas legales de gran importancia, como las modificaciones a la ley de protección al consumidor, a la ley de defensa de la libre competencia, la ley sobre arbitraje comercial internacional y la ley sobre la competencia desleal. Dicho marco regulatorio resulta esencial para entender muchas de las instituciones que se explicitan en cada una de las nuevas formas de vinculación mercantil.

Como lo indica la moción parlamentaria que sometió a consideración la reforma del Código de Comercio, era imperioso realizar cambios en lo relativo al contrato de seguros afectado por una legislación con múltiples carencias. De ahí que el mensaje del anteproyecto destaca: "Llevado de la mano por la libertad contractual, que preside todo el derecho privado, el contrato de seguro fue supliendo esas carencias, sobre la base de las estipulaciones contenidas en las cláusulas de las pólizas, hasta tal punto que

* Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Chile y Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Actualmente es académico de Derecho Económico en la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, Angamos 0610, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: caruiz@ucn.cl.

llegó un momento en que se formó una realidad jurídica al margen de las normas del Código”¹.

En razón de que la ley 20.667 trata muchas materias focalizaremos este artículo en una sus disposiciones: La imperatividad de la norma. Al respecto, indica el artículo 542 de la Ley 20.667 que las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en estas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario. Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

En el presente artículo buscaremos enmarcar el alcance y contenido de esta norma incorporada en el Código de Comercio chileno a partir del mes de diciembre del año 2013. Como consecuencia de lo anterior, se examinará cuál es el rol que cumple la imperatividad, específicamente si constituye un elemento de equilibrio que beneficia al contratante débil del seguro².

Los contratos masivos tuvieron tal difusión en el siglo XX que alcanzaron gran relevancia en nuestro mercado³. Es así como en la mayoría de la contratación de servicios como los telefónicos, la televisión por cable, el de servicio eléctrico, el servicio de agua potable, etc. se verifica esta forma de contratación. El tratamiento de estos contratos por la jurisprudencia y la doctrina suele estar marcado por un juicio negativo, relegando a un segundo plano sus elementos positivos, como la fluidez de la contratación, la posibilidad de predicción de las respuestas estándar y la contribución a la contratación masiva, indispensable para la contratación de los seguros.

El legislador ha buscado regular los contratos de adhesión con diversas restricciones normativas⁴. Entre los instrumentos limitativos de la

¹ Moción parlamentaria de los señores diputados, Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Alberto Cardemil Herrera, Edmundo Eluchans Urenda, Marcelo Forni Lobos, Renán Fuentealba Vildósola, Sergio Ojeda Uribe, Eduardo Saffirio Suárez, Patricio Vallespín López, Mario Venegas Cárdenas. Fecha 10 de julio, 2007. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 355. Boletín 5185-03.

² “Esta falta de simetría presente en la fenomenología de la contratación estandarizada, es lo que justifica la implementación de instrumentos de protección en favor del sujeto calificado como contratante débil. Se trata de una tutela que busca reequilibrar la relación negocial. En este contexto, hemos observado durante nuestra investigación como los deberes de información se han transformado en un instrumento eficaz de protección y corrección del desequilibrio existente durante el proceso formativo del contrato”. Ríos (2014) p. 33

³ El artículo 1 número de la ley de 19.496 define el contrato de adhesión.

⁴ El fundamento de la contratación subsiste. CARRASCO (2010) pp. 67-68.

En este sentido si revisamos el *Soft Law*, observamos como el principio de la autonomía de la voluntad consiste la base de toda relación negocial, pero con limitaciones. La fórmula

autonomía de la voluntad, se pueden mencionar la posibilidad de anular íntegramente el contrato, como lo dispone el Código Civil. Igualmente, en normas más recientes, resulta factible anular la cláusula, u obtener una defensa colectiva con la actuación de las asociaciones de consumidores incluida en la ley de Protección de los Derechos de los Consumidores⁵. El marco normativo que impone la ley 20.667 provee igualmente de preceptos que favorecen al asegurado con un piso mínimo que es el que buscaremos examinar a continuación⁶.

En este escenario, el plano de igualdad o de equilibrio guía la nueva legislación de seguros. Por eso al constatar los desequilibrios que favorecen a las compañías aseguradoras, no solo en la perspectiva de poderío económico, sino desde el punto de vista de la información relevante para llevar el contrato a término, se introdujeron elementos correctores que permitieran un balance en las posiciones de las partes, aspecto sustantivo que buscaremos abordar en el presente artículo⁷. Para alcanzar los propósitos delineados, primero nos abocaremos a determinar qué debe entenderse por limitación para después analizar la imperatividad⁸.

I. CONCEPTO DE LIMITACIÓN

El Diccionario de La Real Academia contiene varias acepciones de lo que debe entenderse por limitar. En efecto, indica la Rae que limitar viene del latín *limitare* que significa “Poner límite a una acción o a una cosa; por ejemplo, un terreno”. Pero también se puede entender que limitar “es acotar, ceñir o restringir” y en su tercera acepción significa “fijar la mayor extensión que puede tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno”⁹.

Además resulta una constante en el tráfico mercantil referirse al término “límite” como la expresión de máxima extensión que abarca una institución económica. Es así como en el derecho de Seguros, se utiliza el con-

del artículo 2.1. del Proyecto de Pavía es clara al señalar “que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establecen en este Código, en el Derecho Comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello perjudicar a terceros”. GARCÍA Y OTERO, (2010) p. 62.

⁵ En este sentido, *Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraft Foods Chile* (2011).

⁶ “De ahí la importancia que en este aspecto tiene la nueva ley, en cuanto propende a equilibrar la situación de los pequeños asegurados frente a las compañías de seguros, con base en normas mínimas obligatorias que provean un marco de certeza jurídica que no pueda ser modificado contractualmente”. CONTRERAS (2014) p. 117.

⁷ RÍOS (2013) p. 1.

⁸ ARELLANO (2013) p. 19.

⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2005) pp. 1258 y 1259.

cepto de “límite de responsabilidad” al límite máximo al que al asegurador está obligado a cubrir en un siniestro¹⁰. Del mismo modo en el reaseguro se denomina “límite de aceptación” a la responsabilidad máxima que asume un reasegurador, bien por riesgo o por siniestro¹¹. Igualmente en el mismo sentido en el Derecho bancario se denomina “límite del riesgo” a la cantidad máxima de financiación que por cualquier concepto un banco ha autorizado a un cliente.

En el caso del derecho como limitación de la imperatividad se verifica una situación similar a la arriba descrita. Es decir, en primer término la imperatividad ampara una serie de coberturas de seguros que pasan a ser inmodificables. Por el contrario, como se desprende del artículo 542 las partes pueden negociar en igualdad de condiciones en los términos a que se refieren las excepciones como las correspondientes a seguros de daños indicada en el artículo y los seguros de casco y de transporte marítimo y aéreo.

Si se toma la tercera de las acepciones indicadas por la Rae no se verifica la contradicción, sino que la obligatoriedad de las normas fija la mayor extensión en que los contratos de seguros tienen cobertura. De este modo, por medio de este principio se fija el ámbito de aplicación de las normas que el legislador ha establecido como inmodificables para la generalidad de las pólizas. En especial se refiere a la extensión de esas normas que buscan proteger al contratante débil de los seguros masivos. Es decir, la imperatividad al hacer inmodificables la gran mayoría de los contratos de seguros, sirve de frontera o límite para proteger al contratante débil.

En las excepciones recogidas por la normativa, subyace la necesidad de resguardar la igualdad entre los contratantes. Se busca evitar que el predisponente determine, en especial si lo hiciere arbitrariamente, las cláusulas que recoge el contrato sin tomar en consideración los intereses del contratante débil. Esta forma de contratación puede primarse en todos aquellos seguros en que predomina la imposición de la compañía al consumidor, que solo se adhiere a los términos que le propone el primero. Igualmente puede producirse en aquellos en que se incorporan cláusulas abusivas basadas en disposiciones estándar o en condicionados generales¹². Es necesario determinar la extensión del término imperatividad y la forma en que se protege a la parte débil del contrato.

II. SENTIDO DE LA IMPERATIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Resulta relevante examinar a continuación la forma en que se resuelve en el derecho comparado de mayor afinidad con la legislación chilena,

¹⁰ IRARRÁZAVAL (2012) p. 471.

¹¹ CASTELO (1992) p. 221.

¹² CONTRERAS (2014) p. 119.

la cuestión de la imperatividad y si dicha forma de tratar esta institución tiene alguna incidencia en nuestro derecho. Por eso, y como una forma de introducción al tema, nos referiremos al tratamiento que le proporcionan sistemas legales de otros países a la imperatividad a fin de contextualizar la normativa chilena.

Atendida su finalidad y a la fuerza obligatoria que les da el Derecho, resulta común distinguir entre normas dispositivas o imperativas. En lo que respecta este tópico coincidimos con Luis Díez Picazo y Antonio Gullón cuando señalan que: “El derecho Público es el Derecho de la necesidad. En el Derecho Privado domina la autonomía de los particulares, y la norma jurídica solo funciona como supletoria de la voluntad individual. En el Derecho Público, por el contrario, domina la necesidad. Sus normas han de ser rigurosa y exactamente cumplidas. El Derecho privado es el Derecho de las normas dispositivas. El Derecho público es *ius cogens*. Derecho imperativo o Derecho necesario. Pero la distinción así trazada tampoco es exacta. Hay en el Derecho privado extensas zonas dominadas por normas esencialmente imperativas o insustituibles por pactos en contrario de los particulares. En cambio, en el Derecho público hay esferas en que la imperatividad de las normas no es absoluta, bien porque se otorgan facultades discrecionales o bien porque se admite la posibilidad de establecer pactos (por ejemplo, entre entes públicos)”¹³.

La distinción resulta bastante flexible para diferenciar entre el ámbito público y privado, y útil respecto a su carácter inmodificable como ocurre en la materia de esta investigación. Por eso en las dispositivas si los interesados nada dicen, o lo dicen en forma incompleta, rigen las normas dispositivas por lo que la norma jurídica resulta supletoria al no existir, o ser parcial la declaración de voluntad que es la que impera.

Aunque existan muchas soluciones legislativas en las diversas latitudes queremos destacar dos modelos empleados al abordar la imperatividad. El primer modelo podemos de “inclusión expresa” en el que el legislador enumera cada uno de los preceptos normativos en que es aplicable la imperatividad. Este modelo contrasta con el segundo de “inclusión general”, en que el legislador de modo genérico determina el alcance de la imperatividad¹⁴.

¹³ Díez-PICAZO Y GULLÓN (1984) p. 39

¹⁴ “Por otro lado, debe indicarse que la formulación genérica del carácter imperativo de los preceptos, quizá mejor, de las normas contenidas en la LCS, restringiendo el poder de la autonomía de la voluntad, se efectúa en su artículo 2, utilizando una técnica delimitadora de la imperatividad, que puede considerarse como singular respecto a las empleadas por otros ordenamientos de nuestro entorno en cuanto que se hace de una forma genérica”. SÁNCHEZ CALERO (2001) p. 58.

En el primer modelo de la “inclusión expresa” destaca explícitamente las disposiciones legales imperativas y por consiguiente la norma es inmodificable. Este es el paradigma del ordenamiento jurídico francés, en que la Ley modificatoria del *Code des assurances*, dictada en 1989, que liberalizó el mercado asegurador, eliminando el sistema de aprobación previa de las pólizas tipo. De esta manera, prevalece en la legislación gala, la voluntad del legislador que designa cuáles de sus normas son imperativas conforme el artículo 1-1113 del *Code des Assurance* y cuáles no¹⁵.

El modelo de “inclusión expresa” resulta aún más patente en modelo jurídico aplicable en Argentina y Colombia. En la ley argentina en el artículo 158 de la ley 17.418 de 30 de agosto de 1967 también sigue el criterio de selección de algunos artículos que se presentan como inmodificables. Por eso indica el capítulo IV en lo relativo a la obligatoriedad de las normas que: “Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y solo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140. Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario”.

Como se puede ver en la ley colombiana, siempre en el ámbito de la determinación expresa, se verifica un sistema de mayor flexibilidad en que se pueden encontrar preceptos inmodificables y otros que pueden modificarse siempre que sean favorables al tomador. Entre los primeros están los relativos a los seguros que indica artículo 1162 incorporado en el Código de Comercio Colombiano por el Decreto 410 de 1971 - Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1, 2 y 4.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y solo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161.

Es decir, el legislador colombiano eligió como sistema para determinar la inmodificabilidad caracterizado por una mención expresa de los artículos en que se aplica. Posteriormente, establece aquellos en que resulta facultativo modificarlos conforme a la expresión “podrá modificarse”. Esta

¹⁵ No obstante, la autoridad fiscalizadora (Ministerio de Economía y Finanzas) mantuvo cierto control en el artículo 114-4 del *Code des assurances*, ya que puede imponer el uso de cláusulas tipo. Véase LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) p. 120.

diferencia denota que para el legislador colombiano la imperatividad constituye un elemento sustancial que emplea la expresión por su naturaleza.

El legislador colombiano indica que en las del segundo grupo, solo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, cuando prescribe que la imperatividad de las disposiciones regirá, no obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario que se puede vincular con el artículo 542 de la ley 20.667.

Un segundo modelo que hemos denominado de “inclusión general” es el predominante en el sistema jurídico español. El ordenamiento jurídico español recoge esta institución en el artículo 2 que indica: “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”¹⁶. A nuestro entender resulta preferible referirse al asegurado (ley española y artículo 513 letra a de la ley chilena) que al tomador (ley colombiana y 513 letra f de ley chilena) pero resulta conflictivo referirse al asegurado y beneficiario ya que este último no es parte y tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro (artículo 513 letra c de la ley chilena)¹⁷.

El artículo 3 de la misma ley española indica: las condiciones generales, que en asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo¹⁸.

La legislación española se refiere a un antiguo problema en materia de seguros vinculado a la redacción de las condiciones generales del contrato. En efecto, hoy se reconoce que para poder ser incorporadas por el predisponente las cláusulas deberán ser redactadas de forma clara y precisa. La LCS manifiesta de este modo el interés por tutelar al asegurado como parte débil de la contratación¹⁹.

¹⁶ La Jurisprudencia española ha expuesto este principio indicando que “El carácter imperativo de la LCS desplaza y desvirtúa el principio existente hasta su entrada en vigor, de que la póliza es norma fundamental entre las partes” lo que debe entenderse a la luz de que “la base del contrato de seguro es el principio de la autonomía de la voluntad siempre que no se oponga a la normativa imperativa de la ley del Contrato de seguro” (STS 5-6 1997 [Civil] RAJ 1997 /4607) (STS 20-3-1991[Civil] RAJ 1991/2267).

¹⁷ HOYL Y RUIZ-TAGLE (2014) pp. 49 y 50.

¹⁸ El Ordenamiento jurídico alemán sirve de contrapunto a la institución de la imperatividad ya que modificó el régimen del contrato de seguro, mediante la Ley de Seguros Privados de 2008 que “perseguía principalmente la regulación del mercado de seguros, es decir, la reducción del control de seguros en los países miembros de la UE”.

¹⁹ Detrás de la declaración genérica de imperatividad contenida en el art. 2LCS late un declarado propósito de tutela del asegurado, como parte débil de la relación contractual de seguro. EMBID (2002) p. 64.

En cuanto a la sanción por una transgresión de la imperatividad en la ley española, declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas. Ningún caso podrán tener carácter lesivo para los de la ley 50 /80 sobre contratación de seguros.

Es más, como lo explica José Miguel Embid “El hecho de que las normas de la LCS disfruten, por regla general de una naturaleza imperativa implica necesariamente la nulidad de las cláusulas contractuales que se le opongan, manteniéndose la validez del contrato en el que se inserten”²⁰. De una manera semejante en el ordenamiento jurídico chileno si se pretende modificar o eludir una norma imperativa igualmente son nulos²¹.

De lo expuesto precedentemente, resulta claro que el modelo chileno se inspira en la legislación española sobre seguros en la imperatividad y en muchas otras que contiene la ley 20.667²². De esta forma, el modelo de “inclusión general” es el seguido por ley española y la chilena²³.

Por otra parte, al igual que en la legislación colombiana, en la española y la chilena se requiere incorporar las disposiciones más favorable para el asegurado. La inclusión de la imperatividad en el ordenamiento jurídico ibérico, como en el chileno, busca proteger a la parte más débil, esto es al asegurado²⁴. Finalmente en concordancia con la ley española en la chilena si alguna cláusula de un contrato transgrede a la imperatividad dicha cláusula es susceptible de ser nula aunque se mantenga la validez del resto del contrato.

III. SITUACIÓN EN CHILE

El Código Civil chileno indica en el artículo 1° que las leyes pueden dividirse en imperativas, prohibitivas y permisivas. La crítica de la doctrina sostiene que las dos primeras tienen razón de ser, pero la tercera, es

²⁰ EMBID (2002) p. 65.

²¹ “Estas normas regulan siempre, con carácter necesario, la relación jurídica a que se refieren, de modo tal que la voluntad normativa de los interesados es impotente para modificarlos o eludirlos, y los actos o negocios jurídicos celebrados por aquellos en su contra son nulos de pleno derecho (art. 1462 del Código Civil)” CONTRERAS (2014) p. 118.

²² “La imperatividad sigue los criterios del orden público de protección y tiene su primer impulso en la ley de seguros francesa de 1930. Luego será la ley de seguros privados española de 1980 la que recogerá este criterio en su artículo 2°, siendo esta norma europea la fuente directa del artículo 542 del Código de Comercio chileno, según se observa de la historia de la Ley 20.667. Como sostiene la doctrina española dominante, se trata de un criterio de semiimperatividad, ya que hay normas que quedan en su estado dispositivo”. RÍOS (2013) p. 10.

²³ Historia de la ley 20.667, Décimo Noveno, p. 10.

²⁴ EMBID (2002) p. 64.

decir aquella que permite, no añade nada el legislador al calificarlas como permisivas ya que esas circunstancias no constituyen ningún aporte diferenciador del principio fundamental de libertad.

Igualmente se sostiene que toda ley imperativa, en el fondo es prohibitiva porque prohíbe hacer lo que ordena en forma distinta a lo legalmente establecido²⁵. Por eso, resulta común para la doctrina acudir a una tercera clasificación que divide las normas en normas imperativas (que incluyen las prohibitivas) y dispositivas que cumplen una función supletoria de la voluntad de las partes, de manera que estas pueden sustituirlas por lo que hayan convenido²⁶.

La normativa del ahora modificado Código de Comercio chileno, que regulara el contrato de seguro hasta el 1 de diciembre del 2013, podía ser calificada como dispositiva, y a que las partes podían intervenir y convenir materias en forma diversa de la establecida en la ley²⁷. En otros términos, en las dispositivas, que constituyen la regla general en el derecho privado, las partes pueden disponer ciertas conductas, y en caso que no dispongan nada, la norma suple dicho vacío²⁸.

Por otra parte, las normas imperativas o inderogables (*ius cogens*) son las que se imponen de modo absoluto a la voluntad de las partes que no pueden sustituirlas, ni alterarlas. En estas últimas, se puede afirmar que la voluntad del legislador se impone o impera a la voluntad de las partes. Son las que predominan y constituyen la regla general en el Derecho Público²⁹.

a. Imperatividad y sistemas registrales

Consecuencia de lo anterior, la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato de seguro, tenía en la normativa chilena como únicas limitaciones ciertas disposiciones imperativas contenidas en el derecho común, en el Código de Comercio y la derivada del artículo 3° letra e) del Decreto con Fuerza de Ley número 251 sobre Compañías de Seguros, de 1931, que regía las actuaciones de las compañías aseguradoras que señala expresamente:

²⁵ DUCCI (1995) p. 53.

²⁶ CONTRERAS (2014) p. 117.

²⁷ ACHURRA (2005) pp. 24 y ss.

²⁸ “Las antiguas normas del C.com chileno que regularon el contrato de seguro ante la ley Nº 20.667 eran dispositivas salvo que por su naturaleza u objetivo fueran imperativas o prohibitivas; es decir, era una legislación supletoria de la voluntad de las partes, a diferencia de otras legislaciones, como por ejemplo la española, en que la situación es exactamente inversa, o la francesa, en la que el legislador designa cuáles de sus normas son imperativas en una disposición especial (art. 1-111-3 del Code des Assurances)”. CONTRERAS (2014) p. 118.

²⁹ DÍEZ- PICAZO Y GULLÓN (1984) p. 39.

“Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: e) Mantener a disposición del público, los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado. Las entidades aseguradoras podrán contratar con dichos modelos a partir del sexto día que hubieren sido incorporados al Depósito de Pólizas que, para esos efectos, llevará la Superintendencia. Las compañías de seguros del primer grupo, en los casos de seguros de Transporte y de Casco Marítimo y Aéreo, como asimismo en los contratos de seguros en los cuales, tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a 200 unidades de fomento, no tendrán la obligación señalada en el párrafo precedente, y podrán contratar con modelos no depositados en la Superintendencia, debiendo la póliza respectiva ser firmada por los contratantes”.

Agrega después el artículo citado “Será responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten, estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso. La Superintendencia fijará, mediante norma de aplicación general, las disposiciones mínimas que deberán contener las pólizas. La Superintendencia podrá prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando, a su juicio, su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las disposiciones mínimas señaladas precedentemente”.

Como se desprende del texto citado inducía a los aseguradores a comercializar o usar modelos de condiciones generales previamente incorporados al depósito de pólizas disponible en la Superintendencia de Valores y Seguros. Si bien la Ley 19.769 del 2001 –que elimina el sistema de registro de pólizas y lo sustituye por el denominado sistema de “*depósito de pólizas*”– tuvo como objetivo general liberalizar los mercados, y en el caso de los seguros “*agilizar el proceso de incorporación de nuevos productos al mercado delegando la responsabilidad del correcto diseño de los mismos en las compañías*”, el legislador dejó subsistente un mecanismo de control del contenido de las pólizas en manos de la S.V.S. Esta institución fiscalizadora, discrecionalmente puede prohibir el uso de pólizas que “*a su juicio*” no cumplen con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción o con las disposiciones mínimas establecidas en la respectiva normativa.

A este respecto, resulta muy discutido si en el nuevo diseño contractual consensual pueda mantener la necesidad del depósito de las pólizas. En este punto coincidimos con Marcelo Barrientos cuando indica: “Si esto es así, consideramos que el sistema de registro de póliza debiera supri-

mirse. En efecto, el alcance del sistema actual de contratación de seguros modifica la formación del consentimiento en este contrato. El depósito de pólizas no cumple ahora ninguna función, ya que el contrato es consensual, por lo que se prueba por todos los medios de prueba que contemplan las leyes, siempre que exista un principio de prueba por escrito, que emane de cualquier documento que conste en telex, fax, mensajes de correo electrónico y, en general, cualquier sistema de transmisión y registro digital o electrónico de la palabra escrita o verbal. En consecuencia, las cláusulas contenidas en las pólizas no pueden infringir las normas del Título VIII del Libro II del Código de Comercio, porque en virtud del art. 542, todas ellas son imperativas, salvo en cuanto a que las estipulaciones contractuales sean más beneficiosas para el asegurado y, excepción hecha también, que se trate de seguros de grandes riesgos³⁰.

No obstante la función fiscalizadora de la S.V.S, nuestro legislador estimó que el escenario contractual representado por la contratación estandarizada, contenía defectos que debían corregirse. Esa circunstancia se sumó a los otros fundamentos de la regulación imperativa enfocada en proteger al contratante débil³¹ en el contrato de seguro que es el asegurado³². Por consiguiente, el control de contenido del contrato de seguro, y de las condiciones generales que lo integran se encuentra en manos del legislador y por lo tanto las partes solo podrán modificarlo en las oportunidades en que el legislador lo permita³³.

b. Imperatividad y contenido mínimo

Frente al criterio de imperatividad introducido por la mencionada ley, los aseguradores chilenos promovieron cambios relevantes en las cláusulas

³⁰ BARRIENTOS (2015) pp. 92 y 93. Agrega el autor: “El registro de pólizas está previsto en Chile en el art. 3° letra e) del D.F.L. N° 251. Con la imperatividad del artículo 542 del Código de Comercio, es muy discutible que el sistema contemple la obligatoriedad de usar solo pólizas que figuren inscritas en el “Depósito de Pólizas” a cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros. Dos son las razones que avalan esta conclusión. La primera es que no hay un examen de legalidad por parte de la SVS de las pólizas depositadas “a priori”. Si lo hay, segunda razón, es “a posteriori”, y siempre que el modelo de póliza depositado no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las normas mínimas que deberán contener las pólizas fijadas por la SVS, la que mediante una norma de aplicación general, podrá prohibir la utilización de dicho modelo de póliza o cláusula. Este es el tenor del inciso final del art. 3°, letra e), D.F.L. N° 251 de 1931. No creemos que la autoridad administrativa pueda hacer un examen sobre disposiciones imperativas, de orden público, las que creemos que solo toca a la autoridad judicial interpretar. En consecuencia, creemos que el inciso final del art. 3°, letra e), D.F.L. N° 251 de 1931, ha sido tácitamente derogado por el artículo 542 del Código de Comercio”.

³¹ RUIZ-TAGLE (2013) pp. 310-313

³² Ver historia de la LEY 20.667, p. 103.

³³ CARRASCO (2010) p. 502.

de los condicionados generales que con posterioridad se debían incorporar al depósito de pólizas a cargo de la S.V.S. Igualmente la S.V.S en el marco de la Ley 20.667 dictó la norma de carácter general que buscaban complementar dicha ley (NCG 349) con el fin de regular el sistema de depósito y fijar los contenidos mínimos de las condiciones generales de contratos de seguros y las condiciones más favorables para el asegurado o beneficiario³⁴. Siguiendo esta normativa, los aseguradores debieron incorporar al depósito nuevos tipos contractuales ajustadas no solo a la nueva regulación contenida en el C.cm., sino además, a los criterios de la autoridad fiscalizadora³⁵.

La norma emitida por la SVS –Norma de Carácter General N° 349– establece el contenido mínimo que deberán contener los nuevos textos de pólizas con que se comercializarán los seguros, en atención a la imperatividad de las disposiciones que establece el nuevo contrato de seguro tratado bajo el Código de Comercio. La imperatividad de las disposiciones es uno de los cambios más importantes que contiene la modificación legal, ya que las disposiciones contenidas en el Código no eran obligatorias, pudiendo ser modificadas en los contratos de seguros. Desde ahora, estas disposiciones regirán de igual forma, estando ellas o no en las cláusulas del contrato de seguro³⁶.

La Normativa de carácter General emanada de la Superintendencia de Valores y Seguros N° 349 indica al referirse a las condiciones particulares

³⁴ NGC DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS N° 349 (26/07/2013) p. 5.

³⁵ La SVS ha dictado las circulares n° 2114 que imparte instrucciones sobre la devolución de la prima pagada no ganada por el asegurador y establece que cuando por término anticipado o extinción de un contrato de seguro proceda la devolución de la prima pagada no devengada, la compañía aseguradora deberá poner la suma a disposición del asegurado o contratante, según quien la hubiera soportado en su patrimonio, dentro del plazo de 10 días hábiles de haber tomado conocimiento del término del seguro. Con posterioridad dictó la Circular 2115 que imparte instrucciones sobre el envío a la SVS de la copia autorizada de cada una de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias del Título VIII del Libro II y del Título VII del Libro III del Código de Comercio, recaídas en los procesos en que las compañías de seguros hayan sido parte.

³⁶ El profesor ROBERTO RÍOS se refería en un artículo publicado en *El Mercurio Legal* al planteamiento normativo de la SVS en términos que compartimos: “En cuanto a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), creemos que si bien ha asumido con fuerza su rol fiscalizador y emitido una abundante normativa con el fin de impulsar a los aseguradores en el ajuste a la nueva regulación, es nuestra opinión que debe dar una relectura a ciertas normas, en especial aquellas relacionadas con el control del contenido del contrato. Hoy nuestro legislador, al introducir un criterio de imperatividad o de derecho necesario en el artículo 542, ha tomado en sus manos el control del contenido del contrato de seguro. En este sentido, la SVS debe subordinarse a la norma legal, circunstancia que no parece estar presente en la norma de carácter general 349 emitida recientemente por la citada Superintendencia. En este sentido, nos preguntamos si la autoridad fiscalizadora puede introducir criterios más gravosos que los contenidos en la ley. La subordinación normativa nos da una respuesta negativa.” RÍOS (2013) p. 1.

que solo pueden modificar el texto de las condiciones generales depositadas en caso de establecerse condiciones particulares más convenientes o favorables para el asegurado o beneficiario, en su caso, suprimiendo exclusiones, restricciones o requisitos especiales de cobertura, sin que con ello se modifique sustancialmente el tipo de riesgo o la cobertura y no se podrán agregar exclusiones³⁷. Dicho cuerpo normativo emanado de la SVS también señala al referirse a la contratación con modelo de pólizas no sujetas a depósito que “las compañías de seguro del primer grupo podrán contratar con modelos no incorporados al Depósito de Pólizas, para el caso de los seguros de transporte y de Casco Marítimo y Aéreo, y en aquellos seguros en que tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual convenida sea igual o superior a 200 Unidades de Fomento, netas de impuestos al valor agregado”³⁸. Se recoge pues en esta disposición lo resuelto por el artículo 542.

De ahí que si se examina la regla general establecida en el artículo 542 se puede resolver la cuestión planteada en el título de este artículo. En efecto, el artículo mencionado establece un régimen general de los seguros cuando indica: “Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en estas se disponga otra cosa”. Es decir, la nueva ley destaca en este artículo la obligatoriedad de los preceptos para un importante universo de coberturas. El legislador busca este resguardo para gran parte de las pólizas, en conocimiento de que un porcentaje elevado la contratación de seguros corresponde a contratos de adhesión en los que el contratante débil es el asegurado.

Por lo anterior, estimamos que prevalece en la ley la regla general de aplicar la imperatividad como un instrumento de limitación de la contratación masiva propia de los contratos de adhesión que busca equilibrar las posiciones de las partes. El paradigma de mayor extensión del artículo mencionado tiene por propósito el resguardo de la inmensa mayoría de las pólizas en que se verifica la desigualdad mencionada. Dicho resguardo se realiza conforme lo expuesto por la vía de la restricción o limitación. De ahí que debe destacarse la necesidad de reordenar la relación negocial o restaurar la justicia contractual que fue el motivo principal invocado por el legislador chileno al introducir la imperatividad en la regulación del contrato de seguro mediante la Ley 20.667. A nuestro entender, corroborado por el mensaje de la ley, este es el fundamento y propósito principal del precepto contenido en el artículo 542.

Constatada la regla general limitativa tanto desde la perspectiva de algunos modelos del derecho comparado, como desde la legislación nacio-

³⁷ NGC DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS N° 349 (26/7/2013) p. 3.

³⁸ NGC DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS N° 349 (26/7/2013) p. 4.

nal, para concluir este artículo adecuadamente, es necesario examinar las excepciones mencionadas por la ley para determinar el alcance de ambas.

IV. EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 542

Indica el artículo 542 de la ley 20.667 que: “Exceptúense de lo anterior; los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo”.

El artículo citado contempla diversos tipos de excepciones. La dos primeras contenidas en el inciso primero del citado artículo, representadas por aquellos casos en los que la ley dispone que la norma no es imperativa y en todos aquellos casos en los que las partes que concurren a la celebración del contrato de seguros pactan condiciones más beneficiosas para el contratante o asegurado que las establecidas en la ley.

Resulta llamativa esta última forma de exclusión de la imperatividad que recuerda las cláusulas de la nación más favorecida del derecho internacional o de un régimen de mayores beneficios para el contratante. Desde luego que si las partes ya han convenido condiciones generales más beneficiosas para el contratante o asegurado, estas pueden regir. La inquietud que surge con un examen preliminar tiene que ver con la forma de su determinación.

Es así como la cláusula de mayor beneficio se podría identificar con una exigencia mínima, o una ley que impone mínimos, “ley de mínimo”, a favor del asegurado como contratante débil, basándose en la regulación del Derecho de seguros³⁹.

En términos generales se puede afirmar que esta inducción para obtener mayores beneficios consiste en que se amplíen los derechos o facultades del asegurado o, desde otra perspectiva, aquellas cláusulas que sirvan para reducir las cargas u obligaciones que pesen sobre él. De este modo, se podrán considerar dentro de una escala que resulta flexible que podrán integrar estos mínimos, la ampliación del plazo para las comunicaciones al asegurador, la disminución en el cobro de la prima, las facilidades para suscribir la póliza, la presunción a favor del asegurado, la posibilidad de cobrar la suma no disputada de la indemnización, las facilidades para los retiros de sumas y renovación de la póliza, etc. Todas estas disposiciones se fundan en la regulación del derecho de seguros y serán las partes contratantes los que determinen los verdaderos beneficios acordados.

³⁹ Podría decirse, incluso que nos encontramos ante una ley “de mínimos”, siguiendo la expresión utilizada por la Jurisprudencia TS 28-11-1985 [Social] RJ 1985/5880). EMBID (2002) p. 65.

Sin embargo, y aunque el asegurado obtenga un mayor beneficio, a nuestro entender no podrá considerarse como una condición de mayores beneficios en los términos recogidos por el legislador, aquellos que comporten un pago de una indemnización superior al verdadero valor de la cosa asegurada en los seguros generales, como en los seguros de vida de una prestación diversa, ya que vulneran norma expresa. Este tipo de situaciones no podrían pasar a integrar esas condiciones mínimas o más favorables ya que escapan a la normativa reguladora del seguro y se fundan en razones de otra índole.

La tercera excepción se contiene en el inciso segundo y se refiere a los denominados grandes riesgos⁴⁰. Dicha excepción requiere que se trate de seguros de daños, y por consiguiente se excluyen los seguros de personas. Requiere que los seguros sean contratados individualmente, es decir excluye los seguros colectivos. En cuanto a los sujetos contratantes exige que tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas lo que refuerza la idea de que se busca un equilibrio entre los partes que negocian. Finalmente, exige un monto de la prima que debe ser superior a 200 Unidades de Fomento. Es decir, se deben verificar requisitos copulativos que restringen abiertamente la posibilidad de la imperatividad.

En los seguros denominados de “grandes riesgos” el legislador busca flexibilizar la relación contractual existente entre las partes, precisamente porque el poder negociador de ellas es de similares características. Es decir, las relaciones entre la compañía aseguradora y el contratante del seguro se verifican en un plano de cierta igualdad⁴¹. De ahí que en los seguros de transporte (de cualquier tipo, terrestre, marítimo o aéreo) y los de casco, la legislación chilena excluya la imperatividad de la norma. Igualmente

⁴⁰ Resulta de utilidad para la aplicación de la ley la definición de que debe entenderse por grandes riesgos como lo hace el artículo 107 de la Ley española (ley 50/80). Se consideran grandes riesgos los siguientes: a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista). b) Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad. c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: Total del balance: 6.200.000 ecus. Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus. Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados. Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.

⁴¹ CONTRERAS (2014) p. 120.

constituyen seguros de grandes riesgos, independientemente de la rama a la que pertenezcan, los seguros en que el asegurado y el beneficiario sean personas jurídicas y en que el monto de la prima anual no sea inferior a 200 unidades de fomento⁴² siempre que ambas partes firmen la póliza.

Es al menos discutible que los seguros de transporte en todas sus formas constituyan seguros de grandes riesgos y por consiguiente la imperatividad ceda ante la negociación de las partes. En efecto, una buena parte de los contratos de seguros en esta área, son convenidos por pequeños transportistas que deberían estar amparados por la imperatividad ya que no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar con las compañías aseguradoras.

En los casos de los seguros que recaen sobre cascos de naves o aeronaves a nuestro entender la situación es inversa. Es decir, la mayoría de los contratantes de los seguros de cascos tienen un poder negociador importante que los hace estar en similares condiciones de negociación con las aseguradoras. En esta área la imperatividad podrá ser anhelada por los pescadores artesanales o por pequeñas empresas de fabricación de embarcaciones menores, pero la regla más común es que este rubro pueda ser considerado de grandes riesgos y se excluya la imperatividad.

Después de las líneas palabras dedicadas al artículo 542 de la ley se puede constatar que la imperatividad da cuenta de una realidad subyacente en toda la normativa de seguros (ley 20.667), que busca remediar los desequilibrios existentes entre los asegurados y las compañías aseguradoras y constituye en ese sentido un límite respecto de las cláusulas predisuestas por las aseguradoras en el seguro como contrato de adhesión.

V. CONCLUSIONES

1. La imperatividad de ley chilena ha recibido influencia de la ley española de seguros y presenta un modelo que hemos denominado de “inclusión general”, que consiste en una alusión genérica de las normas en que es aplicable dicha institución contrariamente a la “inclusión expresa de la ley colombiana y argentina.
2. La imperatividad de la norma citada se expresa en los contratos de seguro de forma que las cláusulas de la generalidad de los contratos resultan inmodificables para las partes.
3. La imperatividad da cuenta de una realidad subyacente en toda la nueva ley chilena de seguros (Ley 20.667), que busca remediar los desequilibrios existentes entre los asegurados y las compañías aseguradoras

⁴² Unidad de Fomento (UF) medida de reajustabilidad automática chilena equivalente en la fecha de elaboración del artículo a pesos chilenos \$ 24.423,74.

- y constituye en ese sentido un límite respecto de las cláusulas predispuestas por las aseguradoras en el seguro como contrato de adhesión.
4. La norma aludida excluye de la imperatividad todos aquellos casos en los que las partes que concurren a la celebración del contrato de seguros pactan condiciones más beneficiosas para el contratante o asegurado que las establecidas en la ley. La cláusula de mayor beneficio se podría identificar con una exigencia mínima, o una ley que impone mínimos a favor del asegurado.
 5. Serán las partes contratantes las que determinen los verdaderos beneficios acordados. A nuestro entender, esta forma previa es la adecuada para determinar las que benefician al asegurado (*a priori*) y solo en caso de conflicto jurídico le corresponderá al juez (*a posteriori*).
 6. Esta inducción para obtener mayores beneficios consiste en que se amplíen los derechos o facultades del asegurado o, desde otra perspectiva aquellas cláusulas que sirvan para reducir las cargas u obligaciones que pesen sobre él.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHURRA, Juan (2005): *Derecho de Seguros. Escritos de Juan Achurra Larraín*, Tomo III. (Universidad de los Andes, Colección Jurídica Nº 7).
- ARELLANO, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Thomson Reuters).
- BARRIENTOS, Marcelo (2015): “Nuevos Deberes precontractuales de Información en los certificados de coberturas provisorios, definitivo y la propuesta del contrato de Seguro”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, Nº 1.
- BEIGNIER, Bernard (2011): *Droit des assurances*. (Montcherestein).
- CASTELO MATRÁN, Julio y GUARDIOLA LOZANO, Antonio (1992): *Diccionario Mapfre de Seguros* (Madrid, Fundación Mapfre).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de seguros* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters).
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010): *Derecho de Contratos* (Aranzadi Thomson Reuters).
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1984): *Sistemas de Derecho Civil* (Madrid, Editorial Tecnos).
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA (1992): *Diccionario de la Real Academia Española* (Madrid, Editorial Espasa Calpe, 21ª Edición).
- DUCCI CLARO, Carlos (1995): *Derecho Civil, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- EMBID IRUJO, José Miguel (2002): *Comentario a la ley de contrato de seguro* (Valencia, Tirant lo Blanch).

GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO, Marta (2010): *La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo* (Indret).

HOYL MORENO, Rodrigo y RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos (2014): *El contrato de seguro* (Santiago, Thomson Reuters).

IRARRÁZAVAL, Arturo (2012): *Diccionario jurídico - Económico* (Santiago, Ediciones UC).

LAMBERT-FAIURE, Yvonne y LEVNEUR, Laurent (2011): *Droit des Assurances* (Dalloz).

RÍOS OSSA, Roberto (2013): "La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro", *Boletín informativo AIDA Chile*, marzo.

RÍOS OSSA, Roberto (2014): *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters).

RUIZ-TAGLE, Carlos (2013): *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Librotecnia, segunda edición).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2001): *Ley de contrato de seguros* (Aranzadi).

Normas citadas

Código Civil de 14 de diciembre de 1855.

Código de Comercio de 23 de noviembre de 1865.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 251 (20/5/ 1931). Ley de Seguros anterior a la actual.

LEY N° 19.496 (7/03/ 1997). Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

LEY N° 19.769 (7/11/ 2001). Flexibiliza las inversiones de los fondos mutuos y compañías de seguro, crea administradora general de fondos, facilita la internacionalización de la banca, y perfecciona leyes de sociedades anónimas y de fondos de inversiones.

LEY N° 20.667 (9/5/2013). Regula el contrato de seguro.

Legislación extranjera

LEY ARGENTINA DE SEGUROS 17.418 (30/8/1967).

CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO POR EL DECRETO 410 de 1971.

LEY DE CONTRATO DE SEGUROS ESPAÑOLA 50/80 de 1980.

LEY MODIFICATORIA DEL *CODE DES ASSURANCES*, dictada en 1989.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA GARANTÍA CONVENCIONAL*

ERIKA M. ISLER SOTO**

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), establece un régimen de garantías al cual puede recurrir un consumidor que ha adquirido un producto defectuoso.

Consagra así una garantía legal conforme a la cual, una vez cumplidos los presupuestos de procedencia y exigibilidad de los Arts. 19 a 21 LPDC el consumidor tiene derecho a la reparación del producto, o previa restitución, su cambio o la devolución del dinero, unido a la indemnización de los perjuicios ocasionados al comprador.

Igualmente se reconoce la posibilidad de las partes de pactar garantías convencionales, que naturalmente establezcan derechos mayores a los legales. Como es propio de las normativas del orden público de protección la autonomía de la voluntad procede en la medida que no implique una renuncia anticipada a los derechos que de ellas se derivan (Art. 4 LPDC).

Este contrato, accesorio de la compraventa, ha sido calificado como de seguro¹, en el sentido de que implica un traspaso de riesgos desde el adquirente hacia el sujeto pasivo –vendedor o fabricante según el caso–, quien los asume. Se trata de riesgos determinados, puesto que solo se referirán a las situaciones descritas en el documento en el cual consta y que además ha sido calificado como “póliza” por el Art. 21 LPDC.

Así, Castellano, sostiene que en general, las garantías –voluntarias y obligatorias– cumplen una función de seguro, por cuanto el vendedor actúa como asegurador, garantizando al comprador que las consecuencias

* Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco del Proyecto de Investigación: Fondecyt Regular N° 11412200, titulado “El contrato de seguro como contrato de consumo. Examen crítico de su estructura y sistematización después de las reformas de la ley de protección del consumidor y el Código de Comercio”.

** Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho ©, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O’Higgins. Becaria Conicyt. Correo electrónico: erikaisler@yahoo.es.

¹ AIMONE (2013) p. 49.

negativas del mal funcionamiento del producto, quedan superadas por los mecanismos contemplados en el contrato².

No obstante, y tal como señala Corral Talciani al referirse a la garantía extendida, no se trata de un contrato típico de seguro, sino que de una convención innominada, dependiente de un contrato principal³.

No se requiere por tanto, que las empresas que los ofrezcan cumplan con las exigencias propias de las sociedades que se dedican a este giro comercial, ni se encuentran necesariamente sometidas a la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros (DFL 251 de 1931, Ley de Seguros; Ley 3538 de 1980 de la Superintendencia de Valores y Seguros, etc.).

A continuación se revisará el régimen jurídico aplicable a esta convención, con especial referencia a la discusión referente a la relación que existe entre ella y la garantía legal.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En Derecho comparado, la legislación española define a la garantía convencional o voluntaria como “aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad” (Art. 125 LGDCU).

La legislación italiana en tanto (*garanzia convenzionale ulteriore*), la entiende como el compromiso asumido por el vendedor o productor, sin costo y en beneficio del consumidor, de reembolsar el dinero pagado, reparar o intervenir el producto objeto del contrato, cuando no cumpla con las condiciones enunciadas en la garantía o en la publicidad⁴.

La LPDC no define a la garantía convencional, aunque jurisprudencialmente se la ha conceptualizado como “aquella otorgada por el vendedor a cambio de un determinado precio”⁵. Se advierte que en este caso, el sentenciador restringe el sujeto pasivo al vendedor, a diferencia de las normativas europeas que la conciben en términos más amplios.

Las garantías convencionales, al nacer de la autonomía de la voluntad pueden tener un contenido variable, específicamente el que determinen las

² CASTELLANO (2006) p. 166.

³ CORRAL (2011) p. 412.

⁴ Art. 128, 2.c) Decreto Legislativo N° 206 (6/9/2005), Código del Consumo: “qualsiasi impegno di un venditore o di un produttore, assunto nei confronti del consumatore senza costi supplementari, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene di consumo, qualora esso non corrisponda alle condizioni enunciate nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità”.

⁵ SERNAC CON PARIS S.A. (2009).

partes, siempre que se respeten los derechos mínimos del régimen imperativo legal.

Con todo— como señala Luna Serrano— se trata de un contrato accesorio —dependiente según nuestro sistema— a la compraventa, debiendo seguir su suerte⁶, por ser esta la convención principal.

Reciben aplicación asimismo, las exigencias propias de los contratos por adhesión, por tener tal calidad, de tal manera, que debe por ejemplo, contar con un tamaño de letra mínimo, encontrarse redactado en castellano, ser legible (Art. 17 LPDC), no contener cláusulas que puedan ser consideradas como abusivas (Art. 16 LPDC), etc.

Asimismo, su naturaleza contractual implica que se integre —o reciba aplicación directa— con la publicidad emitida por el proveedor. Si bien esta característica no se encuentra mencionada expresamente en la LPDC, a diferencia del Código italiano⁷, se desprende de las normas generales contenidas en los Arts. 1 N° 4 y 28 LPDC, por lo que su vulneración también hará incurrir al proveedor en incumplimiento contractual.

Se trata también de una materia que puede ser considerada como propia de la publicidad ilícita, desde que el Art. 28 LPDC señala que cometerá infracción a este cuerpo normativo, el proveedor que sabiendo o debiendo saber, induzca a error o engaño al consumidor en lo referente al régimen de garantía.

A mayor abundamiento, el Art. 33 LPDC, a propósito del principio de comprobabilidad del mensaje publicitario, prescribe que expresiones tales como “garantizado” o “garantía” solo podrán utilizarse cuando se señale en qué consisten y las formas en que el consumidor pueda hacerlas valer.

Se advierte la relevancia que para el legislador revistió esta materia, toda vez que además de incluirla en el catálogo taxativo de supuestos de publicidad falsa o engañosa Art. 28 LPDC, además la incorporó en la segunda disposición, que no exige elemento subjetivo alguno en la persona del proveedor.

II.1. Distinción según si existe algún pago asociado a la garantía

Desde el punto de vista formal, las garantías convencionales pueden implicar o no un costo al consumidor.

⁶ LUNA (2002) p. 2350.

⁷ Art. 133.1, Decreto Legislativo N° 206 (6/9/2005), Códice del Consumo: “La garanzia convenzionale vincola chi la offre secondo le modalità indicate nella dichiarazione di garanzia medesima o nella relativa pubblicità”.

En efecto, algunas de ellas son ofrecidas voluntariamente por el proveedor, sin que el beneficiario deba desembolsar una suma extra por ellas. En estos casos, con frecuencia se suele facultar al comprador para devolver el producto comprado y recibir a cambio el precio o bien otro producto, sin expresión de causa. Respecto de esta práctica, señala Ripert que se trataría de una condición resolutoria contractual la cual es válida porque es potestativa para el acreedor. Agrega que la resolución se encontraría subordinada a la restitución de la cosa en buen estado y los riesgos de pérdida serían de cargo del comprador⁸.

No obstante, en realidad no se trata de un contrato gratuito, en el sentido de que el costo de la prima ha sido incorporado al precio de la compraventa⁹. Asimismo, al constituir un contrato dependiente de otro principal, que sí es oneroso, se contagia de tal carácter. Así las cosas, no sería posible argumentar que no procedería la aplicación de la LPDC a las garantías convencionales gratuitas, en virtud de la exigencia de onerosidad del Art. 1 N° LPDC¹⁰.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la garantía convencional gratuita, además de servir de seguro como ya se aludió, sirve de mecanismo para que los vendedores de bienes de alta calidad manifiesten esta característica, cuando los consumidores por sí solos, no la puedan advertir con anterioridad a la compra, con el fin de evitar la selección adversa¹¹. Señala Castellano que esto no ocurre respecto de la garantía legal, puesto que es obligatoria y general, procediendo respecto de todo tipo de bienes, incluso los de deficiente o menor aptitud¹².

Otras garantías en tanto, son ofertadas en general al momento de celebrarse el contrato de compraventa, a cambio del pago de un precio o tarifa.

⁸ RIPERT (1954) p. 36.

⁹ CASTELLANO (2006) p. 166. CORRAL (2011) p. 412.

¹⁰ La jurisprudencia nacional ha señalado a propósito de los robos en estacionamientos gratuitos, que no se trata de una simple dádiva que ofrece el proveedor, sino que integra el giro comercial principal al cual accede, por lo que debe igualmente responder por la negligencia en su prestación. Al respecto se puede ver: *SERNAC CON MALL FLORIDA CENTER* (2010); *SERNAC CON PLAZA OESTE* (2010); *MANQUEZ ASTUDILLO CON ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCCIO S.A.* (2010); *SERNAC CON SUPERMERCADO SAN BERNARDO LTDA.* (2008).

¹¹ George AKERLOF analizó la selección adversa cuando el consumidor es incapaz de apreciar la verdadera calidad del bien con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa, a propósito del mercado de autos usados, a la contratación de seguros por parte de personas mayores de 65 años, y a la empleabilidad de las minorías. Se refiere este autor precisamente al interés de los proveedores de bienes de alta calidad a evidenciar esta característica, distinguiendo además a los productos en de inspección, confianza, y experimentación. AKERLOF (1970) pp. 488-500. Se puede revisar también: *BARCIA* (1998) pp. 149-175.

¹² CASTELLANO (2006) p. 166.

II.2. Distinción según los derechos que otorga

Al nacer de la voluntad de las partes, el contenido de la garantía convencional puede ser variable tanto desde el punto de vista del sujeto pasivo, como de los derechos que otorga, debiendo en todo caso respetar los términos de la garantía legal y las demás disposiciones de la LPDC y su normativa complementaria.

Así, por ejemplo, encontramos la *garantía de buen funcionamiento*, que consiste en la promesa del proveedor –en general fabricante– de que “el producto funcionará de manera óptima durante cierto tiempo y que, en el caso de ocurrir algún desperfecto, su reparación o sustitución gratuita está asegurada”¹³. De acuerdo a Ripert, ella da origen a una obligación de hacer¹⁴.

Señala ELIA que comprende los vicios redhibitorios y prolongan el plazo de prescripción de la acción derivada de estos últimos hasta su vencimiento¹⁵. Ripert en tanto, señala que una vez vencida, se mantiene vigente la acción por vicios ocultos, si no ha transcurrido el plazo para intentarla¹⁶.

Por su parte, la *garantía extendida* consiste en la que “ofrece el vendedor previo pago de una suma adicional por parte del consumidor y que establece beneficios mayores que la garantía usual del producto”¹⁷. En este caso, señala Corral Talciani, que se trata de un nuevo contrato, que requiere de un consentimiento separado por parte del consumidor para que sea aceptado¹⁸.

Se reconoce también, como práctica comercial, la garantía de satisfacción, que en nuestro país suele operar mediante la entrega voluntaria por parte de algunas casas comerciales de un “Ticket de cambio”. En este caso, el efecto que genera de manera mayoritaria es otorgar al adquirente el derecho discrecional de solicitar el cambio del producto por otro que comercialice el mismo vendedor, sin que en general incluya la potestad de exigir la devolución del precio pagado. Por otra parte, el beneficio procede a todo evento, sin que sea necesario que el bien adolezca de algún vicio, o bien se exprese una causa para su ejercicio.

Con todo, aunque las tipologías mencionadas son las más frecuentemente utilizadas en nuestro sistema de comercialización de bienes y ser-

¹³ ELIA (2010) p. 325.

¹⁴ RIPERT Y BOULANGER (1965) p. 128.

¹⁵ ELIA (2010) p. 325.

¹⁶ RIPERT Y BOULANGER (1965) p. 128.

¹⁷ CORRAL (2011) p. 412.

¹⁸ CORRAL (2011) p. 412.

vicios, no son las únicas, puesto que todo dependerá de la modalidad que decida ofrecer el predisponente y que el adherente finalmente acepte.

II.3. Distinción según el sujeto pasivo

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, suele ser ofrecida por el vendedor o bien por el fabricante.

En el primer caso, se incorpora al contrato principal, como una cláusula de él, lo que ha llevado a Corral Talciani a sostener que no se trata de una nueva convención¹⁹.

En el segundo caso, constituirá una declaración unilateral de voluntad del deudor, la cual en sede de protección de los derechos de los consumidores sí procede como fuente de las obligaciones, como se desprende de los Arts. 3 letra c), 13 y 23 LPDC.

Al respecto explica el mismo autor indicado, que produce obligaciones por el solo hecho de ser adquirido el producto por parte del consumidor y haberse entregado el documento en el que se contienen los términos de la garantía publicitados por el fabricante, sin que sea necesario para su perfección, la aceptación expresa o tácita del consumidor, lo que tendría por fundamento el tenor del Art. 12 LPDC conforme al cual un proveedor –incluido el fabricante– debe respetar los términos en que se hubiere “ofrecido” la entrega del bien o la prestación del servicio²⁰.

Ahora bien, si el vendedor ofrece o comercializa una garantía voluntaria que obligue al fabricante, distribuidor u otro de los sujetos de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio, igualmente deberá responder en caso de incumplimiento, en razón de su carácter de intermediario, de acuerdo al Art. 43 LPDC.

III. EFECTOS DE LA GARANTÍA CONVENCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA LEGAL

En principio las garantías convencionales, otorgan los derechos que de ellas se derivan de acuerdo a los términos y condiciones consentidos por las partes, siempre que ellos respeten la normativa de protección a los derechos de los consumidores.

Sí se debe mencionar, que conforme al Art. 21 inc. 6° LPDC, el tiempo en que el bien se encuentre siendo reparado en ejercicio de la garantía legal o convencional, implicará la suspensión del plazo establecido en ambas para su ejercicio.

¹⁹ CORRAL (2011) p. 412.

²⁰ CORRAL (2011) pp. 412 y 413.

Adicionalmente, cabe realizar dos importantes comentarios, a saber, la posible extensión de la vigencia de los derechos derivados de los Arts. 19 y 20 LPDC, y la relación existente entre la garantía legal y la convencional.

III.1. La extensión del plazo para el ejercicio de los derechos derivados de la garantía legal

De acuerdo al Art. 21 inc. 1° LPDC, los derechos derivados de la garantía legal, se deben ejercer en el plazo de tres meses contados desde la entrega del producto. A continuación agrega el mismo inciso que “Si el producto se hubiere vendido con determinada garantía, prevalecerá el plazo por el cual esta se extendió, si fuere mayor”.

Constituye esta regla una manifestación de que la procedencia de la autonomía de la voluntad en este ámbito se encuentra restringida a aquellas hipótesis en las cuales se amplíen los derechos mínimos legales y sus condiciones de exigibilidad, puesto que se hace prevalecer el plazo convencional, únicamente cuando fuere más extenso que el legal.

La misma idea se encuentra plasmada en el texto actual del Art. 541 C.Co. –también de carácter imperativo– que prohíbe la abreviación de los plazos de prescripción derivados del seguro por cualquier forma de caducidad o preclusión.

Con todo, la prolongación que realiza el Art. 21 inc. 1° LPDC, no solo se refiere al plazo mismo, sino que también a los efectos de la garantía legal, los cuales se entienden regir por todo el tiempo que dure la garantía convencional, aun sin mención expresa de las partes, al tratarse de una incorporación de orden legal al contrato.

Así, de acuerdo a Fernández Fredes, este inciso significa que la garantía legal se extiende por todo el plazo de la garantía voluntaria²¹.

Cabe señalar asimismo, que la mayor o menor extensión del plazo contemplado en el régimen convencional y que permita establecer su eventual prevalencia sobre el término legal, debe determinarse considerando no solo la cantidad de días, meses o años que se otorguen para el ejercicio del derecho, sino que también el momento a partir del cual comienza a computarse. Así por ejemplo, si una póliza establece un término de dos meses, y cuyo *dies a quo* subjetivo –v.gr. desde la advertencia de los daños–, implicare en la práctica una vigencia más extensa que los tres meses del Art. 21 LPDC, generaría el efecto de otorgar también los derechos de los Arts. 19 y 20 LPDC por todo este período, aun sin necesidad de alusión en el contrato dependiente.

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ (2003) p. 39.

Nuestros tribunales también han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de esta disposición.

Así, por ejemplo, en la causa “Sernac con Comercializadora S.A.”²², el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago conociendo la acción interpuesta por un consumidor a quien no se le había respetado una garantía extendida vigente por la compra de un celular, rechazó la excepción de prescripción opuesta por el denunciante, por considerar que si bien se habían extinguido las acciones denunciadas y derivadas de los Arts. 12 y 23 inc. 1° LPDC, no ocurría lo mismo respecto del derecho de opción contemplado en los Arts. 19 y 20 LPDC, por cuanto en este último caso, el plazo de un año de la garantía extendida primaba sobre el plazo de tres meses contemplado en el Art. 21 LPDC. No obstante se rechazó la acción, por haberse interpuesto también transcurrido este último término.

El mismo criterio adoptó el Primer Juzgado de Policía Local de Santiago, confirmado por el Tribunal de Alzada, al condenar a Paris S.A.²³ por infracción a los Arts. 20 y 23 LPDC, así como al pago de \$100.000 por concepto de daño moral, luego de no haber accedido al cambio de un refrigerador defectuoso. En esta ocasión, el sentenciador estimó que si bien la garantía extendida contratada era solo de reparación y no de cambio, ello se presumía, puesto que conforme al Art. 20 LPDC, se extendía el plazo de tres meses para ejercer los derechos de los Arts. 19 y 20 LPDC, por el tiempo por el cual se contrató, entre los cuales se encuentra el de cambio del producto cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra (Art. 20 letra e LPDC).

III.2. La relación existente entre la garantía legal y la garantía convencional

Una segunda cuestión debatida, se refiere a la supuesta primacía de la garantía convencional por sobre la legal. La causa de la falta de claridad respecto de esta materia, radica en el tenor literal del Art. 21 inc. 7° LPDC, el cual establece que “Tratándose de bienes amparados por una garantía otorgada por el proveedor, el consumidor, antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla efectiva ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme a los términos de la póliza”.

De acuerdo a una primera línea de interpretación, esta disposición implica que la garantía convencional prevalece sobre la legal, cuando ambas concurren simultáneamente. Así, el consumidor no podría optar por

²² *SERNAC CON COMERCIALIZADORA S.A.* (2007).

²³ *SERNAC CON PARIS S.A.* (2009).

una u otra, sino que necesariamente debería ejercer primero los derechos convencionales y luego los legales.

En este sentido, explica Fernández Fredes que para ejercer la garantía legal, se debe agotar –haber llevado al menos una vez el producto defectuoso al servicio técnico ofrecido gratuitamente por el proveedor (Art. 20 letra e y 21 LPDC)– la garantía voluntaria²⁴.

Pareciera que Aimone Gibson es de la misma opinión, al sostener que únicamente agotados los trámites de la garantía convencional, se puede ejercer la garantía legal²⁵.

También estima Ruiz-Tagle, que la garantía legal procede solo en ausencia de una garantía convencional, por lo que si el proveedor ha otorgado esta última, el consumidor debe ejercer primero la convencional y agotar las posibilidades de la póliza²⁶.

No obstante, esta interpretación sería correcta, bajo el supuesto de que la garantía convencional otorgue derechos superiores a los legales, puesto que si contemplare garantías inferiores a las que se derivan de la LPDC para los usuarios, su contratación podría implicar una renuncia anticipada a los derechos, lo que se encuentra prohibido por el Art. 4 LPDC. Es lo que ocurriría por ejemplo, si la garantía convencional restringiese el sujeto pasivo –solo al fabricante o distribuidor–, disminuyera el plazo de vigencia de la garantía legal, limitare el derecho a la triple opción del Art. 20 LPDC, estableciere un límite al *quantum* indemnizatorio, entre otros.

De esta manera, el carácter imperativo de las normas de protección al consumidor, así como la prohibición de la renuncia anticipada de los derechos otorgados al sujeto débil de la relación de consumo (Art. 4 LPDC), determina que la garantía convencional, para que sea eficaz, deba ser siempre más ventajosa que la garantía legal²⁷, puesto que en caso contrario, adolecerá de un vicio de nulidad.

Sistemas jurídicos foráneos establecen expresamente esta consideración. Por ejemplo, la legislación italiana prescribe que es nulo cualquier pacto que limite o excluya directa o indirectamente los derechos de garantías del producto²⁸. La ley mexicana, en tanto, señala que las garantías ofrecidas

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ (2003) p. 38.

²⁵ Cfr. AIMONE (2013) p. 48.

²⁶ Cfr. RUIZ TAGLE-VIAL (2010) pp. 333 y 334.

²⁷ GARCÍA-CRUCES (2007) p. 221.

²⁸ Art. 134.1 Decreto Legislativo Nº 206 (06/09/2005), Código del Consumo: “È nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente paragrafo. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

no pueden ser inferiores a las que determinen las disposiciones aplicables ni establecer condiciones o limitaciones que reduzcan los derechos legales del consumidor (Art. 79 inc. 1 Ley Federal de Protección al Consumidor).

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no se contempla explícitamente una regla como la indicada, igualmente se entiende regir en aplicación de las normas generales. De esta manera, si una garantía convencional limita o restringe los derechos legales, será anulable, tanto si se la considera una cláusula abusiva (Art. 16 letras e y g LPDC), como si se fundamenta en la concurrencia de un supuesto de objeto ilícito por tratarse de un contrato prohibido por la ley (Art. 10, 1466, 1683 C.C.).

Constituye entonces, la garantía legal, un mínimo legal y obligatorio que no puede ser vulnerado por las partes²⁹ y por tanto, en caso de que rija encontrándose vigente una garantía convencional, es el legitimado activo, quien puede optar por una u otra.

En este sentido, ha señalado Corral Talciani, que hacer primar la garantía convencional por sobre la legal a todo evento, atentaría contra la finalidad protectora de la LPDC³⁰, e implicaría una contradicción, en el sentido de que ella por una parte otorgaría al consumidor una triple opción (Art. 20 LPDC), lo que le sería negado con posterioridad por la aceptación de una garantía convencional menos ventajosa. Así, si se admitiera la teoría de la primacía obligatoria de la garantía voluntaria, el propósito tutelar de la normativa se vería distorsionado y podría implicar una vulneración al Art. 4 LPDC³¹.

Agrega que esta conclusión se deriva también de la extensión del plazo de garantía legal en razón de una extendida (Art. 21 inc. 1 LPDC); así como de la vigencia de la garantía convencional, cuando no procediere la legal en el caso de la expedición de productos usados o refaccionados o en cuya fabricación o elaboración se han usado piezas usadas (Art. 14 LPC)³².

Finalmente, cabe señalar que si ya se ha reparado el producto, en uso de la garantía voluntaria, el consumidor mantiene los derechos de la garantía legal, en razón del Art. 20 letra e LPC)³³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las legislaciones de protección a los derechos de los consumidores, suelen consagrar un régimen obligatorio de garantías, al cual se pueden sumar también otras, de carácter convencional.

²⁹ MANQUE (2006) p. 123.

³⁰ CORRAL (2011) p. 416.

³¹ CORRAL (2011) p. 416.

³² CORRAL (2011) p. 413.

³³ CORRAL (2011) p. 414.

El contenido de estas últimas es variable, puesto que se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque en todo caso, debe respetar los derechos mínimos derivados de su símil legal.

De acuerdo a lo anterior, es que en caso de concurrencia de ambas, es el beneficiario, quien puede optar por una u otra.

Asimismo, la garantía extendida, con un plazo de vigencia mayor a los tres meses contemplados en el Art. 21 LPDC, prolongan la exigibilidad de los derechos derivados de la garantía legal, aunque las partes no lo expresen, durante todo el período de vigencia de la garantía convencional, si este último fuere mayor.

BIBLIOGRAFÍA

- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de Derechos del Consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- AKERLOF, George A. (1970): "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, Nº 3: pp. 488-500.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (1998): "Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho", *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 4, Nº 2: pp. 149-175.
- CASTELLANO, Andrea (2006): "El análisis económico del derecho del consumidor: información, garantías y daños por productos elaborados", en KLUGER, Vivian (comp.), *Análisis Económico del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Elías-ta) pp. 155-174.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011): "Relaciones entre la 'garantía legal' y la garantía voluntaria del proveedor en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor", en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 409-425.
- ELIA, Marcos (2010): "Garantía por evicción y vicios redhibitorios", en *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General* (Buenos Aires, Editorial Heliasta) pp. 287-328.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio (2007): "La compraventa con consumidores sujeta a la ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto; CALZADA CONDE, María Ángeles (dir.), *Contratos Mercantiles*, Vol. I (Pamplona, Thomson Aranzadi, Tercera Edición) pp. 195-224.
- LUNA SERRANO, Agustín (2002): "El alcance de los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía de los mismos en la Directiva 1999/44/CE", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo 2 (Madrid, Editorial Thomson Civitas) pp. 2341-2353.
- MANQUE TAPIA, Carlos Andrés (2006): *Derecho del Consumidor* (Santiago, Libroléx Ediciones Jurídicas).

RIPERT, Georges (1954): *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo 4 (Buenos Aires, Tipográfica editora).

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1965): *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Tomo VIII (trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley).

RUIZ TAGLE-VIAL, Carlos (2010): *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Editorial Librotecnia).

Normas citadas

Ley N° 19.496 (07/03/1997), Que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Decreto Legislativo N° 206 (06/09/2005), Códice del Consumo, Italia.

Ley Federal de Protección al Consumidor, México.

Real Decreto Legislativo 1/2007, BOE N° 287 de 30.11.2007, España, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Jurisprudencia

MANQUEZ ASTUDILLO CON ADMINISTRADORA PLAZA VESPUCCIO S.A. (2010): 2do Juzgado de Policía Local de La Florida, 1 de marzo de 2010, Rol 16.114-09 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 2010, Ing. 2136-2010).

SERNAC CON MALL FLORIDA CENTER (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 2010, Ing. 756-10 (que revoca sentencia del 3er Juzgado Policía Local de La Florida, 1 de diciembre de 2009, Rol 39.638-14-09).

SERNAC CON COMERCIALIZADORA S.A. (2007): 3er Juzgado de Policía Local de Santiago, 15 de junio de 2007, Rol 136-Dio-2007.

SERNAC CON PARIS S.A. (2009): 1er Juzgado de Policía Local de Santiago, 20 de julio de 2009, Rol 33.922-2008 (confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 2009, Ing. 11.169-2009).

SERNAC CON PLAZA OESTE (2010): Juzgado de Policía Local de Cerrillos, 15 de febrero de 2010, Rol 1466-A-09 (revocada por Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 2010, Ing. 1482-10, se acogió queja confirmando sentencia de Juzgado de Policía Local, Corte Suprema, 26 de noviembre de 2010, Ing. 6472-10).

SERNAC CON SUPERMERCADO SAN BERNARDO LTDA. (2008): Juzgado de Policía Local de San Bernardo, 5 de agosto de 2008, Rol 3656-1-08 (confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre de 2008, Ing. 1111-08).

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPACTO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

ANDREA SIGNORINO BARBAT*

RESUMEN: En el presente artículo nos proponemos presentar los desafíos que para los seguros de responsabilidad civil supone la constante evolución de las tecnologías. Buscaremos destacar la necesidad de la debida evaluación de los riesgos implicados y la respuesta que el seguro deberá poder dar a la mencionada evolución, si apunta a seguir siendo una herramienta esencial de protección que viabiliza los emprendimientos humanos.

Palabras clave: Nuevas tecnologías, seguros, responsabilidad civil.

ABSTRACT: In this article, we will try to present the challenges that the liability insurance must to face in order to attend the constant evolution of the technologies. We will underline the need of the right evaluation of the risks involved and the response that the insurance have to show if it want to stay us an essential protective tool that makes possible the humans undertakings.

Key words: New technologies, insurance, civil liability.

I. INTRODUCCIÓN

El seguro siempre ha respaldado las actividades novedosas, los emprendimientos humanos en pos del progreso tecnológico y científico.

No debemos olvidar que entre las funciones económicas del seguro está justamente el fomentar nuevas actividades gracias al respaldo asegurático que genera confianza en los emprendedores.

Respecto a las nuevas tecnologías, preliminarmente, cabe precisar que cuando en el ambiente de seguros, se habla de ellas, suele hacerse re-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrado en Gerencia y Habilidades gerenciales, Universidad ORT. Presidenta de CILA- Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA (Association Internationale du Droit des Assurances). Presidenta AIDA-Uruguay, Presidente Grupo Int. Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en CILA. Presidenta AUDM (Asociación uruguaya de derecho marítimo). Asesora legal experta en seguros. Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay. Correo electrónico: asignorino@netgate.com.uy - www.andreassignorino.com.uy.

ferencia a algunas tecnologías no tan “nuevas”. Lo mismo ocurre en el lenguaje coloquial.

Esto es notorio si pensamos por ejemplo, en Internet, las aplicaciones, la comercialización a través de la red; esto ya no es tan nuevo.

Un poco más actual resulta el tema Internet si pensamos en los avances en la salud a través de la utilización de plataformas inteligentes o la e-salud.

Y mucho más novedoso es sin duda la aplicación de la tecnología en nuevos materiales, la nanotecnología, por ejemplo.

Cuando nos referimos, entonces, a nuevas tecnologías lo hacemos a toda una gama de ellas, más o menos novedosas, y que sin dudas no se detienen en su avance ni en los desafíos y problemas que plantean al emprendedor, al empresario y al hombre en general.

Al seguro le preocupa esta problemática pues es indudable la colaboración constante que la actividad aseguradora y el seguro como herramienta de cobertura, brindan a la investigación tecnológica y a la evolución misma de la tecnología, así como a la industria y al comercio en general.

Específicamente relacionado a las nuevas tecnologías, el seguro investiga los nuevos materiales y ahonda en los estudios científicos relacionados a las tecnologías en procura de poder evaluar los riesgos futuros y su asegurabilidad, al igual que atenuar la siniestralidad.

Ahora bien, ¿el seguro tiene hoy respuestas suficientes? Cuando pensamos en las características de algunas de estas “nuevas” tecnologías, la respuesta a esta interrogante no es tan sencilla.

Lo cierto es que el seguro trata de analizar los riesgos implícitos en algunas de las nuevas tecnologías. Estos riesgos son estudiados a nivel del Grupo de Trabajo de CILA-AIDA¹ llamado de Nuevas tecnologías, prevención y seguros que estudia la influencia de las tecnologías en la prevención y los seguros, a nivel internacional.

Actualmente el Grupo estudia los riesgos asociados con los sistemas de información así como los riesgos asociados a la aplicación de la nanotecnología.

El sector asegurador se enfrenta a varios dilemas y dificultades para evaluar los riesgos implicados en las nuevas tecnologías.

¹ AIDA es la sigla que se utiliza mundialmente en idioma a francés, de la Asociación internacional de derecho de seguros, presente en más de 60 países del mundo como referente académico en Derecho de seguros, y CILA es el Comité Ibero-latinoamericano de AIDA, es decir la organización regional de AIDA que nuclea a las secciones nacionales de Latinoamérica más España y Portugal.

No obstante, lo cierto es que hoy el seguro da respuesta a través de las distintas coberturas, en esencia de daño y responsabilidad civil.

Por ejemplo, los nanoproductos, con sus cientos de aplicaciones, están en la generalidad de los casos, incluidos en las coberturas de responsabilidad civil y de daños en general, ya sea en forma expresa o bien por no estar expresamente excluidos.

Igualmente, la industria del seguro se esfuerza en estudiar en forma multidisciplinaria a la nanotecnología pues sabe que los riesgos no están aún debidamente dimensionados, lo cual le causa gran preocupación. Esto es claro si se piensa en que hoy no es posible descartar en forma fehaciente, la existencia de un riesgo potencial en torno a los nanomateriales, que puede superar al que en su día conllevó el amianto.

Múltiples líneas de negocio, y ramas de seguros, están involucradas en el tema ya que los productos nanotecnológicos y sus aplicaciones, se extienden hoy prácticamente a todo tipo de industrias y bienes (electrónica, óptica, biotecnología y medicina, cosmética, tinta de copiadoras e impresoras, pañales de niños, pinturas y recubrimientos, textiles, deporte, pelotas, palos de golf, raquetas de tenis, neumáticos, parabrisas).

Esta omnipresencia de los nanoproductos puede llevar a que uno o varios productos ocasionen daños personales o materiales o bien considerables perjuicios económicos, sin poder evaluar en debida forma, y previamente a la contratación del seguro, los riesgos implicados.

En los siguientes numerales trataremos esta problemática, y en especial en lo que refiere a los seguros de responsabilidad civil, evaluaremos el posible impacto de las nuevas tecnologías en esta rama de seguros y efectuaremos las eventuales recomendaciones a futuro, de tipo preventivas.

II. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

A efecto de poder proporcionar, en este artículo, al menos un enfoque general del entramado temático de las nuevas tecnologías y los seguros de responsabilidad civil, nos concentraremos en dos áreas: Internet y nanotecnología.

La actividad aseguradora y reaseguradora se enfrenta a importantes desafíos derivados de las dos áreas citadas que son sin duda motores de la economía moderna, abren posibilidades hasta ahora impensables y generan oportunidades extraordinarias de crecimiento.

Lo que sucede es que como contracara de estas posibilidades, las áreas investigadas están generando nuevos riesgos difíciles de evaluar en su incidencia y magnitud, difíciles de identificar su origen, posibles riesgos latentes cuya manifestación puede demorar años.

Las Nuevas Tecnologías tienen, como áreas multidisciplinarias, diversas repercusiones en el seguro, las cuales deben evaluarse en el contexto de la gestión de riesgos y que recibirán distinto grado de atención de acuerdo al grado de inversión en la investigación de los mismos².

Esto extrapolado a la responsabilidad civil, equivale a cuestionarse si los seguros de responsabilidad civil actuales son suficientes para hacer frente a los riesgos presentes y futuros y si las distintas coberturas de responsabilidad civil pueden responder a dichos riesgos o si deben adoptarse adicionales medidas de aminoración y prevención de riesgos.

Veremos seguidamente los riesgos y desafíos de los dos temas abarcados, Internet y Nanotecnología y luego la temática versus los seguros de responsabilidad civil que se comercializan en la actualidad.

II.1. Internet

a. *Los riesgos implicados*

Siguiendo a los expertos, hemos aprendido que hasta la llegada de la World Wide Web³, la seguridad de los sistemas era fundamentalmente de tipo físico, pasivo. Solo unas pocas aplicaciones disponían de controles de acceso y las comunicaciones de datos no estaban desarrolladas. Cada sistema era una isla de la que la información solo podía salir en soportes físicos.

A mediados de los años noventa Internet comienza a usarse como red pública de comunicaciones. Por lo tanto, era necesaria la protección de ataques provenientes desde Internet sin olvidar proteger la información en tránsito. Se desarrollaron entonces respuestas adaptadas a distintos ataques en una estrategia de defensa perimetral de tipo reactivo⁴.

Esta evolución generó una gran diversidad de sistemas de seguridad específicos de cada amenaza, y convirtió en todo un arte la tarea engorrosa de defender todo lo que interactúe con la Internet, incluso un pequeño servidor de una pequeña instalación informática que se conecte a la red.

Actualmente pues, debemos convivir con una infraestructura de seguridad dispuesta en capas, que se han ido añadiendo a lo largo de los

² ALARCÓN (2010).

³ La World Wide Web (WWW) o Red informática mundial comúnmente conocida como la Web, es un sistema de distribución de documentos de hipertexto o hipermedios interconectados y accesibles vía Internet. Con un navegador web, un usuario visualiza sitios web compuestos de páginas web que pueden contener texto, imágenes, vídeos u otros contenidos multimedia, y navega a través de esas páginas usando hiperenlaces. Fte: www.wikipedia.org

⁴ CARPIO (2011).

años, a la espera de que los tecnólogos, la vayan integrando y optimizando, siguiendo además las leyes del mercado.

Desde el año 2000 hasta nuestros días, Internet se utiliza no solo para comunicar sino para procesar y almacenar información, a precios marginales.

Como consecuencia, el perímetro de seguridad de los sistemas empresariales se ha diluido. Además, los usuarios residenciales generan grandes volúmenes de contenidos multimedia utilizando lo que se ha dado en llamar la Web 2.0⁵.

Estamos ante un cambio en la forma en cómo usamos Internet y por lo tanto ante retos de seguridad de la red global ante las empresas y los ciudadanos.

Señalamos seguidamente algunos de estos retos, ya sea por radicales o por desconcertantes⁶.

El primero, la dificultad de perseguir el delito cometido a través de Internet; no existe legislación común ni órganos eficaces en la persecución de los delitos.

Las bandas de delincuentes y el crimen organizado están aprendiendo a explotar las posibilidades que les ofrecen estas dificultades legales y administrativas.

En el segundo lugar, la gestión de vulnerabilidades que son de muy diversos tipos.

Es bien complicado conseguir la seguridad en las redes de tipo Internet pues tienen vulnerabilidades congénitas o de diseño y otras que son adquiridas, o sea que se generan en la implementación.

Otras veces, los problemas en la seguridad de la red se dan porque el diseño de las aplicaciones se realiza por personas no expertas en seguridad, porque los sistemas son muy complejos, con diversos elementos interaccionando, o por vulnerabilidades congénitas difíciles de erradicar.

Existen vulnerabilidades propias del sistema. Constantemente se hacen públicos nuevos fallos en todo tipo de productos software y sistemas. Desde su publicación (el día “cero”) hasta su remediación por parte del fabricante transcurre un tiempo durante el cual los sistemas están expues-

⁵ El término Web 2.0 comprende aquellos sitios web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la World Wide Web. Un sitio Web 2.0 permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí como creadores de contenido generado por usuarios en una comunidad virtual. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos, las wikis, blogs, etc.

⁶ Seguimos en este punto a CARPIO (2011).

tos a ataques exitosos sin posibilidad de defensa. Es lo que se conoce como “vulnerabilidades de día cero”. A esta preocupación se adiciona el periodo de tiempo que transcurre desde su descubrimiento hasta su publicación.

También existen vulnerabilidades relacionadas con los ataques externos. Permanentemente, los sistemas informáticos se deben enfrentar a ataques, acciones intencionadas llevadas a cabo por usuarios maliciosos y a las amenazas en cuanto posibilidad de violar una determinada política de seguridad.

Como sabemos, entre los riesgos de seguridad juega un papel importante el malware o código malicioso. Se trata de un tipo de software intrusivo y hostil, cuyo objetivo es infiltrarse o dañar un sistema de información sin la aprobación ni conocimiento de su propietario.

Se han detectado tres grandes categorías de malware: el de propagación automática mediante infección vírica; el malware oculto, que intenta pasar desapercibido dentro del sistema infectado (rootkits, troyanos y puertas traseras o backdoors) y el malware lucrativo, que proporciona beneficio al atacante (Spyware, Ramsonware, Scareware, Bot, Adware Dialers).

Existen diversos métodos preventivos para paliar estos riesgos como ser: las prácticas del usuario (mantener actualizado el sistema operativo y aplicaciones, impedir descargas de software de fuentes no fiables, ignorar los correos de remitentes desconocidos), los anillos de protección, la verificación de la autenticidad del código que se está ejecutando, mediante la firma digital, entre otros.

Igualmente, los mecanismos de protección como la clave simétrica o secreta y la clave asimétrica, no siempre son seguros. Por otro lado, la complejidad del esquema criptográfico hace que las acciones no sean intuitivas para el usuario.

Asimismo, existen vulnerabilidades internas, que es necesario detectar tempranamente.

Hemos visto la gravedad de los riesgos antes expuestos relacionados a las vulnerabilidades del sistema mismo y externas. Sin embargo, la principal preocupación para los responsables de seguridad sigue siendo el “factor humano”.

La mayor parte de los recursos de seguridad invierten en prevenir agresiones desde el exterior de la organización y de sus sistemas. Sin embargo, las pérdidas más cuantiosas, son causadas por errores o acciones deliberadas de personal autorizado.

En tercer lugar, existen riesgos relacionados a la constante evolución y desarrollos que toman como base la Internet. Así es el caso de la llamada Internet de las cosas, también denominada Web 3.0 y que conectará las máquinas dotadas de inteligencia artificial.

Raymon Kurzweil⁷ ha pronosticado que en 2029 la inteligencia artificial superará la humana. Las cosas sabrán dónde están las demás, qué capacidades tienen en cada momento y estarán interconectadas por redes más veloces.

El problema es que no se ha previsto aún el subsistema de seguridad que controle toda esta nueva infraestructura.

Por último, mencionar el reto de la privacidad en la Web 2.0. Las redes sociales y “peer-to-peer”⁸ no solo han cambiado radicalmente las formas de comunicarse, los negocios de generación y distribución de contenidos, sino que han convertido en inservibles a las legislaciones sobre privacidad que se elaboraron durante los años noventa en el mundo occidental.

En este sentido, la doctrina habla de leyes de protección de datos de primera, segunda y tercera generación.

Las leyes de primera generación se centran en el problema de los datos concentrados en grandes bases de datos que permitían el conocimiento de toda esa información a través de distintas modalidades de ingreso, en tiempo prácticamente real. Se buscaba proteger el derecho a la intimidad, a la privacidad.

Las leyes de segunda generación ponen énfasis en la circulación de datos. La existencia de mucha mayor cantidad de datos descentralizados en múltiples bases de datos, muchas de ellas conectadas entre sí, de manera que esos datos viajan y permanecen.

Buscan proteger a los individuos en una nueva manifestación del derecho a la intimidad, que se ha llamado libertad informática, que consiste

⁷ RAYMOND KURZWEIL, nacido en Massachusetts el 12 de febrero de 1948, es un inventor estadounidense, además de músico, empresario, escritor y científico especializado en Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial. Desde 2012 es director de ingeniería en Google. Experto tecnólogo de sistemas y de Inteligencia Artificial y eminente futurista. Es actualmente presidente de la empresa informática Kurzweil Technologies, que se dedica a elaborar dispositivos electrónicos de conversación máquina-humano y aplicaciones para personas con discapacidad y canciller e impulsor de la Universidad de la Singularidad de Silicon Valley. Fuente: www.wikipedia.org.

⁸ Una red peer-to-peer, red de pares, red entre iguales o red entre pares (P2P, por sus siglas en inglés) es una red de computadoras en la que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí. Es decir, actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la red. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados. Normalmente este tipo de redes se implementan como redes superpuestas construidas en la capa de aplicación de redes públicas como Internet. Algunos ejemplos de aplicación de las redes P2P son: Intercambio y búsqueda de ficheros, quizás sea la aplicación más extendida de este tipo de redes. Algunos ejemplos son BitTorrent o emule (de la red eDonkey2000), Sistemas de ficheros distribuidos, como CFS o Freenet, sistema de telefonía por Internet, como Skype.

en saber dónde hay datos que refieren a mi persona, qué datos hay con relación a mí, y si hay datos erróneos, que esos datos puedan ser rectificadas, y en su caso eliminados.

La tercera generación de normas sobre protección de datos, apuntan al trasiego internacional de datos. Teniendo en cuenta el fenómeno telemático, ya no tiene demasiado sentido proteger con normas nacionales el dato personal, porque el dato personal atraviesa las fronteras soberanas de los Estados sin pedirle permiso a nadie, sin pasar bajo el control de ninguna oficina aduanera ni de ninguna otra autoridad⁹.

Así, en la Unión Europea las normas se expresan en Directivas, normas de Derecho comunitario, supranacional. Esta realidad todavía no es extrapolable a la región de Mercosur, que aún no admite un Derecho supranacional sino que solo admite un Derecho de igual naturaleza intergubernamental, es decir, no superior al Derecho de cada uno de los Estados.

No obstante, esta evolución doctrinal, a veces reflejada en legislaciones acordes, dista de solucionar el problema y riesgo de la privacidad en la Internet.

b. Desafíos del instituto de la responsabilidad civil frente a los riesgos de la Internet

Diversos desafíos enfrenta el instituto de la responsabilidad civil tal como la conocemos actualmente, incluso pensando en su evolución hacia un derecho de daños más que de responsabilidad, un derecho que procura precaver o resarcir el daño, que mira más a la víctima y su resarcimiento que al responsable y su sanción, acompañando muchas veces en esta evolución con determinación de responsabilidades de tipo objetivas.

Esto pues existen distintos elementos asociados a la actividad en el universo digital que inciden en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad y plantean cuestionamientos sobre su eficacia, suficiencia y adecuación a la realidad digital.

Recibida doctrina ha identificado como factores que alteran los principios generales de la responsabilidad civil, los que mencionamos seguidamente. Por ejemplo, al decir de la Prof. Teresa Rodríguez de Las Heras:¹⁰

- Identificación de autores;

Existen dificultades de identificación de los presuntos autores de los hechos dañosos, lo que ha generado una percepción de impunidad. Para

⁹ DELPIAZZO (2008).

¹⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2010).

aliviar este riesgo, se han perfeccionado las obligaciones de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones a cargo de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones para su puesta a disposición en el marco de actuaciones de investigación (penal, de seguridad, etc.) por parte de los agentes facultados.

- Deslocalización, ley aplicable y jurisdicción competente;

La red de Internet con su infraestructura descentralizada y su operativa inciden directamente en la aplicación de los tradicionales criterios de conexión, de corte territorial, a los efectos de determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente. Por ello, ha venido su desarrollo acompañado de un creciente recurso a las técnicas de autorregulación como única vía para gestionar las características del nuevo espacio¹¹.

- Vulnerabilidad de la información;

Ya nos hemos referido a la vulnerabilidad de los sistemas, la cual se traspasa a la información que los mismos manejan.

La base del entorno electrónico es el soporte digital. La popular “digitalización” de contenidos que supone la conversión de la información en dígitos, ceros y unos, hace que la información digital sea altamente maleable, con una inagotable capacidad de reproducción y una extraordinaria volatilidad. Cada una de estas especiales características oculta un grave riesgo que conduce a la vulnerabilidad de una información, fácil de copiar, de reproducir, de alterar, de reutilizar. La información se vuelve “blanda”.

Esto se agrava con el entorno de los riesgos propios ya expuestos, de la Internet. En este contexto se enmarcan los problemas asociados a la vulneración de los contenidos sujetos a derechos de propiedad intelectual e industrial o a la misma protección de los datos personales.

- Viralidad y la expansión del daño. Estructura en red y masividad de los daños;

Estructura en red y descentralización se alían para avivar dos graves riesgos asociados a la responsabilidad.

Por un lado, la rápida e incontrolable expansión del daño derivada del comportamiento viral de la información en la red se hace patente como riesgo si pensamos en el daño al honor de la persona o en la reputación de

¹¹ RODRIGUEZ DE LAS HERAS (2010).

una empresa provocado por información calumniosa que se distribuye a través de una nutrida red social para profesionales.

Por el otro lado e intensamente, la masividad de los daños como consecuencia de la amplificación que significa que la acción se despliegue en el entorno electrónico.

Desde la estricta perspectiva jurídica, la comprensión de esta particular arquitectura de las relaciones en la Internet nos obliga a desarrollar una cuidadosa tarea de identificación para atribuir responsabilidades.

- Determinación de la causalidad de la información inexacta;

El elemento del nexo causal se encuentra igualmente afectado por las condiciones del nuevo entorno, pues pasamos de una conexión física o material a una apreciación subjetiva e indiciaria, por el hecho que en la gran mayoría de los casos estaremos hablando de daños causados por información inexacta o ilícita.

Estas apreciaciones subjetivas conformarán en todo caso una confianza razonable basada en la experiencia del usuario, la reputación del informante, las advertencias sobre las limitaciones del estudio o de los datos, la credibilidad de la información, la obligación de contrastar los datos y solicitar una segunda opinión, la importancia de la decisión, entre otros elementos indiciarios.

La causalidad física pasa entonces a convertirse en determinados supuestos en una causalidad basada en una relación de confianza, esto es, en qué medida la confianza razonable en la información inexacta fue la causa del daño ocasionado por su inexactitud¹².

No obstante, consideramos que todos elementos distorsivos de las reglas generales de la responsabilidad civil, no excluyen su aplicación al entorno digital.

Como opina la Dra. Teresa Rodríguez de las Heras en opinión que compartimos, debemos bregar por la “supervivencia del régimen general de la responsabilidad en el espacio digital. Esto implica asumir la aplicación, en términos generales, de los perfiles y los elementos de la responsabilidad en los diversos escenarios del entorno electrónico. A pesar de la complejidad de las relaciones que se entablan en la Red, la conformación de arquitecturas reticulares, la emergencia de estructuras descentralizadas o la omnipresencia de los intermediarios, se pueden identificar escenarios de responsabilidad contractual y escenarios de responsabilidad extracontractual que responden, con mayor o menor precisión pero con identidad

¹² RODRIGUEZ DE LAS HERAS (2010).

de fundamento, a los elementos de la responsabilidad que en cada caso corresponden”.

II.2. Nanotecnología

a. *Los riesgos asociados la nanotecnología*

La Nanociencia es un campo interdisciplinario de investigación que ha emergido en los últimos años del siglo pasado y que irrumpe con fuerza en el presente. Su avance es inexorable, de manera que se hace necesario un debate práctico y ético en el que no solo se evalúen los riesgos personales y ambientales, sino que también pueda permitir prevenir el consumo de recursos en nuestro medio vital.

Aunque la Nanotecnología, por dicho carácter interdisciplinario, representa una revolución tecnológica de consecuencias mayores que las que fueron generadas por la microelectrónica, su estado actual solo constituye una etapa temprana de su ciclo de desarrollo. Es decir, estamos asistiendo todavía a una evolución de nuestra tecnología con las nuevas ideas aportadas por la investigación de la ciencia en la nanoescala.

Sin embargo, los riesgos que se pueden derivar en el futuro podrían ser comparables a los de otras áreas científicas como son la generación de energía nuclear o la manipulación genética de organismos¹³.

La nanotecnología consiste en hacer ingeniería ensamblando pieza a pieza, desde los componentes más pequeños de la materia. Con esta estrategia se pretende conseguir materiales y dispositivos que tengan propiedades acordes a los requerimientos.

Nanotecnología, es el campo de la ciencia y la tecnología aplicadas cuya perspectiva y objetivo es el control de la materia en la escala atómica y molecular, y la fabricación de instrumentos en dicha escala.

Un nanómetro es una unidad de longitud equivalente a la milmillonésima parte de un metro o una milésima parte de una micra; es la unidad natural para medir átomos y moléculas. Un nanoproducción está comprendido entre 0.1 y 100 nanómetros.

El mundo “nano”, pues, está compuesto de objetos o materiales “noscópicos”. Los objetos, cuyo tamaño está comprendido entre 0.1 y 100 nanómetros (nm), son, básicamente, átomos y moléculas. Para situarnos, un cabello humano tiene un ancho de unos ochenta mil nanómetros y contiene unos 125 átomos por nanómetro cúbico. Típicamente, un cabello puede tener unos 10 átomos.

¹³ ARIAS (2010).

La escala nanométrica es tan natural como la métrica, es decir, tiene una realidad física aunque esta no sea tan intuitiva como la que manejamos cotidianamente.

En esta escala, un balón de fútbol tiene una circunferencia de 7×10^8 nm; una neurona, tiene un tamaño de unos 104 nm; una bacteria tiene un tamaño de unos 103 nm; un virus tiene un calibre de varias decenas de nanómetros; el ADN, que es la molécula que almacena la información genética en nuestras células, es como un alambre de unos 2 nm de diámetro; por último, una molécula de agua tiene un tamaño de unos 0.1 nm.

La ventaja más evidente de trabajar con cosas nanoscópicas o de tamaño “nano” es la miniaturización. En términos generales, la miniaturización reduce el peso de la tecnología y el consumo energético. Esto, a su vez, reduce la producción de residuos tóxicos, aumenta la capacidad de integración entre diferentes dispositivos y procesos en paralelo y facilita la automatización. Todas estas ventajas obran por la optimización del funcionamiento de la tecnología¹⁴.

Existen otras ventajas que son las que constituyen la verdadera revolución tecnológica y están inscritas en el cambio de estrategia que implica la nanotecnología.

Muy esclarecedor resulta el ejemplo que expresa el Prof. Ricardo Arias: “un ejemplo poco amigable pero en esta línea de cambio de estrategia se plantea en la siguiente pregunta: ¿de qué manera se podría exterminar a la humanidad sin molestar al resto del planeta? la célebre ficción cinematográfica de la saga Terminator proponía construir máquinas grandes y con gran potencial destructivo. Sin embargo, si fabricáramos nanomáquinas del tamaño y características de un virus, que destruyeran un tipo de organismo específico, el proceso sería más rápido y selectivo”¹⁵.

Es totalmente impredecible el cómo será la integración de nanomáquinas artificiales en el ambiente y con nuestro propio organismo. Los peligros asociados a esta tecnología de nanomáquinas es una incógnita: quizás no vayan a ser como en el ejemplo del virus, pero está claro que la integración y liberación de organismos artificiales, cambiaría nuestra realidad.

Otro ejemplo del cambio de enfoque de la nanotecnología, más optimista es el de poder ‘reparar’ localmente células dañadas, tejidos o hacer desaparecer cánceres desde dimensiones nanométricas. Esta idea es la aplicación de la Nanotecnología en medicina, o Nanomedicina.

Podemos planificar con la nanomedicina la posibilidad de enviar fármacos de manera inteligente en pequeñas dosis. Estos envíos selectivos,

¹⁴ ARIAS (2010).

¹⁵ ARIAS (2010).

actuarían más eficientemente al disminuir los efectos secundarios del paciente y se podría proteger al propio fármaco frente a la degradación antes de llegar a su destino o proporcionar una vía de administración alternativa a aquellos fármacos poco solubles o que no pueden administrarse de manera convencional. Este tipo de estrategia denominada en la jerga “drug delivery”, es un campo de investigación muy activo en la actualidad.

Otro campo relacionado con la medicina y que engarza con la investigación de nuevos materiales es el de los implantes: se persigue una nueva evolución de implantes que sean activos, más precisos y pequeños.

Pero sin dudas el avance más serio en nuestros días en nanotecnología se está dando a nivel industrial y es necesario pues hablar del exponencial desarrollo de nuevos materiales y dispositivos asociados. Es por eso que el análisis de los peligros asociados a la nanotecnología a día de hoy ha de centrarse sobre todo en este campo.

En principio, el cambio de enfoque de la Nanotecnología permite un diseño a voluntad de nuevos materiales: materiales con propiedades programadas y materiales que se autoensamblen y/o con respuestas activa/pasiva. Ejemplos de estos materiales y dispositivos incluyen superficies resistentes al rayado y a la corrosión, o superficies hidrófugas, limpias o estériles; metales no conductores de la electricidad, tejidos antimanchas, antiarrugas, aislantes, protectores del agua y el frío, tejidos aislantes de agentes químicos y nuevos tintes; nuevos cristales resistentes a altísimas temperaturas, cerámicas y vidrios que no se manchen y cristales fotosensibles; desarrollo de sensores (sensibles a muestras nocivas o contaminantes muy pequeñas, de origen químico o físico) y nanoactuadores. También células solares de alta eficiencia, materiales aislantes térmicos y acústicos y baterías de alto rendimiento.

Lo trascendente en este punto es que los materiales en la nanoescala muestran propiedades distintas a sus propiedades macroscópicas.

En la forma de nanopartícula, se aumenta la relación de superficie/volumen, y cuanto más superficie se expone más activo se hace el material. Además, influyendo químicamente las superficies de las nanopartículas con otras moléculas se consiguen nuevas propiedades, que pueden incorporarse en dispositivos y sistemas macroscópicos, tales como nuevos sensores que pueden detectar y medir rápidamente la contaminación en el aire o el agua o analizar sangre. Estas nanopartículas serían ladrillos artificiales con los que construir nuevos materiales con propiedades programadas y amplificadas. Las nanopartículas también pueden ser empleadas para rediseñar la estructura física o química de la superficie de otro material. Por ejemplo, un pequeño porcentaje de minerales de arcilla en forma de nanopartículas incorporados en la superficie de una película de polímero puede tener como resultado una potenciación de la impermeabilidad

y resistencia al calor, permitiendo el desarrollo, por ejemplo, de un nuevo envoltorio para alimentos que sea ligero, resistente a los olores y que los mantenga frescos.

Existen una gran variedad de aplicaciones en la actualidad de las nanopartículas que han dado lugar a productos que están ya en el mercado.

Ejemplos representativos son:

- Cremas solares: para gran protección a la radiación ultravioleta (UV), para pieles muy sensibles. Contienen partículas de óxidos.
- Cosméticos con nanopartículas.
- Compuestos con nanopartículas en tinta de copadoras e impresoras, para pañales de niños (mejoran la absorción de humedad), en películas transparentes para mejorar su resistencia y permeabilidad a los gases.
- Pinturas y recubrimientos: antirrayado, que absorben o protegen de los rayos UV, antirreflectantes (para gafas y otros instrumentos ópticos).
- Tejidos (textiles): que repelen el agua y el polvo, que mejoran la protección solar por el uso de partículas de óxido, que protegen de la electricidad estática.
- Electrónica y optoelectrónica: Chips electrónicos optimizados, discos duros, memorias RAM, láseres de diodo en visualizadores, iluminación.
- Optimización energética: en dispositivos lumínicos, diodos de luz, visualizadores.
- Deporte: palos de golf, raquetas de tenis, t-shirts que neutralizan la humedad del cuerpo.

Asimismo, productos más recientes o en vías de aparecer próximamente.

Ejemplos representativos son:

- Automoción: sistemas inteligentes que reaccionen al comportamiento en la conducción y estímulos ambientales con gran precisión en la detección y en las decisiones; espejos y ventanas que se adapten automáticamente a las condiciones externas; mejora de adhesión de los neumáticos en diferentes tipos de carreteras; pinturas que cambien de color; materiales sintéticos para revestimientos interiores.
- Ingeniería mecánica: optimización de máquinas mediante el uso de capas funcionales, metrología, sensores.
- Tecnología energética: optimización del almacenamiento energético (células de combustible, p.ej.); células solares de alta eficiencia, materiales innovadores que convierten el calor en electricidad.

- Medicina: métodos de diagnóstico y tratamiento de cáncer y diabetes; nanopartículas como medio de contraste, para localización y destrucción de tejidos (p.ej. tumores) y para transportar agentes (medicación); bio-chips para diagnóstico médica.
- Información y comunicación: instrumentos multifuncionales en formatos reducidos, visualizadores holográficos 3D, instrumentos que generan diagnóstico online con funciones de aviso automático.
- Óptica: técnicas de iluminación basadas en componentes optoelectrónicos (p.ej., diodos de luz de gran superficie); lentes ópticas fabricadas con geometría deseada y con precisión

Como cualquier otra revolución científica, su progreso es incesante.

El avance de la ciencia responde a la curiosidad humana y la tecnología que conlleva solo puede limitarse artificialmente por leyes de protección o razones comerciales.

Es por este inexorable avance que de esta revolución tecnológica, que conviene examinar los peligros que puedan surgir.

Sin embargo, es muy difícil predecir los peligros asociados a algo cuya mayor parte está por venir. Por esto el principal peligro es no saber cuál es el peligro a largo plazo.

Es pues necesario exigir un estudio de riesgos de cada aplicación que se desarrolle.

Otros riesgos presentes en la nanotecnología provienen de la fabricación y liberación de nanopartículas.

La característica principal y generalizada de las nanopartículas es que la relación superficie / volumen aumenta.

Una determinada masa de un material presentado en forma de nanopartículas tiene unas propiedades y funcionalidades químicas, físicas y/o biológicas amplificadas. Esto es, la amplificación crece de manera inversamente proporcional al tamaño de las nanopartículas y puede ser varios órdenes de magnitud superior.

Además, la materia que se presenta en forma de nanopartículas puede mostrar propiedades distintas de las que posee a escala macroscópica. Esto es lo que abre interrogante ya que no se puede asegurar que una partícula de cierto material con 10 nm de diámetro, por ejemplo, no sea tóxica aunque el mismo material, cuando se presenta en forma de partícula de 1000 nm o más no lo sea. Como consecuencia, la toxicidad asociada, riesgo de explosión, mayor reactividad química incontrolada, contaminación, etc., aumentan colateralmente al beneficio que producen.

Por ejemplo, las nanopartículas de plata son más tóxicas que las micropartículas del mismo metal. En dispersión, todavía tienen mayor toxicidad.

Asimismo es necesario pensar que en contacto con el ambiente las nanopartículas pueden experimentar transformaciones que no son fácilmente predecibles y que, por tanto, solo pueden ser analizadas una vez fabricadas.

Al día de hoy hay pocas nanopartículas fabricadas y liberadas. Como consecuencia, no existen casos reales de sucesos negativos. El principal peligro está en laboratorios y empresas manufactureras pero no en el exterior.

La mala noticia es que no hay estudios sistemáticos sobre sus efectos nocivos.

Tampoco existen casos de efectos adversos en humanos o en otras especies ni en el ambiente que puedan servir para evaluación, hasta el momento

Aunque no hay evidencias ni casos de accidentes generados por la presencia de estos entes los expertos advierten que es conveniente resolver las siguientes cuestiones:

- Cómo entran las nanopartículas sintéticas en el medio ambiente. Cuál es su ciclo de vida, recuperación, deposición, acumulación, degradación, solubilidad, etc.
- Cuál es el impacto en la cadena alimenticia.
- Cuál es la capacidad de transformación en transportadores de sustancias.

En el organismo pueden entrar:

- Por vías comunes: inyección, inhalación o ingestión.
- Por vías no comunes: debido a su pequeño tamaño pueden penetrar por la piel o a través de heridas, eccemas, etc.

En cualquier caso, llegan al torrente sanguíneo y se distribuyen rápidamente. Pueden producir inflamaciones en los pulmones, alergias, muerte celular y daño tisular, y trombos por agregación. Por ejemplo, los nanotubos son unas partículas que, por su geometría alargada, los macrófagos de nuestro sistema inmunitario son incapaces de eliminar de nuestro organismo.

Como hemos analizado, los peligros asociados podrían crecer exponencialmente con el tiempo puesto que no estamos hablando de unos pocos materiales concretos que se estén usando por primera vez en aplicaciones a gran escala, como fue el amianto (o asbesto), o de una fuente de energía, como es la energía nuclear.

Estamos hablando que cualquier material disminuido de escala puede presentar riesgos.

El número de nanopartículas usadas en dispositivos o productos crecerá en los próximos años por lo que se hará conveniente individualizar el análisis de riesgos de cada producto o material.

Aunque el conocimiento actual de los materiales de partida es una base muy sólida, el análisis de los productos fabricados antes de que puedan ser comercializados, será determinante. Debido a esta generalidad, los expertos indican que no se pueden anunciar directrices rigurosas al hablar de riesgos de la Nanotecnología¹⁶.

b. Desafíos del instituto de la responsabilidad civil frente a los riesgos de la nanotecnología

Cabe preguntarse si son suficientes los instrumentos de responsabilidad civil actuales para hacer frente a los riesgos presentes y futuros asociados a la nanotecnología o existe necesidad de crear nuevas normas¹⁷.

Esta pregunta adquiere relevancia en la medida en que resulta razonable cuestionarse si algo tan novedoso e importante como para producir una revolución industrial, contempla o no el ordenamiento jurídico de daños, respuesta adecuada para dirimir los posibles conflictos generados como consecuencia del uso de la nanotecnología.

Por otro lado, cabe plantearse dónde están los límites de impunidad derivada de los llamados “riesgos del desarrollo”, en aquellas legislaciones que los admiten como causas de exoneración de la responsabilidad civil de productos.

En este punto la pregunta es si esta limitación significa que la legítima expectativa de seguridad de los productos, termina cuando aparecen los riesgos del desarrollo.

Con respecto a los daños, la responsabilidad civil de la nanotecnología surge como consecuencia de los daños materiales y corporales, así como por las pérdidas económicas que, como ya hemos visto, pueden ocasionarse en la manipulación de la materia a una escala menor que un micrómetro, así como en el diseño, obtención y aplicación de nuevas estructuras y sistemas a escala nanométrica

Es así que los riesgos de la nanotecnología, se proyectan en dos clases de riesgos fácilmente reconocibles.

¹⁶ ARIAS (2010).

¹⁷ ITURMENDI (2010).

En primer lugar, en el campo de la responsabilidad civil de productos, en su doble perspectiva de los daños causados a los consumidores y los causados a fabricantes y profesionales que utilicen las nanopartículas artificiales como parte integrante o materia prima del producto final elaborado por aquellos.

La otra familia de riesgos se produce como consecuencia de la exposición a los nanomateriales tanto en procesos productivos (responsabilidad civil patronal derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), como también en el ambiente, como consecuencia de la inmisión de estos materiales diminutos sin consentimiento del perjudicado.

Desde el punto de vista legal, y de cara al establecimiento de la responsabilidad civil, otra característica relevante de los nanomateriales es la posible masividad del daño en lo tocante a la contaminación ambiental.

Otra dificultad para la determinación de la responsabilidad es la necesidad de acreditar la existencia del nexo de causalidad entre los nanomateriales y el daño causado. Algo similar a lo ocurrido en materia de contaminación por partículas de amianto y las dificultades para determinar la concurrencia del nexo de causalidad.

En consecuencia, el horizonte de la reclamación de responsabilidad civil se encontrará con las dificultades de la invisibilidad macroscópica de los nanomateriales, la posible masividad de perjudicados y los problemas probatorios en el establecimiento del nexo de causalidad.

A todo ello hay que unir las indudables carencias normativas en la materia.

II.3. Los Seguros de Responsabilidad Civil frente a los riesgos asociados a la Internet y a la Nanotecnología

Pasaremos ahora a analizar la situación de los seguros de responsabilidad civil frente a las novedades para el instituto de la responsabilidad civil y los riesgos que aporta por un lado, el uso del espacio digital, de la Tecnología de la Información (TI) y de la red de Internet y por el otro, la nanotecnología.

a. *Internet y Seguros*

Sabido es que los seguros de Responsabilidad civil en la actualidad suelen excluir los llamados riesgos cibernéticos.

Ahora bien, esto puede resultar útil en los seguros tradicionales de Responsabilidad civil pero no sirve a los fines comerciales del seguro que lo que busca es ampliar sus coberturas a efectos de satisfacer la necesidades de sus potenciales asegurados, clientes.

Al seguro le interesa comercializar seguros y esto implica buscar soluciones que permitan la cobertura de los riesgos que la demanda de seguros le impone al sector asegurador.

Está en la actualidad fuera de discusión la aparición de nuevos riesgos asegurables derivados de la era digital en la gestión empresarial y, de la utilización de las Tecnologías de la Información o TI, en el desenvolvimiento de la actividad profesional y económica¹⁸.

La legislación en Derecho de seguros no regula la cobertura de estos riesgos pero la práctica negocial viene desde hace tiempo ofreciendo coberturas directamente asociadas al uso de las TI.

Ya sea en el ramo de daños o en el de responsabilidad civil se ofrecen seguros informáticos y electrónicos a los usuarios de los equipos, personas físicas, empresarios en general y prestadores de servicios de la TI de forma creciente.

Las primeras suelen cubrir los daños en los equipos y las segundas se destinan a cubrir los riesgos generados por el uso de los mismos equipos, acorde a la clásica distinción entre lo informático y lo electrónico que viene reconociéndose desde hace más de veinte años.

Conforme a dicha distinción, ciertamente que los riesgos informáticos de los equipos, hardware, no son muy diferentes a las coberturas del daño de una maquinaria mecánica o una maquinaria electrónica. Es obvio que no serán idénticos pero igualmente es claro que el aseguramiento de unos y otros no va a tener grandes diferencias en razón de los principios de funcionamiento y utilización de los equipos en cuestión. Son seguros similares.

No ocurre lo mismo con los riesgos electrónicos: estos son peculiares de las máquinas informáticas y de su uso, sin que las restantes máquinas los generen.

Posiblemente ello se deba al hecho físico del doble componente de este singular tipo de máquinas: equipo pero también datos; datos que son instrucciones de procesamiento, resultados del procesamiento propio y del procesamiento ajeno tanto pasado como presente y futuro; equipo a su vez que resulta el lugar físico en el que el procesamiento tiene lugar, y en muchos casos también la conservación de lo procesado.

Los nuevos riesgos asegurables en consideración surgen precisamente de los datos, su procesamiento y su conservación no pudiendo ser generados los mismos por ningún otro tipo de máquinas.

¹⁸ Seguimos en este punto al Dr. ILLESCAS (2010).

En orden a su sistematización habría que distinguir entre los riesgos derivados del uso de las TI de una parte y los generados por la prestación de algunos de los legalmente denominados Servicios de la Sociedad de la Información (SSI).

En segundo término, la prestación de SSI genera riesgos de Responsabilidad civil derivada de:

1. La infracción de la propiedad intelectual e industrial y del conjunto de derechos emergentes a su alrededor, identidad corporativa, imagen y en general lo que se denomina “cyber-ocupación”.
2. La denigración y otros actos sancionados por las leyes de Competencia Desleal, de Publicidad y de Comunicación.
3. La infracción de deberes de confidencialidad y de protección de información personal; y
4. La violación del derecho al honor de las personas.

Es más que probable que los riesgos enumerados sean corridos ordinariamente por quienes establecen blogs, foros y sitios web tanto interactivos como meramente activos.

Sin embargo idénticos riesgos pueden ser corridos, si bien en un número atenuado de circunstancias, por quienes practican el “hosting” o alojamiento de los mencionados sitios y similares sin necesidad que sean los titulares de los sitios en cuestión.

No tan reciente es la detección legal del riesgo de Responsabilidad Civil derivada de la mala prestación del SSI consistente en la firma electrónica.

Tal detección abre lo que aparenta ser un ciclo de seguros obligatorios o semiobligatorios en el campo de las actividades empresariales relacionadas con el comercio electrónico y, en especial, con la prestación de determinados servicios electrónicos.

Por ejemplo, en España, para cubrir aquellos riesgos generados por la prestación defectuosa del servicio de firma electrónica reconocida se impone su aseguramiento obligatorio.

También en dicho país, en forma no imperativa sino alternativa, se impone el seguro para el supuesto de los emisores de dinero electrónico.

Sin ánimo de extendernos, ya que este artículo refiere a los seguros de responsabilidad civil y las nuevas tecnologías, respecto a los seguros de daños, derivados del uso de las TI, los riesgos susceptibles de ser padecidos o producidos en terceros por quienes utilizan equipos electrónicos de modo empresarial, personal o no empresarial, han generado la paulatina aparición en el mercado de ciertos seguros voluntarios, tendientes a producir la

indemnización de tales daños en la persona que los padece por parte del asegurador.

Suelen ser seguros denominados de “electronic or computer crime” en la terminología inglesa cuyo riesgo asegurado, en términos generales, son los daños producidos por la difusión o empleo de manera negligente e incluso ocasionalmente dolosa de lo que se viene denominando malicious software o “malware”, esto es, datos susceptibles de dañar el funcionamiento del equipo que los recibe con independencia de su procedencia específica.

De modo más concreto pueden distinguirse hasta cuatro géneros de posibles daños susceptibles de aseguramiento causados por la introducción, la modificación y la destrucción de datos; la distinción tiene lugar en función del lugar o uso de las máquinas cuyos datos son alterados.

Se trata de los siguientes¹⁹:

- Daños producidos en el sistema electrónico de la persona asegurada;
- Daños producidos en el sistema electrónico de una entidad que presta servicios a terceros,
- Daños producidos en un sistema de transferencia, compensación y liquidación electrónicas de fondos; y
- Daños producidos en el sistema electrónico de comunicación del asegurado.

Es obvio que el “malware” puede causar daños en cualquiera de los sistemas del asegurado o puede causarlo en los de terceros con él relacionados. En este segundo caso estaríamos ante la vertiente de Responsabilidad civil del aseguramiento, a que ya nos hemos referido.

También resulta susceptible de aseguramiento la defensa jurídica respecto de reclamaciones relacionadas con el funcionamiento de equipos y datos procesados por ellos por cuenta propia y ajena así como a los efectos de ello.

El aumento considerable de disputas entre los titulares de nombres de dominio y los titulares marcarios no hace sino poner sobre la mesa la continua vulneración que estos nuevos signos distintivos lleva, con cierta frecuencia, sobre las marcas registradas.

Los costos en defensa jurídica a los que las empresas se someten para la protección de su propiedad industrial, así como el posible deterioro de su imagen y reputación corporativa, hace posible plantearnos la posibilidad de un adecuado seguro de propiedad industrial cuya cobertura no deje de lado estas dos necesidades.

¹⁹ ILLESCAS (2010).

Un análisis económico y actuarial será necesario para determinar el grado de compensación que para unos, los asegurados, como para otros, las aseguradoras, puede tener esta tipología de seguros.

Podríamos decir que hay, como mínimo, dos elementos que un seguro de este tipo debería proteger: La protección o defensa jurídica que el asegurado requiriese para demandar (tanto por medio de mecanismos arbitrales o de solución extrajudicial de controversias, como ante la jurisdicción ordinaria) al sujeto infractor de su derecho; y la reputación o imagen que en muchos casos estas empresas titulares de marcas ven afectada por el registro de dominios idénticos o similares a sus derechos de propiedad industrial.

Existen seguros de protección de datos y protección de imagen corporativa y personal. Pero un adecuado seguro de propiedad industrial e intelectual debería cubrir, junto con la defensa jurídica, los gastos de restitución de la imagen de la empresa o sociedad, gastos de restitución de la imagen de personas físicas afectas a la compañía (Consejeros, administradores, etc.) y todos los gastos derivados del asesoramiento de consultores externos derivados de la crisis producida por la pérdida de imagen.

Compartimos con el Dr. Illescas la opinión de la necesidad de una mayor profundización para el debido desarrollo de este tipo de coberturas aún no usuales, mas, pese que este daño “moral” podrá ser compensado solicitando daños y perjuicios por los daños y desperfectos industriales ocasionados, el aseguramiento de este tipo de riesgos no parece descabellado.

b. Nanotecnología y Seguros

Como hemos analizado, hasta ahora la investigación nanotecnológica ha marginado la necesaria investigación sobre los riesgos que la nanotecnología supone para la seguridad y la salud de las personas y de las cosas.

Empero, controlar e investigar esta clase de riesgo emergente no es siempre la respuesta al peligro de unos riesgos que son imprevisibles y que no se pueden anticipar.

El reto es intentar configurar una hoja de ruta que combine la laguna de regulación legal con el potencial de futuras demandas que se podrían vislumbrar en la distancia²⁰.

El dilema está en que las empresas que retrasen la innovación en espera de un consenso, en cuanto a la seguridad o reglamentaciones respecto a los riesgos nanotecnológicos, pueden perder competitividad.

²⁰ Seguimos en este punto las enseñanzas del Dr. ALARCÓN (2010a y 2010b).

Es evidente que los nanomateriales y procedimientos nanotecnológicos representan un gran negocio, pero los gerentes de riesgo y asegurados no son conscientes en toda su dimensión de los riesgos potenciales que pueden afectar a los trabajadores, a los consumidores y al ambiente.

La nanotecnología está cada vez más extendida en productos destinados al consumidor.

Ya hemos expuesto que los riesgos derivados de productos fabricados con nanopartículas son objeto de controversia.

Por vez primera, fabricantes de Estados Unidos y de Europa están obligados a presentar evaluaciones de riesgo para algunos de sus productos antes de su introducción en el mercado.

La cuestión fundamental es cómo los riesgos potenciales de los productos nanotecnológicos pueden ser tratados efectivamente sin impedir el progreso tecnológico y la prosperidad económica. Este reto se magnifica si tenemos en cuenta la falta de resultados de la investigación de dichos riesgos.

Algunas aseguradoras, como Zurich, han elaborado un protocolo de evaluación de riesgo tendiente a entender el potencial de los riesgos nanotecnológicos del seguro (Zurich Nanotechnology Exposure Protocol). La idea es formarse una visión global de la nanotecnología y sus diversas facetas de riesgo, trabajando conjuntamente con empresas, recopilando datos sobre las nanopartículas específicas que las mismas utilizan, aprendiendo y combinando todas estas informaciones.

En la gerencia de riesgos se está pasando del sistema de evaluación genérica de nanomateriales que se hacía en el pasado, con el resultado de un enfoque caso por caso, hacia un sistema de aplicaciones y estudios específicos con potencial relevancia reguladora.

Por ejemplo, la reaseguradora Munich Re destacaba que se esperaba una nueva dimensión en las reclamaciones derivadas de daños personales, materiales o patrimoniales primarios al igual que en los riesgos de responsabilidad civil de productos, en medioambiente y en *public liability*.

El avance nanotecnológico sometió a discusión la cuestión de si era necesario proceder a un cálculo de primas y recargos para los nanorriesgos.

La pregunta se pospuso al considerar más importante dedicarse a elaborar unas herramientas de gerencia de riesgos para prevenir y minimizar las pérdidas mediante la evaluación de los principales problemas que presenta la nanotecnología y la incorporación de sus resultados en un sistema para la seguridad de los productos y gestión de la crisis.

Un primer paso a dar en la gerencia de riesgos sería, como es habitual, crear la conciencia del riesgo y una comprensión de los riesgos relacionados.

El paso siguiente sería identificar y evaluar los riesgos que debe incluir facetas científicas, técnicas y legales, que regulen la materia. El asegurador puede tratar y gestionar bien el riesgo mediante la utilización de una amplia gama de medidas como una definición de la política de suscripción de riesgos, la distribución o asignación de los límites de cobertura, cláusulas acordadas, y diversas opciones de reaseguro, hechas a medida, que hagan frente a las exigencias de los clientes a la vez que protejan los activos de la aseguradora de manera adecuada.

Siguiendo al Dr. Alarcón, podemos hacer un breve resumen, de temas sobre los que el sector asegurador debería dirigir su atención:

- Criterios de selección de riesgos utilizados y su adecuación al nanorriesgo.
- Replanteamiento de las funciones de la gerencia de riesgos.
- Si la cobertura de responsabilidad civil debe operar en base al sistema de claims made, ocurrencia o sistema mixto.
- Necesidad de determinadas exclusiones para nanoproductos concretos.
- Necesidad de adaptar las cláusulas de siniestro en serie o los límites por siniestro/año.
- La introducción en la póliza de determinados deberes del asegurado respecto al mantenimiento del nivel científico y técnico necesario y a la investigación de los peligros derivados de su actividad nanotecnológica.
- La conveniencia de introducir seguros obligatorios. Prevención ofensiva para la detección de los riesgos.

Respecto a los Seguros de Responsabilidad Civil, como seguros especializados, tienen una operativa concreta basada en la consideración de diversos aspectos específicos relacionados con los escenarios de riesgo, número considerable de personas expuestas, manifestación de los efectos dañinos a largo plazo, exposiciones y enfermedades con largos periodos de latencia, determinación del trigger que hace que actúe la cobertura (claims made, occurrence o sistema mixto) o el problema de la asignación (allocation) de los límites, etc.

En estos momentos la extensión de las aplicaciones nanotecnológicas se está convirtiendo en una preocupación global del sector asegurador, que tiene grandes dificultades a la hora de evaluar los riesgos para asegurar a empresas que utilizan nanomateriales en sus productos, en especial los nanotubos de carbono, todo ello debido a la carencia de datos fiables sobre los efectos potenciales de los nanomateriales sobre el ambiente, salud de los trabajadores y, en general, sobre los productos que los incorporan.

Tener un seguro es, sin embargo, un factor decisivo para el desarrollo y las aplicaciones de nanomateriales en la industria; el asegurador de responsabilidad civil es consciente de esta necesidad de seguro, pero piensa que aún no está completamente preparado para ello dada la escasez de informaciones sobre los riesgos y la situación de la imprescindible gerencia de riesgo, aún no adaptada a la nueva situación.

En un seguro de responsabilidad civil cualquier reclamación por daños y perjuicios sufridos tiene que reunir determinados requisitos establecidos por la póliza: se debe producir un daño personal o material o perjuicio consecuencia directa de ellos que sea ocasionado por un evento cubierto por la póliza.

Uno de los problemas que surgen en caso de un siniestro debido a un nanoproducto o aplicación es el de las posibles defensas que tiene el asegurador, entre las que se encuentran las exclusiones junto a las delimitaciones del riesgo en general y las medidas de prevención o aminoración de siniestros incorporadas a la póliza, siempre que tengan relevancia jurídica.

Existe consenso a la hora de afirmar que diversas clases o ramas del seguro de responsabilidad civil (RC) pueden quedar afectados por los efectos dañinos de los nanorriesgos para la salud, ambiente y seguridad en general.

Dichos efectos se pueden reflejar en las coberturas de RC Empresas, RC Profesional, RC Médica o Sanitaria, RC de administradores sociales, RC Patronal incluyendo *Workmen's Compensation* y RC Productos, RC Contaminación o Medioambiental o mejor dicho Ambiental.

Pese a ello en la práctica diaria no es habitual encontrar exclusiones o condiciones específicas para los riesgos nanotecnológicos, aunque en teoría el asegurador de responsabilidad civil, privada o empresas, podría acogerse a la exclusión absoluta del riesgo de polución/contaminación para determinadas reclamaciones o gastos de limpieza, o a la exclusión que algunas legislaciones postulan de los riesgos de desarrollo.

Teniendo como punto de partida el hecho que en la mayoría de los supuestos el riesgo tecnológico está incluido al no estar excluido, se barajan diversas opciones como exclusión absoluta de los nanorriesgos, hacer pólizas a corto plazo para evitar los siniestros latentes, excluir el nanorriesgo y volverlo a suscribir haciendo una cobertura separada y limitada, suscribir el nanorriesgo aceptando siniestros solo dentro de un período concreto de tiempo, etc.

Todas las opciones tienen sus luces y sombras.

El asegurador tiene que meditar muy cuidadosamente la exclusión de los nanomateriales, lo cual no está exento de inconvenientes, como podría

ser la crítica que se estaría impidiendo el desarrollo tecnológico o, en especial, la dificultad de excluir algo que aún no está definido y precisado.

Una exclusión total no es recomendable pues, junto a la dificultad de su formulación, no permite al asegurador adquirir datos históricos que le faciliten el fijar las primas y otorgar cobertura en el futuro.

Un ejemplo de exclusión total lo encontramos en la Continental Western Insurance Group que, en 2008, lanzó, incluso por Internet, la misma. El origen de dicha exclusión fue la comparación que hacían algunos informes del riesgo que representan los nanotubos con el riesgo del asbesto.

La exclusión pretendía excluir de las coberturas, los riesgos desconocidos hasta el momento creados por productos o procesos en los que estuvieran involucrados tanto nanotubos como nanopartículas en general.

El texto de la exclusión tenía el siguiente tenor:

“Quedan excluidos el daño personal, material o daños personales o no derivados de la publicidad relativos a la exposición a los nanotubos y a la nanotecnología en cualquier forma. Esto incluye el uso de, el contacto con, la existencia de, la presencia de, la proliferación de, la descarga de, la dispersión de, la filtración de, la migración de, la liberación de, el escape de o la exposición a los nanotubos o nanotecnología”.

La exclusión se ampliaba específicamente a “existencia, almacenamiento, manipulación o transporte de nanotubos o nanotecnología... Cualquier proceso de fabricación o de productos incluyendo los mismos y cualquier daño o pérdida derivados de demandas judiciales relativas a nanotubos y/ o nanotecnología”.

La exclusión iba acompañada de definiciones referentes a los nanotubos: “cilindros huecos de átomos o fibras de carbono, o a cualquier tipo o forma de nanotecnología que contenga fuerza notable y propiedades eléctricas utilizadas en algunos productos, bienes o materiales. A su vez la nanotecnología se definía como “una ingeniería en el nivel molecular o atómico”.

Los expertos criticaron muy duramente la exclusión por su vaguedad, por ser demasiado general y demasiado amplia puesto que muchos nanomateriales no habían demostrado ser un riesgo para el ambiente o para la salud y la seguridad de las personas.

A la hora de poner una exclusión total, el texto de la misma debería estar bien redactado y que se pueda cumplir si se quiere que sea efectivo. Como indicaba Lloyd's en 2008, el lado negativo de la exclusión total es que “no permite al asegurador adquirir datos históricos para fijar el precio que permita otorgar la cobertura en el futuro”.

En este contexto, el 30 de marzo de 2010 la Lexington Insurance Company presentó al mercado la primera póliza específica de responsabilidad civil por nanoproductos que se puede obtener en los Estados Unidos de Norteamérica.

La póliza se denomina “LexNanoShield” e incluye la cobertura de responsabilidad civil general, productos, contaminación y el riesgo de retirada.

Se puede incluir también la cobertura de retirada de productos first party, que reembolsa los gastos incurridos si un producto que contiene nanopartículas o nanomateriales es retirado del mercado por razones de seguridad.

El producto ofertado por Lexington incluye también la prestación de servicios de consultoría legal, técnica y de control de siniestros para ayudar a desarrollar, implementar y evaluar un programa específico de gerencia del riesgo nanotecnológico.

Algunas aseguradoras recomiendan la exclusión de los nanomateriales de la cobertura, otras como Swiss Re y Lloyds of London recomiendan hacer pólizas a corto plazo para evitar los siniestros latentes.

Respecto a la afectación de coberturas concretas, podemos señalar²¹:

RC Explotación

La cobertura de RC Explotación, dentro de una póliza de RC Empresas, protege contra el nacimiento de obligaciones, a cargo del asegurado, en base a responsabilidades derivadas de las situaciones de riesgo propias de la actividad que se realice en relación con los nanoproductos.

Se amparan los riesgos que derivan del proceso productivo, es decir de la explotación del negocio en sus diversas fases hasta la entrega del producto, realización de un trabajo o prestación de un servicio.

A la cobertura de explotación básica se suelen añadir diversas garantías complementarias como RC Patronal, Productos, Contaminación, Ampliadas, etc. Esta adición de coberturas tiene, en realidad, identidad propia, estando al servicio de determinadas parcelas bien delimitadas de responsabilidad del empresario.

La cobertura de Explotación se refiere no solo a los riesgos derivados del proceso productivo directo sino a las responsabilidades del empresario como propietario o arrendatario de los inmuebles adscritos a la actividad empresarial objeto del seguro y a todas las instalaciones, dentro o fuera del

²¹ Especial agradecimiento al Dr. ALARCÓN por el material que nos cediera para este análisis por coberturas de RC, entre otros: ALARCÓN (2010b).

recinto productivo, destinadas al servicio de dicho proceso (maquinaria, instalaciones de gas, electricidad, almacenamiento, seguridad, etc.).

El concepto de empresario, a efectos del seguro, es muy amplio: gozan también de la cobertura el representante legal de la empresa, el personal directivo en sus diversos grados y el personal dependiente en relación laboral.

Es evidente que el nanorriesgo supone un incremento tanto del riesgo estático como dinámico empresarial objeto de la cobertura Explotación.

Este incremento, basado en el concepto desarrollado de asegurabilidad por ausencia de exclusiones específicas, puede verse aumentado por la eventual agravación de la normativa de responsabilidad civil y la protección del consumidor. Ello especialmente en aquellos fabricantes de nanoproductos activos que pueden contaminar determinadas instalaciones o el suelo.

RC Productos

La cobertura por daños ocasionados por productos defectuosos entra en juego una vez que el nanoproducto o trabajos o servicios relacionados con el mismo, han sido entregados, ejecutados o prestados.

El daño se debe producir después de la entrega pero el vicio o deficiencia del nanoproducto tiene que deberse a acción u omisión previa a la entrega.

El nanoproducto puede estar viciado por un error de concepción, de cálculo, de formulación físico-química, de infracción de normas técnicas, de vicio de la materia prima, de error en la fabricación material, de insuficiencia de control, de las condiciones de almacenaje, ausencia o errores en el etiquetado o bien errores en la información en las instrucciones de uso.

Las reclamaciones pueden derivar de la exposición de los consumidores a diversos nanoproductos que se demuestra que son tóxicos. Los fabricantes de cremas para la piel, bronceadores o filtros solares podrían verse enfrentados a diversas reclamaciones si se demuestra que los nanomateriales llegan a la corriente sanguínea vía absorción cutánea.

Los nanoproductos pasivos como impermeabilizaciones o impregnaciones pueden dar lugar a defectos de desarrollo en la fase previa a la fabricación en serie, defecto que ocasiona la inadecuación de todos los productos con la misma finalidad o destino.

Lo mismo puede producirse en la fase de producción en serie, donde el defecto conlleva la inutilización de los fabricados para un destino concreto.

En la fase de fabricación puede también ocurrir que determinadas nanopartículas o una determinada serie de las mismas tenga un defecto de producción que hace que el comprador o consumidor final sufra un daño. Los daños se pueden originar también por un defecto total o parcial del asesoramiento o de las instrucciones de uso, por ejemplo, indicar cualidades o propiedades que el nanoproducto no tiene u omitir aquellos datos relevantes para los que el producto no está destinado.

Otro aspecto son los fallos en el seguimiento de la aplicación u utilización del producto comercializado. Una observación nula o insuficiente de dichos fallos, no siempre fácil, puede dar lugar a daños bien porque falla la observación activa del propio fabricante o bien porque no se tienen en cuenta las reclamaciones que hace el usuario intermedio o final del producto.

El defecto de un nanoproducto activo puede originarse, al igual que en los pasivos, en cualquiera de las fases de diseño, construcción, fabricación u observación/seguimiento.

La diferencia con los productos pasivos es que los activos pueden moverse en el ambiente o incluso, bajo determinadas circunstancias, modificarse o autorreplicarse. La combinación de átomos individuales podría producir un perfeccionamiento o modificación del producto, incluso reproducirse en las fábricas mediante la programación correspondiente. El factor energía es decisivo a la hora de saber cuánto tiempo puede ser operativo un nanoproducto en su ámbito de actuación.

Como vemos, muchos de estos aspectos escapan a la exclusión de responsabilidad por el llamado riesgo de desarrollo. Por eso no es tan sencillo afirmar que este concepto limita el riesgo de la utilización de nanopartículas o nanomateriales, máxime que en muchas normativas, no se prevé el riesgo de desarrollo como exclusión de responsabilidad por productos o bien se limita a ciertos productos como ser los medicamentos.

Retirada de productos. Coberturas ampliadas

La peculiaridad de un nanoproducto es que no se puede ver con el simple ojo, dado su tamaño diminuto; ello supone que si produce un daño personal, material o cualquier tipo de perjuicios no es sencillo retirarlo.

La cobertura de retirada de productos tiene como finalidad proteger al empresario de los gastos directos ocasionados por una campaña de retirada, gastos que pueden alcanzar cifras considerables.

Dada la dificultad y complejidad de las acciones de retirada del nanoproducto, la evaluación del riesgo alcanza aquí un alto nivel sobre quién puede ordenar la retirada, el procedimiento de la acción de retirada, su finalidad, existencia de un plan de retirada, cuestiones relacionadas con el

etiquetado de los nanoproductos y el seguimiento de los mismos, existencia de personal especializado, entre otros.

Usualmente, la póliza de RC empresas excluye la cobertura del riesgo de retirada, salvo pacto especial.

Es posible que los fabricantes de nanoproductos deseen contratar más esta cobertura especial, pues lo novedoso de los métodos de fabricación puede suponer un mayor riesgo de supuestos de retirada.

Así un fabricante de ventanas de fachadas o cristales de automóviles utiliza nanopartículas para evitar el efecto reflectante. Si un defecto de fabricación anula este efecto durante un largo período de radiación solar, es preciso desmontar todas las ventanas y ventanillas y sustituirlas por otras no defectuosas.

Pero el problema no se soluciona con incluir la cobertura de retirada pues las acciones de retirada son muy difíciles de llevar a cabo por la complejidad técnica de los nanoproductos y procedimientos en áreas sensibles como las de medicina o farmacia. A ello se añade el enorme gasto que supone el etiquetado, que hace muy complejo el seguimiento de los productos por el fabricante y su identificación a efectos de retirada. La miniaturización del material agrava aún más la imputación de los daños a un determinado causante en los casos donde se dan varios proveedores (por ejemplo, de pintura o laca para autos).

Las coberturas ampliadas responden a una nueva concepción de las coberturas y suponen una adaptación a las especiales características del nanoproducto. La necesidad de estas coberturas, con independencia de su viabilidad, responde a las necesidades de seguro originadas por las relaciones entre varias empresas que constituyen los varios eslabones de la cadena de producción y comercialización del nanoproducto.

En estas coberturas ampliadas se dan los supuestos de mezcla del nanoproducto del asegurado con otro producto para la fabricación por un tercero de un producto final o bien en los supuestos de sustitución del producto del asegurado en caso de incorporación a otro producto del cual es posible la separación del nanoproducto o finalmente los gastos que se pueden originar como consecuencia de la necesidad de realizar determinadas operaciones de reembalaje, trasvase, reempaquetado debido a un defecto del nanoproducto.

Contaminación y daños ambientales

Las investigaciones realizadas no han podido constatar hasta ahora daños ambientales derivados de los nanoproductos. Sin embargo, pueden producirse impactos ambientales derivados de las propiedades de los na-

nomateriales, lo que justifica la preocupación existente acerca de ciertos materiales.

Como ejemplo de nanomateriales potencialmente peligrosos se pueden citar las nanopartículas de plata y los nanotubos de carbono.

Hay que volver a insistir sobre el hecho que la investigación del impacto del nanoproducto sobre el ambiente está muy retrasada en comparación con el avance espectacular de la nanotecnología.

A nivel ambiental, podrían presentarse reclamaciones ocasionadas por la remoción de nanomateriales del interior de los edificios, suelo, agua, aire, subterráneo o superficial.

Se pueden producir, además, daños personales, materiales y perjuicios puros originados en laboratorios, instalaciones productivas, instalaciones de almacenamiento, instalaciones de descontaminación, experimentos al aire libre, liberación de productos confinados, daños ocasionados por los propios productos.

El Dr Alarcón expone un ejemplo de daños muy elocuente: en un laboratorio de investigación nanotecnológica se produce la explosión de una botella de gas, cuya onda expansiva destruye el laboratorio y aquellas otras secciones que normalmente están aisladas por el material que contienen. Se escapan nanopartículas magnéticas que se adhieren a las instalaciones electrónicas del propio complejo y colindantes y destruyen las instalaciones de almacenamiento de datos.

RC Patronal

Esta cobertura, distinta de la que otorga el seguro obligatorio de accidentes de trabajo, incluye el daño personal a los empleados del asegurado como consecuencia de un accidente de trabajo. Su fundamento jurídico, en los países que la admiten, está en la posibilidad que del hecho que da lugar al accidente de trabajo puedan derivarse acciones distintas a las que se rigen por la legislación laboral.

Un grupo particularmente expuesto a los efectos de las nanopartículas es el de los trabajadores que participan en el proceso de fabricación o en la manipulación continua de los materiales que las contienen.

Si la exposición a determinados nanomateriales ocasiona una enfermedad, quedarán afectados muchos trabajadores; no se puede descartar que las nanopartículas puedan ocasionar efectos crónicos en la salud, pudiendo penetrar en el organismo humano a través de varias vías (inhalaación, ingestión, absorción a través de la piel o inyectadas directamente por prescripción terapéutica). La piel es sorprendentemente permeable a las nanopartículas, la fortaleza de los nanotubos puede presentar una forma

similar a las fibras de amianto, por lo que se sospecha que los nanotubos pueden ser dañinos para la salud.

Una de las causas que pueden originar un accidente laboral o ambiental es un fallo de los mecanismos de separación o aislamiento, que ocasiona la liberación de nanoproductos activos en el proceso de fabricación y pone en peligro a los trabajadores y al medioambiente.

Las peculiaridades de la nanotécnica y, en especial, el reducidísimo tamaño de los productos suponen una exigencia mayor en cuanto a higiene y seguridad en el trabajo, mediante zonas completamente estériles.

El riesgo se agrava aún más dado que muchos de los trabajadores e investigadores expuestos no toman o disponen de medidas de seguridad especiales. Por ello una de las exigencias, también condicionantes de la asegurabilidad, es que todo nanoproducto o partícula vaya avalado por estudios de trazabilidad, que permitan saber el impacto del mismo desde que se fabrica hasta que se elimina por completo.

RC sector Salud

El mundo de la nanotecnología se escapa de los parámetros habituales en los que se mueve el sector asegurador. En este último el camino normal de investigación es analizar, cuando se ha producido un siniestro, lugar, tiempo o modo en que se ha originado, quién es el responsable y frente a quién, qué cobertura está afectada, si las medidas de suscripción adoptadas otrora son ahora suficientes, cuál es el factor (trigger) que hace que una cobertura determinada actúe.

En la nanotecnología, caracterizada por el control de las propiedades de los materiales en la escala de la millonésima parte de un milímetro, nos enfrentamos a un conjunto de tecnologías y enfoques diferentes que hacen difícil, al menos en inicio, proceder por la vía indicada. Las modificaciones que hace la nanotécnica en átomos y moléculas afectan a un sector muy sensible y propenso a errores al tratarse de nuevos métodos de tratamiento; se pueden producir interacciones con otras formas clásicas de tratamiento y medicación; aún no es posible saber los efectos principales o secundarios que se producirán en aquellos pacientes que son tratados con productos nanotecnológicos.

Así se investiga la forma de introducir nanorobots en las células para suprimir defectos existentes en las mismas, pero un defecto en la programación puede dar lugar a que el robot destruya los componentes equivocados de las células y ocasionar la muerte del paciente.

La nanomedicina pretende, mediante la aplicación de la nanotecnología, mejorar el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y

lesiones traumáticas. El fin buscado es analizar, controlar, reparar, reconstruir y mejorar cualquier sistema biológico humano.

Los materiales utilizados han pasado de ser materiales inertes, a ser bioactivos o biodegradables y capaces de mimetizar respuestas celulares específicas a nivel molecular.

Finalmente, la nanotecnología contribuye a desarrollar nuevos sistemas de liberación de fármacos.

Este escenario prometedor no está exento de dificultades para el experto en seguros: a la hora de enfocar la responsabilidad si se produce un daño, el problema, tanto para médicos como para centros médicos, puede estar en saber cuál es la “lex artis” adecuada al fijar los criterios de imputación de responsabilidad.

Por otro lado, la utilización de nanodiagnósticos o de nuevos sistemas terapéuticos nos lleva a plantearnos la procedencia o no de la excepción del estado de la técnica y de la ciencia y, en especial, el criterio de la accesibilidad del profesional a dichos conocimientos o bien como medida de reducción o evitación de los daños; también plantea dificultades no menores el establecimiento de la relación de causa a efecto.

El alcance del consentimiento informado puede verse desde una perspectiva positiva o negativa según que seamos partidarios de una mayor o menor diligencia o que operemos con el criterio de la proporcionalidad entre el riesgo que conlleva la nanotecnología y el beneficio que reporta al paciente.

Por otro lado, también nos podemos enfrentar a una pluralidad de sujetos responsables como consecuencia del carácter multidisciplinario de la nanotecnología, a la exposición de un número considerable de personas en la distribución de los fármacos con efectos dañosos que se manifiestan a largo plazo, en la ausencia o falta de armonización de normas reguladoras.

En el seguro de responsabilidad civil del sector de sanidad, los tomadores del seguro son varios: fabricante, distribuidor, vendedor, comprador, médicos, personal auxiliar, centros hospitalarios, empresas de mantenimiento.

A los problemas derivados de la fijación de la responsabilidad (alcance de la lex artis, pluralidad de responsables, gran número de personas expuestas durante largo plazo, es decir largos períodos de latencia), se pueden añadir, a la hora de analizar la reclamación, las dificultades para saber con precisión qué sistema concreto se ha fijado como factor determinante de la cobertura (ocurrencia, reclamación, sistema mixto), qué medidas de prevención se han establecido en la póliza, cómo se asignan los límites de indemnización fijados o bien problemas derivados de la internacionalidad

de la nanotecnología en su fase de determinación geográfica respecto a la ley y jurisdicción aplicables y, finalmente, el problema de la unidad de siniestro o siniestros en serie.

A la hora de fijar las condiciones, la prima y la suma asegurada de una póliza, el asegurador debería considerar estos escenarios adversos, tanto respecto a la delimitación temporal (sistema de claims made o de ocurrencia) o bien si es necesario introducir límites agregados para la suma asegurada.

Finalmente, respecto a las medidas preventivas, estas deben estar recogidas en el condicionado de la póliza, pero están delimitadas por la mayor o menor posibilidad de dominar la nanotecnología, por la práctica de una prevención ofensiva y por la estructuración clara de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes especiales del tomador/asegurado.

Por otra parte, deberá evaluarse la modernización y activación de los instrumentos de la gerencia de riesgos para prevenir y reducir los daños, así como el control del asegurador del cumplimiento por el tomador/asegurado de los deberes especiales impuestos.

El auténtico riesgo radica en el mayor o menor dominio de la nanotecnología.

Es obvio que este dominio no se consigue solo con el desarrollo de nuevos conceptos de cobertura de seguro; tampoco es posible hacer un cálculo de primas, de recargos y de descuentos en tanto no sea posible evaluar la real o posible carga siniestral.

Todo ello supone la necesidad de elaborar un instrumento de gerencia de riesgos adecuado a esta realidad que analice las cuestiones y problemas que plantea la nanotecnología, haga su valoración y cree un sistema de seguridad de los productos y de la forma de hacer frente a la crisis.

La meta de la gerencia de riesgos debe ser minimizar el riesgo de forma que el asegurador de Responsabilidad Civil únicamente asuma el riesgo residual, restante.

III. CONCLUSIONES

Grandes retos suponen las “nuevas tecnologías” para el seguro, en especial porque la dimensión del riesgo puede en algunos casos exceder los parámetros admisibles para que un riesgo resulte asegurable.

Es en la superación de las dificultades de estos riesgos para poder ser asegurables, donde entendemos radica el mayor desafío para el Derecho de seguros.

Teniendo en cuenta las dificultades antes analizadas, creemos que para incentivar a la contratación de coberturas de seguros para riesgos derivados o asociados a Internet y a las Tecnologías de la Información, así como a los riesgos nanotecnológicos, antes que nada deberá avanzarse en el estudio de los riesgos implicados, su origen y su eficaz alcance y dimensionamiento.

Luego del debido estudio del riesgo, los aspectos a tener en cuenta no difieren grandemente de los implicados en otros riesgos de difícil medición. En los hechos como hemos visto en el presente artículo, ya existen coberturas para ciertos riesgos asociados al uso de Internet o a las Tecnologías de la información en general.

Suficientemente investigados y resueltos los aspectos anteriores, no cabe duda que las coberturas de seguros, que necesariamente deberán ser específicas para los riesgos propios de cada área de actividad, resultarán un aporte más que positivo tanto para las empresas, como para la comunidad.

El gran desafío pues, consistirá en la obtención de una ecuación que refleje el equilibrio justo entre la prima y el riesgo asegurado, de modo que haga conveniente la celebración del contrato para ambas partes, a la vez que se opere una adecuada protección que sin dudas redundará en beneficio de la sociedad toda.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Joaquín (2011): "El aseguramiento de los productos nanotecnológicos" en *II Congreso de Nuevas tecnologías y sus repercusiones en el seguro* (Barcelona, SEAIDA).
- ALARCÓN, Joaquín (2010a): Prólogo, en *I Congreso de Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro* (España, Fundación Mapfre y SEAIDA).
- ALARCÓN, Joaquín (2010b): "El impacto del riesgo nanotecnológico como riesgo emergente en el seguro, y otros", en *I Congreso de Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro* (España, Fundación Mapfre y SEAIDA).
- ARIAS GONZÁLEZ, Ricardo (2010): *Nanociencia y nanotecnología* (Mapfre-España).
- BASTUS, G., CASALS, E., OJEA, I., VARON, M., PUNTES, V. (2011): "The reactivity of colloidal inorganic nanoparticles", en *Nanoparticles*, Book 2 (Ed. Intech, Rijeka).
- CARPIO CÁMERA, Manuel (2010): *Internet, un reto vivo: riesgos presentes y futuros* (España, Fundación Mapfre).
- DELPIAZZO, Carlos (2008): "La historia clínica electrónica". Disponible en: [www.elderechodigital.com.uy/suplemento derecho médico/doctrina](http://www.elderechodigital.com.uy/suplemento_derecho_medico/doctrina).
- GALLEGO, O. Y PUNTES, V. (2006): "What can nanotechnology do to fight cancer?", *Clinical and Transnational Oncology* 8, 788.

- ILLESCAS, Rafael (2010): *Efectos jurídicos sobre el contrato de seguro del uso generalizado de las Tecnologías de la Información* (Mapfre - SEAIDA).
- ITURMENDI MORALES, Gonzalo (2010): ¿Son suficientes los instrumentos de responsabilidad civil actuales para hacer frente a los riesgos presentes y futuros o existe necesidad de crear nuevas normas? (Mapfre - SEAIDA).
- JAMIER, D., CASALS, D. y PUNTES, D. (2011): “Nanotecnología: Una antigua tecnología con nuevas aplicaciones en sociedad”, en *II Congreso de Nuevas tecnologías y sus repercusiones en el seguro* (Barcelona, SEAIDA).
- MAYNARD, A.: “Nanotechnology and Safety”. Disponible en: www.cleanroom-technology.co.uk.
- PASCUAL, Jordi (2011): “¿Qué es la nanotecnología? ¿Cómo nos puede afectar?” en *II Congreso de Nuevas tecnologías y sus repercusiones en el seguro* (Barcelona, SEAIDA).
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa (2010): *Intermediación en la red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la red* (España, Mapfre).
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, SÁNCHEZ CALERO, Juan (2012): *Instituciones de Derecho Mercantil* (Aranzadi, 35a ed.).

Sitios web

- The National Nanotechnology Initiative at five years: assessment and recommendations of the National Nanotechnology Advisory Panel. <http://www.nano.gov/sites>.

EL ORDEN PÚBLICO EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATO DE SEGURO URUGUAYO. UN CAMBIO DE PARADIGMA

VIRGINIA S. BADO CARDOZO*

INTRODUCCIÓN

Actualmente el Parlamento uruguayo se encuentra analizando un Proyecto de Ley de Contrato de Seguro que pretende derogar la regulación contenida en el Código de Comercio vigente desde 1866.

Bajo el título *Naturaleza y alcance*, el artículo primero del Proyecto de Ley establece lo siguiente:

La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las distintas modalidades del contrato de seguro, sin perjuicio de la aplicación de las leyes especiales que rijan seguros específicos, así como de las disposiciones de la Ley N° 17.250 toda vez que el contrato implique una relación de consumo.

Sin perjuicio de la naturaleza de esta ley, serán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado.

La norma establece la eficacia y el ámbito objetivo general de la Ley proyectada. La importancia que estos temas tienen para el legislador uruguayo queda de manifiesto en el hecho de haberlos elegido para encabezar la regulación legal, incluso por encima de la propia definición de contrato de seguro, como es de estilo en otros ordenamientos, aspecto del que se ocupa en el artículo segundo.

I. LA DECLARACIÓN DE ORDEN PÚBLICO COMO PRINCIPIO GENERAL

El artículo primero del Proyecto de Ley declara que *es de orden público* y luego, en el segundo párrafo, precisa que sin perjuicio de ello *serán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado*.

* Profesora Adscripto de Derecho Comercial por la Universidad de la República, Universidad de la República, Uruguay. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia, España. Master of Advanced Studies, Universidad de Valencia, España. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay.

La norma consagra la ruptura de la regla general de Derecho según la cual en los contratos las partes se dan su propia ley y, en su lugar, establece el carácter imperativo de la ordenación legal del contrato de seguro.

El cambio indicado es excepcional en el sentido referido, pero también resulta excepcional según se verá, porque el Derecho de seguros uruguayo siempre estuvo gobernado por el principio contrario, esto es, por la autonomía de la voluntad.

La declaración genérica de orden público es consecuencia de la creciente preocupación del legislador por tutelar los derechos del asegurado. Se trata de un fenómeno expandido en la región y que se verifica también en varios países de Europa¹. Visto en retrospectiva, aparece clara la diferencia con el legislador del Código de Comercio vigente, preocupado por proteger al asegurador de los fraudes, las declaraciones reticentes y de los siniestros simulados². Sin embargo, es notorio que el legislador del Proyecto no se refiere al consumidor ni al usuario del seguro.

En la exposición de motivos del Proyecto no se afirma que el asegurado sea la parte débil en la contratación del seguro, pero sí se manifiesta que la Ley proyectada propone armonizar los derechos y deberes de las distintas partes intervinientes en el contrato en función de lo dispuesto en la Ley 17.250, de 11 de agosto de 2000, de Relaciones de consumo, norma que, entre otras cosas, refiere a los derechos del consumidor.

A. Modelos existentes en el Derecho comparado

La solución al problema de la eficacia de la ley en el contrato de seguro invariablemente lleva a la consideración de la autonomía de la voluntad, tema que en materia de seguros es particularmente difícil por tratarse este de un contrato de adhesión, con cláusulas generales y particulares especiales, siempre predisuestas, en el que se verifica una gran disparidad técnica, económica y negocial.

En el Proyecto de Ley se ha optado por establecer como solución de principio que toda ella es de orden público y que excepcionalmente las partes recuperan el poder de dictarse su propia ley solamente en un caso: cuando ello sea beneficioso al asegurado.

Se trata, como se verá más adelante, de una declaración general de imperatividad de las normas y también de una declaración general de excepcionalidad, declaraciones que, por su imprecisión, no dejan de presentar ciertos riesgos.

¹ Ríos Ossa se extiende sobre el punto, particularmente en lo referente a la evolución de la legislación chilena. Ríos Ossa (2014) pp. 4, 6 y 12.

² Otro tanto ocurre en España según aprecia SÁNCHEZ CALERO (2010a) p. 56.

El Proyecto sigue una tendencia a favor de la imperatividad de las normas que se verifica en varios países de Latinoamérica.

Los Estados que han legislado recientemente sobre esta materia, lo han hecho convencidos de que las normas de protección al asegurado contenidas en la normativa de tutela al consumidor no son suficientes para equilibrar la disparidad negocial que caracteriza al seguro. Por esta razón, han reforzado la regulación del contrato de seguro agregando a las leyes la naturaleza imperativa de sus disposiciones.

No obstante, el modelo seguido por nuestro legislador no es el único y parece conveniente revisar qué han hecho otros países al respecto, sobre todo en Latinoamérica.

Entre los países latinoamericanos que rechazan la autonomía de la voluntad como solución de principio se encuentran, además de Uruguay, Chile³, Perú⁴, México⁵, Paraguay⁶, Costa Rica⁷, Venezuela⁸,

³ El artículo 542 de la Ley 20.667, de Contrato de Seguro chilena, de 1 de diciembre de 2013, sienta el principio de imperatividad de sus normas al establecer que las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter necesario. No obstante, se reconoce que ello será así a no ser que en la propia Ley se disponga otra cosa y luego se declara que no obstante lo anterior, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario. También se encuentran gobernados por la autonomía de la voluntad de las partes los seguros de daños contratados individualmente, aunque solo en la hipótesis en que el asegurado y el beneficiario sean personas jurídicas en tanto el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

⁴ El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro peruana, 29.946, de 6 de noviembre de 2012, opta por establecer como principio la imperatividad de sus normas, salvo que admita expresamente lo contrario. A continuación dispone, igual que la norma uruguaya y chilena, que se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado. Asimismo, establece la aplicación de las normas sobre protección y defensa del consumidor en lo no regulado por la Ley y resuelve que en caso de conflicto serán preferidas las normas más favorables al consumidor o usuario del seguro.

⁵ El artículo 204 de la Ley sobre Contrato de Seguro mexicana, de 31 de agosto de 1935 (ex art. 193, según actualización del 4 de abril de 2013), establece que todas las disposiciones de la Ley tienen carácter imperativo a no ser que admitan expresamente el pacto en contrario.

⁶ El artículo 1692 del Código Civil paraguayo, de 18 de diciembre de 1985, establece que las normas sobre seguros solo pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por acuerdo de partes en los casos en que el Código expresamente lo autorice.

⁷ El artículo 1 de la Ley reguladora del contrato de seguros de Costa Rica, 8.956, de 17 de junio de 2011, establece que sus normas son de carácter imperativo salvo que la propia Ley estipule expresamente la posibilidad de acuerdo en contrario de las partes.

⁸ El artículo 2 del Decreto Ley 1505, de 12 de noviembre de 2001, de Contrato de Seguro venezolano, establece que sus disposiciones tienen carácter imperativo a no ser que se disponga otra cosa. Asimismo, establece que no obstante lo dicho, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el tomador, el asegurado o el beneficiario.

El Salvador⁹, Guatemala¹⁰ y Honduras¹¹. En Europa destaca España¹².

Pero como adelantáramos, existen otras soluciones.

Existen países que sin llegar a realizar una declaración general de imperatividad recurren a la técnica de indicar ciertas normas como imperativas o a determinar que ciertos preceptos son inderogables.

La Argentina, en el artículo 158 de la Ley de Seguros, ha preferido establecer que además de las normas que por su letra o naturaleza sean total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes determinados artículos, y solo se podrán modificar a favor del asegurado otros tantos. Parecería, entonces, que la norma establece como principio general la autonomía de la voluntad, pero ciertamente esta declaración de principios no es general desde que viene muy matizada por los descartes que necesariamente debe realizar el intérprete¹³.

Algo similar, aunque mucho más ambiguo, ocurre en Panamá. En este país se establece que el contrato de seguro se regula de acuerdo a las estipulaciones de la póliza, esto es, se gobierna en un todo de acuerdo a la autonomía de la voluntad de las partes y en su defecto o insuficiencia por las disposiciones del Código. Dicho eso, el codificador panameño aclara que es nula la renuncia que se haga, tácita o expresamente, de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la ley, al tiempo del contrato o mientras el contrato dure¹⁴.

⁹ El artículo 1345 del Código de Comercio salvadoreño, de 8 de mayo de 1970, establece que las disposiciones del Título I tienen carácter imperativo a favor del asegurado, a no ser que admitan expresamente pacto en contrario.

¹⁰ El artículo 876 del Código de Comercio guatemalteco, de 1942, dispone que todas las disposiciones del capítulo X, correspondientes al contrato de seguro, tienen carácter imperativo a favor del asegurado a no ser que admitan expresamente pacto en contrario.

¹¹ El artículo 1106 del Código de Comercio de Honduras, de 1950, sienta la imperatividad de sus preceptos salvo en los casos en que se dispone expresamente lo contrario.

¹² El artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro española, 50/80, de 8 de octubre de 1980, sienta, igual el principio de la imperatividad de sus preceptos, pero a diferencia de nuestro régimen, la Ley española inmediatamente aclara "a no ser que en ellos se disponga otra cosa". Luego establece, como segunda excepción, que "No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado". La Ley no es imperativa para los seguros de cobertura de grandes riesgos y para los reaseguros, por expresa disposición del artículo 44.2 y 79, respectivamente.

¹³ El artículo 158 de la Ley de Seguros argentina, establece que además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y solo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140. Se dispone, además, que cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario.

¹⁴ Se trata del artículo 997 del Código de Comercio panameño de 1 de octubre de 1916.

En similar sentido, el legislador colombiano reconoce la existencia de normas imperativas en el artículo 1136 del Código de Comercio, norma que dispone que los preceptos del título V (que comprende toda la regulación del seguro, salvo los de orden público y los que dicen relación a la esencia del contrato de seguro), solo se apliquen al contrato de reaseguro en defecto de estipulación contractual¹⁵.

En Europa, siguen esta tendencia Italia¹⁶ y Francia¹⁷.

Luego encontramos una serie de países que no realizan ninguna declaración de imperatividad, ni general, ni particular. Es el caso de Bolivia¹⁸, Brasil¹⁹, Nicaragua²⁰, Ecuador²¹ y Puerto Rico²².

Finalmente, para completar el panorama legislativo, fundamentalmente latinoamericano en lo que respecta a este tema, existen países que se decantan claramente por la autonomía de la voluntad como solución de principio. Es el caso de la República Dominicana, país que en el artículo 40

¹⁵ El contrato de seguro en la República de Colombia se encuentra regulado en el Título V del Código de Comercio sancionado por Decreto 410, de 1971.

¹⁶ El artículo 1332 del Codice Civile establece lo siguiente:

“Le disposizioni degli articoli 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, secondo comma, 1901, 1903, secondo comma, 1914, secondo comma, 1915, secondo comma, 1917, terzo e quarto comma, e 1926 non possono essere derogate se non in senso più favorevole all'assicurato.

Le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite di diritto dalle corrispondenti disposizioni di legge [1339, 1419 2]”.

¹⁷ El artículo L11 del Code des assurances dispone lo siguiente:

“Ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions des titres Ier, II, III et IV du présent livre, sauf celles qui donnent aux parties une simple faculté et qui sont contenues dans les articles L. 112-1, L. 112-5, L. 112-6, L. 113-10, L. 121-5 à L. 121-8, L. 121-12, L. 121-14, L. 122-1, L. 122-2, L. 122-6, L. 124-1, L. 124-2, L. 127-6, L. 132-1, L. 132-10, L. 132-15 et L. 132-19”.

¹⁸ El contrato de seguro se encuentra regulado en el Título III del Código de Comercio sancionado por el Decreto Ley 14.379, de 25 de febrero de 1977.

¹⁹ En Brasil el contrato de seguro se encuentra regulado en el Capítulo XV del Código Civil, de 10 de enero de 2002.

²⁰ El contrato de seguro en Nicaragua está regulado en el Capítulo II del Título XX del Código Civil de 1904. Cuando el asegurador es una empresa el contrato es mercantil de acuerdo al art. 536 del Código de Comercio.

²¹ El contrato de seguro en Ecuador se encuentra legislado en el Decreto Supremo 1147, de Legislación sobre el Contrato de seguro, de 29 de noviembre de 1963.

²² Puerto Rico cuenta con un Código de Seguros aprobado según una Ley 77 de 19 de junio de 1957, Ley que ha sido sucesivamente enmendada desde 1959 hasta el 2014.

de la Ley sobre seguros y fianzas ha preferido otorgar a los contratos de seguro la característica de Derecho estricto²³. También es el caso de Cuba²⁴.

B. Cambio de paradigma en el Derecho uruguayo

La declaración del artículo primero del Proyecto de Ley de Contrato de Seguro sobre la naturaleza de orden público y consecuentemente respecto a la imperatividad de sus normas, supondría un cambio de orientación fundamental en materia de seguros en el Derecho uruguayo.

El Código de Comercio vigente, fiel a la concepción liberal de su época, estima que lo más conveniente es que los particulares compongan ellos mismos sus intereses. La solución de principio es la autonomía de la voluntad de las partes y la excepción a la regla es la norma imperativa, solución que se encuentra plasmada en el artículo 643. Esta disposición declara nula la renuncia que se haga de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la ley al tiempo del contrato de seguro, o mientras este dure²⁵.

De lo dicho debe inferirse que el Código de Comercio reconoce la existencia de ciertas disposiciones imperativas o de Derecho necesario, al contrario del Proyecto de Ley que se declara en su totalidad de orden público, con la excepción a la que luego habremos de referirnos. El principio, por tanto, es el opuesto y prueba acabada de ello es el papel fundamental que desempeña la póliza en el régimen vigente, que además de reunir los elementos esenciales de todo contrato (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, según indica el artículo 1261 del Código Civil) y de reclamar determinadas cláusulas contractuales fundamentales para regular la relación entre las partes (dispuestas en el artículo 645²⁶), se constituye en requisito de solemnidad de acuerdo al artículo 644.

²³ El contrato de seguro en la República Dominicana se encuentra regulado en el Capítulo V de la Ley sobre seguros y fianzas, 146-02, de 9 de setiembre de 2002.

²⁴ El artículo 385 del Código de Comercio cubano dispone que el contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento, y, en su defecto, por las reglas contenidas en el título dedicado al contrato de seguro. Se trata de una réplica del Código de Comercio español de 1885.

²⁵ La regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio contaba con varias disposiciones imperativas como, por ejemplo, los artículos 638, 641, 644 y 653, entre otros. OLIVERA GARCÍA destaca que además de esta circunstancia, indirectamente la autonomía de la voluntad de las partes tiene base constitucional indirecta en los artículos 10 y 36 de la Constitución Nacional. Todo ello sea dicho para rescatar la autonomía de la voluntad como solución de principio. OLIVERA GARCÍA (2014) pp. 310 y 311.

²⁶ En el artículo 645 del Código de Comercio uruguayo se establece lo siguiente: "Toda póliza o contrato de seguro, exceptuando los que se hacen sobre la vida, debe contener:

1°. La fecha del día en que se celebra el contrato.

2°. El nombre de la persona que hace asegurar, sea por su cuenta, o por la ajena.

En la exposición de sus motivos el Poder Ejecutivo no explicó la razón de semejante cambio de orientación. Ciertamente muchos países latinoamericanos siguen la tendencia elegida por el legislador uruguayo. A ello podría agregarse el interés de tutelar al asegurado en el entendido de que generalmente es la parte contractual, no solo económicamente más débil, sino también técnicamente más débil, lo que a nuestro juicio es más importante.

Son harto frecuentes en la literatura del seguro los comentarios sobre la superioridad del asegurador en el conocimiento de la ciencia de la matemática, la probabilidad y la estadística (que son las que permiten determinar la frecuencia de los siniestros de modo de proceder al cálculo de la prima de riesgo), el conocimiento de las técnicas de elaboración de los condicionados y de los cuestionarios de declaración de los riesgos, el dominio de la técnica actuarial de liquidación de los siniestros, entre otros.

Evidentemente el Poder Ejecutivo uruguayo reconoce esta realidad y por esa razón propone armonizar los derechos y deberes de las distintas partes intervinientes en el contrato en función de lo dispuesto en la Ley 17.250, de 11 de agosto de 2000, de Relaciones de consumo.

C. Consecuencias de la infracción del Derecho necesario de la LCS

Las consecuencias de la infracción de las normas imperativas se establecen con carácter general en el artículo 8 del Código Civil uruguayo, norma que declara que lo hecho en contra de las leyes prohibitivas es nulo si en las mismas no se dispone lo contrario. De ello se deriva que por lo general el contrato de seguro no es nulo; solo es nula la cláusula en cuestión, en una suerte de nulidad parcial o relativa consecuencia de la aplicación del principio de la conservación del contrato²⁷. Por tanto, de aprobarse el Proyecto de Ley, las cláusulas contractuales contrarias a la norma imperativa serán nulas y corresponderá aplicar el precepto que las partes quisieron derogar.

En ocasiones la nulidad completa del contrato se justifica en que la cláusula que pretenden inútilmente incorporar las partes, en sustitución de la norma legal, afecta un elemento esencial como el riesgo. Es así como el contrato de seguro es nulo por inexistencia de riesgo, sea porque no

3°. Una designación suficientemente clara de la cosa asegurada, y del valor fijo que tenga o se le atribuya.

4°. La suma por la cual se asegura.

5°. Los riesgos que toma sobre sí el asegurador.

6°. La época en que los riesgos hayan de empezar y acabar para el asegurador.

7°. La prima del seguro, etc.

8°. En general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pudiese ser de interés real para el asegurador, así como todas las demás estipulaciones hechas por las partes”.

²⁷ Díez PICAZO (2007) p. 484.

existe riesgo como presupuesto de asegurabilidad o porque ya ha ocurrido el siniestro al momento de su celebración (art. 14 de la norma proyectada). El contrato también es nulo cuando la cláusula que se desobedece vulnera el orden público. Sería el caso de pretender cobertura para operaciones ilícitas, seguro que está prohibido, al igual que el que ofrece cobertura para bienes cuya posesión es ilícita (art. 5 de la norma proyectada). Por las mismas razones de orden público las partes no pueden autorizar el sobreseguro pues está prohibido celebrar contratos con la intención manifiesta del tomador de enriquecerse indebidamente (art. 57 del Proyecto).

No obstante, insistimos, la nulidad total del contrato de seguro no es el efecto normal. El Proyecto de Ley de Contrato de Seguro sigue la tónica de la Ley 17.250, de 11 de agosto de 2000, de Relaciones de Consumo, que también dispone la solución de la nulidad parcial en el supuesto de las cláusulas abusivas.

De acuerdo al artículo 31 de la Ley referida, la inclusión de una cláusula abusiva confiere al consumidor el derecho a exigir su nulidad, debiendo el juez integrar el contrato. La nulidad completa del contrato solo procede si el juez apreciara que aun con el contenido integrado el contrato carece de causa.

II. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN: LAS CLÁUSULAS MÁS BENEFICIOSAS PARA EL ASEGURADO

La imperatividad de las normas en el Proyecto de Ley de contrato de seguro uruguayo se desvanece en el caso de que se hayan acordado cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado. Se trata de una excepción a la regla general que es la imperatividad de la Ley, excepción que también ha sido redactada en términos genéricos.

La técnica elegida por el legislador no deja de entrañar riesgos por su propia indeterminación, indeterminación que no se verifica en otros regímenes, caso del argentino, italiano y francés, en los que se prefirió establecer cuáles son los preceptos concretos que pueden modificarse a favor del asegurado.

La situación referida obligaría a flexibilizar la interpretación de la cláusula general y de la excepción de modo de atender las circunstancias del caso concreto y de los intereses en juego.

A. Requisitos para que proceda el régimen de excepción

La autonomía de la voluntad para establecer cláusulas beneficiosas en el contrato de seguro tiene sus límites: deben suponer un provecho para el asegurado y deben ser válidas.

1. *Cláusulas beneficiosas*

Para que se desconozca el Derecho imperativo o necesario, las cláusulas en cuestión deben aparejar algún provecho o beneficio para el asegurado. Debe tratarse, en suma, de cláusulas que mejoren su posición jurídica en la relación contractual que mantiene con el asegurador.

¿Cómo puede interpretarse una mejoría en la posición contractual? Pues puede tratarse de cláusulas que amplíen sus derechos o puede tratarse de cláusulas que alivien sus deberes y obligaciones. Pensemos, por ejemplo, en cláusulas que le otorguen mayores plazos para efectuar las comunicaciones de rigor, o las que le concedan mejores condiciones para realizar los pagos de las primas, las que le otorguen servicios adicionales, o las que presuman conductas que le favorezcan.

Las cláusulas más beneficiosas, cuando justamente amplían los derechos del asegurado, entran en franca colisión con las denominadas *cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*, que encuentran regulación en el artículo 26 del Proyecto de Ley.

Esta norma dispone que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados o de los beneficiarios, las que restringen o limitan la cobertura en principio contratada, las que liberan de su obligación al asegurador por incumplimiento del asegurado o beneficiarios, las referidas a la inobservancia de cargas por parte de estos o las que delimitan o concretan el riesgo asegurado, se destacarán de modo especial en la póliza. Quiere decir que las cláusulas más beneficiosas que permiten desconocer el Derecho imperativo puede ser el derivado de la cláusula limitativa, en tanto este restrinja los derechos del asegurado y la cláusula más beneficiosa los amplíe, aunque, una vez más, el contenido de los beneficios no tiene por qué circunscribirse a este caso²⁸.

Corresponde preguntarse si el sujeto favorecido con tales cláusulas ha de ser, necesariamente el asegurado, comprendido en su sentido estricto como titular del interés asegurable (esto es, quien padece el riesgo), o si, por el contrario, la expresión legal debe ser entendida en su sentido amplio, comprensivo también del tomador, del beneficiario y de los terceros que eventualmente pudieran llegar a tener un interés legítimo contra el asegurador, siendo que a todos ellos alcanzan los efectos del contrato de seguro. Parecería que debe interpretarse en su sentido amplio dado que, generalmente, es en la persona del asegurado en la que se concentran los efectos del contrato²⁹.

²⁸ SÁNCHEZ CALERO (2010a) p. 64.

²⁹ MENÉNDEZ-MENÉNDEZ (1982) p. 124.

2. Cláusulas válidas

Corresponde distinguir la cláusula válida de la cláusula beneficiosa pues una cláusula que exonerara el pago de la prima al asegurado sería más beneficiosa, sin duda, pero sería inválida pues no existe contrato de seguro al faltar uno de sus elementos esenciales tal cual es el pago de la prima³⁰.

El artículo 2 del Proyecto de Ley define al contrato de seguro como aquel por el cual el asegurador se obliga mediante el cobro de un premio a resarcir al tomador, al asegurado o a un tercero, dentro de los límites pactados, los daños, pérdidas o la privación de un lucro esperado, o a pagar un capital, servir una renta o cumplir otras prestaciones convenidas entre las partes; para el caso de ocurrencia del evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura.

De la misma forma, no son válidas las cláusulas que, aun beneficiando al asegurado, desnaturalicen el contrato. Ello puede fundarse en la expresión «Sin perjuicio» con la que comienza el legislador el segundo párrafo del artículo primero y que obliga a una interpretación cuidadosa que atienda sobre todo al interés asegurable, cuya función en los seguros de daños distingue al seguro de otros contratos como la apuesta.

No puede aceptarse, por tanto, una cláusula que prometa al asegurado una indemnización superior al valor de su interés asegurado³¹. En el Derecho proyectado (art. 54), el asegurador solo habrá de resarcir, en el modo y dentro de los límites establecidos en el contrato, el daño efectivamente sufrido como consecuencia del siniestro, sin incluir el lucro cesante, salvo cuando haya sido expresamente convenido. Esta norma será indisponible para las partes, pues allí se asienta el principio indemnizatorio que gobierna los seguros de daños patrimoniales. La norma declara que el seguro no puede dar lugar a ganancia o enriquecimiento de especie alguna para el tomador o beneficiario y que el límite máximo de indemnización a pagar por el asegurador por los siniestros y hechos ocurridos durante la vigencia del contrato será el convenido en la póliza. No puede existir, entonces, una cláusula más beneficiosa que quiebre este precepto.

Para mayor refuerzo, el artículo 55 del Proyecto establece qué sucede si se verifica una situación de sobreseguero, esto es, si al tiempo del siniestro el valor asegurado excede el valor asegurable. En este caso el asegurador solo viene obligado a resarcir el perjuicio efectivamente sufrido, no obstante lo cual tiene derecho a percibir la totalidad del premio mediando buena fe de su parte.

³⁰ SÁNCHEZ CALERO (2010a) p. 66.

³¹ MENÉNDEZ-MENÉNDEZ (1982) p. 128.

El sobreseguro, que no es otra cosa que el resarcimiento superior al daño efectivamente ocasionado por el siniestro, siempre ha sido un límite a la autonomía de la voluntad de las partes en el entendido de que debe prohibirse que el seguro sea utilizado como una herramienta especulativa. Permitirlo supondría degenerar el contrato en apuesta ya que el asegurado puede verse tentado a producir el evento dañoso o cuando menos aumentar las probabilidades de su realización al dejar de tomar las debidas precauciones para evitarlo³².

Tampoco puede disponerse del Derecho imperativo cuando las normas son de orden público. Así, las partes no pueden beneficiarse del siniestro causado fraudulentamente por el asegurado, lo que se encuentra plasmado en el artículo 38 del Proyecto de Ley. De la misma manera, no pueden derogar el artículo 101 y favorecer al beneficiario que provoca deliberadamente la muerte del asegurado con un acto ilícito, o al tomador o al asegurado que en las coberturas de accidentes provoca dolosamente el siniestro. Otro tanto ocurre en el caso del beneficiario del seguro contratado sobre la vida de un tercero cuya muerte ha sido deliberadamente provocada por un acto ilícito del tomador. Todas estas normas ya se encuentran en el Código de Comercio vigente.

B. Consecuencias del régimen de excepción

El artículo primero del Proyecto de Ley declara que sus preceptos son de orden público pero que, sin perjuicio de ello, serán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado. De modo que en tanto y en cuanto las cláusulas sean válidas y contengan efectivos beneficios para el asegurado, corresponde interpretar que derogan el Derecho necesario impuesto por el legislador.

Estas normas dispositivas tienen, igual que las imperativas, un alcance preciso que viene determinado por su pretensión de ordenar la relación contractual. En este sentido, se afirma, son tan obligatorias como las imperativas y no se conciben simplemente como un conjunto de normas dictadas para el mero auxilio del desmemoriado. Por el contrario, su función es ordenar los intereses de las partes³³.

CONCLUSIÓN

La elección del modelo seguido por el legislador del Proyecto de Ley de Contrato de Seguro es muy opinable y ha sido objeto de profundos cuestionamientos. La declaración de imperatividad de la Ley fue motivo de observaciones en la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General

³² GARRIGUES (1982) pp. 188 y 189; SÁNCHEZ CALERO (2010b) p. 682.

³³ SÁNCHEZ CALERO (2010a) pp. 62 y 67.

y Administración por parte de los diversos sectores invitados a opinar sobre el Proyecto de Ley de Contrato de Seguro. La Asociación Internacional de Derecho de Seguros entendió que lo más oportuno era adoptar una posición intermedia, de forma de considerar como orden público solo lo relativo a la naturaleza y esencia del contrato de seguros, a sus bases económicas y técnicas y a los diferentes plazos establecidos, siendo válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado. Los demás aspectos del contrato deberían quedar sujetos al principio de la autonomía de la voluntad de las partes (sesión del 27 de agosto de 2014). El Instituto de Derecho Comercial de la Universidad de la República sostuvo la defensa del principio de la autonomía de la voluntad y entendió que la declaración de orden público solo puede aplicarse a los capítulos I a VI y al capítulo X del proyecto de Ley, o cuando se verifica una relación de consumo, pero que en otras circunstancias tal declaración de principio carece de fundamento. Sugirió la eliminación de la declaración de imperatividad de dicho artículo. A la misma crítica se sumó la Universidad Católica del Uruguay y la Universidad de Montevideo (sesión del 13 de agosto de 2014). La Asociación Uruguaya de Empresas Aseguradoras no realizó comentarios sobre este artículo (sesión del 30 de julio de 2014).

Más allá de lo opinable que pueda resultar la elección del modelo, lo que debe resaltarse es que no se ha exceptuado al reaseguro del régimen de imperatividad de la Ley y ello es ciertamente objetable, como lo ha señalado con fundamento OLIVERA GARCÍA, desde que las razones que alientan la existencia de un Derecho necesario, tal cual es la defensa de la parte débil en la relación negocial del seguro, no existen en el contrato de reaseguro por tratarse de dos aseguradores³⁴. No puede decirse lo mismo, en cambio, del empresario, pues el hecho de constituirse en empresa y aunque ello suponga profesionalidad, no implica que conozca las bases económicas y técnicas de producción del seguro.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO, L. (2007): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Volumen 1 (Cizur Menor-Navarra, Civitas, sexta edición).
- GARRIGUES, J. (1982): *Contrato de seguro terrestre* (Madrid, Aguirre Torre, segunda edición).
- MENÉNDEZ-MENÉNDEZ, A. (1982): "Preliminar", en: VERDERA Y TUELL (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Volumen I (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros).
- RÍOS OSSA, Roberto (2014): "La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el ordenamiento jurídico chileno y el control de contenido del contrato: ¿cambio radical en el sistema de aseguramiento?", en *Estudios*

³⁴ OLIVERA GARCÍA, op. cit., p. 314.

de Derecho Comercial. Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013 (edit. Eduardo Jequier Lehuedé), Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, pp. 43-60.

- OLIVERA GARCÍA, R. (2014): “Contrato de seguro y autonomía de la voluntad”, en *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho comercial* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2010a): “Aplicación de la Ley”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Cizur Menor - Navarra, Aranzadi, cuarta edición).
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2010b): “Sobresseguro”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, cuarta edición).

II. Estudios de Derecho comparado

LA EXCLUSIÓN DE LOS GRANDES RIESGOS DE LOS BENEFICIOS DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO EN EL PERÚ: EL PRINCIPIO DE REALIDAD*

ALONSO NÚÑEZ DEL PRADO SIMONS**

Para empezar quiero recordar una vez más el carácter mutuo de los seguros, en estos tiempos con frecuencia relegado. En realidad las aseguradoras son administradoras de los fondos a los que aportan los asegurados y que sirven para pagar las pérdidas o siniestros de algunos de ellos, pero no es que el asegurador indemnice, por decirlo coloquialmente, ‘con su plata’, sino con la de todos los otros asegurados, obviamente, subdivididos por riesgos y clases de seguros. Lamentablemente este concepto básico del sistema ha sido hoy olvidado por la estructura legal de organización de las compañías de seguros como sociedades anónimas que hace parecer que son propietarias del dinero que como dije solo administran. Hay que tener presente que ese es el fundamento y la razón de que el sistema asegurador esté supervisado en todas partes del mundo. Las aseguradoras administran dinero del público y tienen que hacerlo responsablemente y de acuerdo ley.

Salvo el caso de Chile en ningún otro país de Latinoamérica se separa a los “grandes riesgos” de la aplicación de la Ley de contrato de seguro. Las legislaciones europeas lo han hecho porque la Directiva de Solvencia II de la Unión Europea los ha obligado. Obviamente, allá el número de ‘grandes riesgos’ es bastante mayor y muchos de estos son incluso propietarios de aseguradoras cautivas.

Cabe entonces preguntarnos ¿por qué en algunas legislaciones se excluyen los “grandes riesgos” de la aplicación y beneficios de las respectivas leyes de contrato de seguro? La respuesta es bastante obvia, en esos casos

* Esta es la Conferencia que el 10 de abril de 2015 dictó el autor en el Congreso del *Comité Ibero-Latinoamericano (CILA)* de la *Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA)* en La Habana, Cuba.

** Abogado. Cursó el Magíster en Derecho de la Integración y el de Derecho Constitucional, es Master of Business Administration (MBA) por el *College of Insurance* de Nueva York, graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, en que también cursó el Magíster. Es fundador y Director Ejecutivo del “*Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno*”. Profesor universitario, árbitro y conferencista internacional. Publica habitualmente en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Asimismo, es presidente de la “*Asociación Peruana de Derecho de Seguros*”, Capítulo de AIDA en el Perú y director de varias entidades del sistema asegurador.

la evidente asimetría entre las partes no existe o por lo menos no es tan acentuada como con los demás asegurados, sean estas personas naturales o empresas. La razón por la que en la mayor parte de países se regula el contrato de seguro es como acabamos de señalar por el desequilibrio que se da entre asegurado y asegurador al celebrarse el contrato. Mientras el segundo es un experto en el negocio, el primero no lo conoce suficientemente, además que el último redacta el contrato (y lo va modificando y 'adecuando' en el tiempo acorde con su experiencia y conveniencia). Carece de sustento afirmar que el monto de los activos asegurados, la asesoría de brókeres y corredores de seguros, sean del nivel que fueran, ni contar con un departamento de administración de riesgos consigan equilibrar la asimetría existente en el contrato de seguros como lo demuestra el hecho de que en la inmensa mayoría de casos las pólizas de empresas importantes estén sometidas a los textos redactados por el asegurador y estas no puedan lograr modificaciones significativas. Aunque lo que acabo de afirmar es válido en cualquier parte del mundo, lo es en especial en el Perú, debido al oligopolio existente en que dos compañías controlan la mayor parte del mercado. En nuestro país son verdaderamente muy pocas las empresas que pueden negociar 'de igual a igual' con las aseguradoras y lograr que las primeras modifiquen los textos prerredactados por las últimas.

De otro lado, muchas de las normas que regulan el contrato de seguros –que se conocen en la doctrina argentina como indisponibles (artículo 158 de la Ley 17418)– son aplicables a los 'grandes riesgos', porque estos también contratan pólizas que tienen esa condición y una exclusión tan radical carece de sustento. **Resulta más conveniente un 'control difuso' y que en caso de litigio sea el juez o el árbitro el que determine qué partes de la ley de contrato de seguro son aplicables a los 'grandes riesgos'** en vez de excluirlos de plano con las consecuentes desventajas que resultan de que sea una cantidad o monto establecido por el organismo supervisor el que determine cuándo el contrato está dentro del campo de aplicación de la norma. Creo que es un hecho comprobado que por este último camino resultan excluyéndose casos en los que el asegurado no ha tenido ninguna capacidad de negociación y por el contrario se ha visto obligado a aceptar las condiciones y textos prerredactados por el asegurador, es decir que el contrato ha continuado siendo por adhesión, y tal cosa es injusta e inaceptable. El enorme poder que tienen las compañías de seguros en el mundo presiona permanentemente para evitar la regulación, tanto que en el Perú algunos funcionarios de compañías de seguros y abogados supuestamente expertos en el tema llegaron a sostener públicamente durante el proceso de aprobación de la Ley de contrato de seguro (29.946), incluso en el Congreso de la República, que no era necesaria, aunque nunca pudieron responder a la contra pregunta: ¿Entonces, por qué los demás países la tienen?

Respecto a normativas el caso de Chile es un ejemplo patético, ya que allá se considera como ‘gran riesgo’ a la empresa que pague una prima superior a 200 unidades de fomento, es decir alrededor de US\$ 7,200.00. Considero evidente que una empresa que pague, por ejemplo, US\$ 10,000.00 de prima no pueda ser considerada como gran riesgo. Para hablar de un mercado que conozco y que no debe ser muy diferente en este aspecto al chileno, si en el Perú habláramos de primas tendríamos que pensar en un mínimo de US\$ 5 millones. Recién con una prima anual de ese volumen la empresa asegurada está en capacidad de negociar en igualdad de condiciones con la aseguradora. Lo expuesto solo demuestra la gran influencia que tienen en Chile los aseguradores para haber logrado el límite indicado y que es lo que se pretende lograr aquí en el Perú y que a todas luces sería un gran abuso.

1. La directiva europea de Solvencia II (Art. 13, N° 27) que es a la que se ha adecuado España y los demás países miembros es bastante más exigente. El límite es un balance de 6.2 millones de euros, un volumen de ventas de 12.8 millones de euros y un mínimo de 250 empleados. El asegurado tiene que exceder por lo menos de dos de estos criterios para ser considerado ‘gran riesgo’. En esos casos la legislación del viejo continente permite pactar incluso el sometimiento a una legislación diferente a la del domicilio de la empresa asegurada, lo que muestra que está pensada para las grandes transnacionales y sus aseguradoras cautivas, pero de ninguna manera para las empresas que paguen más de US\$ 7,200.00. La razón por la que las legislaciones europeas han incorporado el concepto de ‘Grandes riesgos’ es para permitir que las empresas que están incluidas en esa definición¹ (límites mucho más exigentes que los que ha fijado Chile) puedan escoger la legislación que se les aplica. En otras palabras la razón es más bien comunitaria, es decir para facilitar la negociaciones entre empresas que tienen domicilios en diferentes países de la Unión Europea. Las diferentes leyes europeas que han incorporado el concepto no excluyen a los “Grandes riesgos” de la aplicación de la ley, sino que le permiten adecuarse a otra. Transcribo a continuación lo expresado por el profesor de la Universidad de Milán, Pierpaolo Marano:

¹ La directiva europea de Solvencia II (Art. 13, N° 27) que es a la que se han tenido que adecuar España y los demás países miembros es bastante más exigente que la que han impuesto los aseguradores en Chile. El límite es un balance de 6.2 millones de euros, un volumen de ventas de 12.8 millones de euros y un mínimo de 250 empleados. El asegurado tiene que exceder por lo menos de dos de estos criterios para ser considerado “gran riesgo”, pero el resultado no es que ya no se está regulando por la ley de contrato de seguro, sino que se puede escoger otra jurisdicción.

“Mass risks, i.e. risks other than large risks, are the risks which consumers are exposed to. Therefore, their need of protection is higher than customers who “buy” the protection against large risks.

The rules, which apply to mass risks, try to allocate the jurisdiction close to the consumer. While the rules on large risks are more oriented to the “free choice” by the parties involved.

The distinction between mass risks and large risks is “conventional”, i.e. all the EU Member States agreed on such a distinction.

EU regulation on conflicts of law includes all the insurance contracts”².

Antes que la Ley de contrato de seguro entrara en vigencia en el Perú, algunos de los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto por encargo del Congreso, vimos con estupor que en un laudo eminentes abogados –no muy conocedores de la industria– sostuvieron que la participación de un bróker o corredor de seguros equilibraba el contrato hasta el punto de que ya no podía tenerse como celebrado por adhesión, cuando en el caso que resolvían todo el texto y cláusulas adicionales no habían sufrido modificación y eran las prerredactadas por el asegurador. En otras palabras, no tuvieron claro cuándo un contrato es por adhesión.

En un claro intento de retroceder lo andado, en el Congreso de la República se preparó un Anteproyecto (Juan Carlos Eguren) que pretendía modificar la Ley de contrato de seguro (29.946) que fue promulgada el 27 de noviembre de 2012 y que entró en vigencia el 26 de mayo de 2013, es decir que todavía no ha cumplido dos años de aplicación. El Anteproyecto, que felizmente no obtuvo el consenso de la bancada, sostenía que el texto actual (Artículo III) era insuficiente porque no excluía de la aplicación de la norma a los ‘grandes riesgos’, y con esta disculpa se pretendía contrabandar la limitación de la aplicación de la norma solo a personas naturales y micro y pequeñas empresas (MYPES), pero no a las medianas y más grandes, estableciendo un monto (activos o primas) que fijaría el ente supervisor a partir del cual la ley no se aplicaría.

² Mensaje electrónico que me enviara el día 6 de agosto de 2015. Traducido al español sería: Los riesgos masivos, por ejemplo los riesgos diferentes a los grandes riesgos, son los riesgos a los que están expuestos los consumidores. En consecuencia, su necesidad de protección es mayor que los consumidores que “compran” la protección contra grandes riesgos. Las reglas que se aplican a los riesgos masivos, intentan fijar la jurisdicción más cercana al consumidor. Mientras que las reglas en grandes riesgos están orientadas a que las partes involucradas la escojan. La distinción entre riesgos masivos y grandes riesgos es “convencional”. Por ejemplo todos los Estados miembros de la Unión Europea aceptaron esa distinción. La regulación de la Unión Europea en conflictos de leyes incluye todos los contratos de seguros.

En ningún país la Ley de contrato de seguro está expresamente limitada a amparar solo a las personas naturales y a las MYPES, como ocurre, parcialmente, con nuestro Código de Protección al Consumidor que en verdad incluye a empresas más grandes siempre que se adecuen a la definición de consumidor³.

La argumentación que usan resulta engañosa. Afirman que a las empresas que se excluiría serían a las denominadas ‘grandes riesgos’ que supuestamente tienen la capacidad de negociar de igual a igual con las aseguradoras, sin embargo, como ha ocurrido en Chile, el monto resulta siendo pequeño y se excluye de los beneficios de protección de la ley a un importante número de firmas que en realidad no tienen ninguna posibilidad de negociar con las aseguradoras en igualdad de condiciones y no les queda más remedio que aceptar sus imposiciones, más en un mercado como el peruano donde hay dos empresas que lo dominan.

Cuando fue consultada por el Congreso antes de la aprobación y promulgación de la mencionada ley, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) –copiando la ley española, como lo hizo en la mayor parte de sus sugerencias– había propuesto la exclusión de los ‘grandes riesgos’ del campo de aplicación de la ley, pero en la Comisión que redactó el Proyecto optamos por una alternativa diferente, por la enorme influencia que tienen los aseguradores en esta institución en el Perú, y que probablemente resultaría en límites muy bajos –como ocurre en el país del sur– que además no se actualizarían oportunamente, terminando por excluir a un importante número de negocios asegurados de los beneficios de la ley.

La solución escogida por la Ley 29.946 es remitirse a las pólizas, ya que los otros criterios, como el volumen de activos, montos de primas o número de empleados, pueden ser engañosos. Entonces cuando se pregunta ¿con qué criterio se haría el ‘control difuso’ respecto de los grandes riesgos?, la respuesta es que –como lo establece el artículo III de la Ley 29946– **el criterio es el texto de la póliza (‘wording’ en inglés).** Si este es el redactado por el asegurador, significa que el contrato se ha realizado por adhesión y tiene que tener todas las protecciones de la ley. Si por el contrario contiene cambios, el juez o árbitro tendrá que decidir sobre la importancia de estos y resolver hasta dónde corresponde considerar el contrato como de adhesión y por tal también hasta dónde debe contar con las pro-

³ **1. Consumidores o usuarios** 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. (Artículo IV.- Definiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, LEY 29571)

tecciones de la ley. **Este camino evita que haya sociedades que resulten no amparadas por la ley, pero que en la realidad no estén en capacidad de cambiar ni una coma del contrato redactado por el asegurador.**

A pesar de que se ha explicado públicamente la forma de limitar la aplicación de nuestra ley a los ‘grandes riesgos’, los aseguradores consiguieron que la SBS apoyara mediante un oficio el Anteproyecto de excluirlos totalmente mediante una norma modificatoria que, felizmente como he señalado, no prosperó ni siquiera en la bancada del congresista que la promovía y que por ahora ha quedado en nada, aunque no tengo duda que las compañías insistirán y de no conseguirlo intentarán pasarla por algún otro canal.

Teniendo en cuenta que tal como quedó al final la ley en el Perú salvo en los seguros personales, obligatorios y masivos las pólizas son redactadas y también modificadas por las aseguradoras solo registrándolas en la SBS, en la Comisión consideramos que la mejor manera de afrontar el problema era la que he expuesto y que materializamos en el ya mencionado artículo III de las Disposiciones Generales (Título I) de la Ley 29.946 donde establecimos que:

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

Como se puede ver en vez de guiarnos por el balance, volumen de ventas, número de empleados, sumas aseguradas o primas esta alternativa se remite a la realidad, el texto objetivo de la póliza. En él se puede ver si efectivamente el asegurado (empresa grande o pequeña) ha sido capaz de negociar de igual a igual con la compañía y cambiar el condicionado prerredactado por la aseguradora. En otras palabras, por este camino no hay duda y en el caso de que el asegurador sostenga que el asegurado ‘negoció de igual a igual’ tiene que demostrarlo con las modificaciones que logró al redactar el contrato. En el Perú, como ya he indicado, las empresas que logran que las aseguradoras cambien los términos prerredactados se pueden contar con los dedos de la mano y en esos casos les resultará muy fácil demostrarlo. Conviene dejar claro que es usual que se incluyan ‘cláusulas’ que modifican las ‘condiciones generales’, pero con las condiciones especiales también prerredactadas por la compañía, aunque a veces estas aceptan pequeñas modificaciones que son los textos preparados por los grandes corredores para todos sus clientes y que buscan diferenciarlos. Como es de suponer tampoco las ‘condiciones particulares’ (nombre y suma asegurados, etc.) que individualizan el riesgo, pueden considerarse como importantes modificaciones que le quiten la calidad de contrato por adhesión a una póliza.

Consideramos que este camino constituía una mejor opción legislativa porque además no excluye a los “grandes riesgos” de la aplicación de ley, sino que solo aligera la “*interpretación contra stipulatorem*” y deja a criterio del juez o árbitro la decisión de cómo aplica los beneficios de la norma, además de que permite separar las cláusulas ‘negociadas’ de las ‘prerredactadas’ y no excluir de los beneficios de la ley a un asegurado que eventualmente pudo haber logrado pactar alguna cláusula aislada o que, de haberse optado por el otro camino, excediera los límites fijados por la institución supervisora, aun cuando no hubiera tenido ninguna posibilidad de negociar los términos y condiciones de su póliza. Tiene también la virtud de separar las diferentes pólizas en un mismo cliente, ya que este podría tener pólizas en los que ha logrado negociar ‘de igual a igual’, pero otras en que esto ha sido imposible por las condiciones del mercado.

Como era de suponer, la opción que escogimos en la Comisión no es del agrado de los aseguradores y por eso están intentando hacer modificaciones. Al final el problema es que la nueva ley les ha restado poder y ahora ya no pueden hacer y deshacer como antes, sino que tienen que someterse a algunas reglas que, afortunadamente, son protectoras del asegurado porque, como he indicado y todos sabemos, el contrato de seguro es asimétrico. Una de las partes es la que conoce del negocio y la que redacta el contrato. Además, con el tiempo lo va ‘afinando’ y haciendo exclusiones y creando restricciones que muchas veces reducen los límites de cobertura.

Otro argumento que las aseguradoras han esgrimido es la dificultad que les causa la Ley 29.946 en la negociación de reaseguros. Cabe preguntarles ¿por qué los demás países latinoamericanos no tienen ese problema?, y ¿por qué los europeos –que tienen leyes más protectoras de los asegurados que la nuestra– tampoco los tienen? En la industria hay que entender a los reaseguradores como proveedores de las aseguradoras; en consecuencia el público, es decir los asegurados, no tiene por qué ser afectado por las condiciones que estas consigan. Esa es la razón por la que el artículo 322 de la Ley 26.702 General del Sistema Financiero y orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP’s (SBS) establece que existe completa independencia entre los contratos de seguros y reaseguros. De otro lado, es relevante recordar que, salvo excepciones, los reaseguradores se someten a las leyes de los países de las compañías que reaseguran; es más, hay casos (Ejem. Brasil) en los que por ley los propios contratos de reaseguro están sometidos a la jurisdicción y las leyes del país del domicilio de la compañía reasegurada. Algo que resulta incómodo en reaseguros –y que las aseguradoras locales hacen lo posible por evitar y casi nunca aceptan– es que el reasegurador imponga una jurisdicción y legislación extranjeras para el contrato, lo que obliga a que en caso de conflicto la aseguradora tenga que ir a litigar en otro país. Esto pudo evitarse si se hubiera incluido en la ley el artículo que obligaba a que los contratos de reaseguros

estuvieran sometidos a la ley y jueces peruanos, pero que fue eliminado porque la SBS, equivocadamente, creía que la mayor parte de contratos facultativos están sujetos a leyes y tribunales extranjeros, cuando esto, más bien, rara vez ocurre⁴.

⁴ He consultado personalmente con los principales brókeres de reaseguros (Marsh, Aon, JLT, Guy Carpenter, Willis, etc.) y lo han confirmado.

LA INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA Y LA DEFENSA DEL ASEGURADOR EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO IBERO-LATINOAMERICANO

GABRIEL JAIME VIVAS DÍEZ*

I. MARCO JURÍDICO DEL ESTUDIO COMPARATIVO

El presente documento es el resultado final de una investigación de derecho comparado que ha venido siendo realizada directamente por quien la presenta y que en su primera etapa (análisis comparativo de 11 países) fue presentada en el Marco de la reunión del Grupo de Trabajo del Seguro de Responsabilidad Civil durante el XIV Congreso Mundial de AIDA¹ en la ciudad de Roma - Italia, en el segundo semestre de 2014.

* Abogado. Egresado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en Bogotá (Colombia), con Especialización en Derecho Financiero del mismo Claustro y Especialización y Maestría en Derecho de Seguros y en Reaseguro de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), así como Máster Internacional en Seguros y Gerencia de Riesgos en la Fundación Mapfre Estudios en España y la Universidad de Salamanca (España). Con experiencia laboral en entidades como la Federación de Aseguradores Colombianos - FASECOLDA como subdirector Jurídico; Aon Risk Services, Corredores de Seguros como gerente de Líneas Financieras y gerente de Negocios Estatales; gerente de Líneas Financieras de Aig México Seguros (Mexico D.F.). Coordinador del Grupo de Trabajo sobre Seguros de Responsabilidad del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA - CILA.

Con especial conocimiento en materia de líneas financieras (BBB e IRF, D&O, Servidores Públicos, Responsabilidad Civil Profesional y los denominados seguros de riesgos cibernéticos). Profesor de pregrado, posgrado y Diplomados en Argentina, Chile y Colombia en las universidades Rosario, Javeriana, EAN, Norte de Barraquilla, Externado, EAFIT, Universidad de Buenos Aires, Escuela de Seguros de Chile y, asimismo, en el Instituto Nacional de Seguros la Asociación Colombiana de Técnicos en Reaseguro y la Asociación Cavelier del Derecho. Conferencista invitado en varias compañías de seguros, congresos y seminarios en Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua, México, Uruguay, Panamá y Roma (dentro del marco del Congreso Mundial de AIDA 2014, en temas relacionados con líneas financieras, legislación comparada de contrato de seguro, seguros de responsabilidad civil y protección al consumidor en la actividad aseguradora.

Actualmente abogado independiente, consultor del sector asegurador y reasegurador, tanto en el ámbito jurídico como en el técnico y coordinador para Ibero-Latinoamérica (CILA) del Grupo de Trabajo sobre Seguro de responsabilidad Civil Asociación internacional de empresas de Seguros (AIDA).

¹ Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA, por su sigla en francés "Association Internationale de Droit des Assurances".

Es importante recordar que el estudio comparativo tomó como referencia y punto de partida el cuestionario propuesto a las distintas secciones nacionales para el encuentro global antes mencionado pero que la investigación correspondiente se inició en forma previa a obtener las respuestas remitidas en su momento por algunas de las secciones nacionales pertenecientes a CILA las cuales fueron tomadas en cuenta para corroborar o complementar los vacíos normativos pero cuyo contenido completo y exacto no se incluyó en trabajo ya que incluso, en algunos casos no fue compartido en su totalidad.

En esta oportunidad, y especialmente con ocasión de la realización del XIV Congreso del Comité Iberoamericano de AIDA –CILA– en La Habana - Cuba, el análisis comparativo fue objeto de complementación incluyendo la legislación de aquellos países de la región de las que, bien por no tener Sección nacional o porque su participación en el CILA no es activa, no se obtuvo inicialmente información y fue necesario realizar una labor de búsqueda mucho más profunda y prolongada. Así las cosas, se agregaron para esta segunda etapa: Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Portugal, República Dominicana y Venezuela.

Es conveniente en poner de presente también que se tuvieron como base conceptual para la realización de este estudio, las siguientes regulaciones nacionales relativas al contrato de seguro y, en particular, al seguro de responsabilidad civil:

- **Argentina:** Ley N° 17.418 Sección XI, Arts. 109 a 120.
- **Bolivia:** Código de Comercio, Sección IV, Arts. 1087 a 1093.
- **Brasil:** Código Civil, Arts. 787 y 788.
- **Chile:** Ley 20.667, Arts. 570 a 574.
- **Colombia:** Código de Comercio, Arts. 1127 a 1133.
- **Costa Rica:** Ley Reguladora del C. de Seguro N° 8956 Sección IV Arts. 83 a 89.
- **Cuba:** Decreto Ley N° 263 de 2008, Arts. 85 a 97.
- **Ecuador:** Decreto Supremo 1147 de 1963, Arts. 50 a 55.
- **El Salvador:** Código de Comercio, Arts. 1428 a 1432.
- **España:** Ley 50 de 1980, Sección Octava, Arts. 73 a 76.
- **Guatemala:** Código de Comercio, Arts. 986 a 989.
- **Honduras:** Código de Comercio, Arts. 1209 a 1214.
- **México:** Ley de contrato de seguro, Capítulo V, Arts. 145 a 150.

- **Nicaragua:** No se tienen normas para el Seguro de Responsabilidad civil en el Código de Comercio. Existe regulación del seguro de responsabilidad civil para vehículos de acuerdo con la Ley 431 de 13 de febrero de 2014.
- **Panamá:** no tiene regulación específica para el Seguro de Responsabilidad Civil dentro de las normas que rigen el contrato de seguro (Código de Comercio arts. 994 a 1071) o a la actividad aseguradora (Ley 12 de 2012).
- **Paraguay:** Código Civil Parágrafo XI Art. 1644 al Art. 1654.
- **Perú:** Ley 29.946, De Contrato de Seguro, Arts. 105 a 112.
- **Portugal:** Decreto-Lei 72 2008, Arts. 137 a 148.
- **Uruguay:** No tiene regulación general del contrato de Seguro de Responsabilidad civil pero sí para el seguro obligatorio de automotores (SOA - Ley 18.412) y el seguro de transporte colectivo de pasajeros (Ley 15.851).
- **República Dominicana:** Ley 146-02 de 2002. No tiene normas específicas para el seguro de responsabilidad civil pero sí para el Seguro obligatorio de Vehículos.
- **Venezuela:** No tiene regulación general para el seguro de responsabilidad civil dentro de las normas generales que rigen el contrato de Seguro, Decreto 1505 de 2001. Se utilizan referencias específicas a la Ley de Actividad Aseguradora de 2010.

Tal como se evidencia en el listado anterior, para algunos países, ante la ausencia de regulación específica para los seguros de responsabilidad civil de forma general, se tuvieron en cuenta algunos casos especiales de seguros de responsabilidad civil en ámbitos específicos como el de automóviles.

Finalmente, no sobra advertir que no desconocemos que muchas de las conclusiones expuestas podrían ser modalizadas, modificadas y, por qué no, cuestionadas, según la práctica del mercado en cada país pero, en este caso, nos atuvimos al contenido y alcance de los textos legales vigentes en cada nación.

Por anticipado ofrecemos disculpas si para el momento de la presentación de este segundo trabajo alguna norma haya podido ser modificada o derogada en cualquiera de las países que hacen parte de él, aspecto que se escapa de nuestro control no obstante el permanente seguimiento que desde el Grupo de Trabajo de Responsabilidad Civil, con la orientación del profesor Osvaldo Contreras, hacemos como parte de nuestra actividad principal.

II. REGISTRO DE ALGUNAS RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

Corresponde registrar y agradecer las respuestas de las siguientes Seccionales Nacionales pertenecientes al CILA las cuales fueron usadas para ratificar o aclarar algunos puntos de la investigación pero que, como ya se mencionó, no se incluyeron en integridad en este trabajo.

- Argentina
- Bolivia
- Brasil
- Chile
- Colombia
- Costa Rica
- Paraguay
- Uruguay

Sea la oportunidad para agradecer en nombre del Grupo de Trabajo sobre Seguro de Responsabilidad Civil del CILA toda la colaboración a las Secciones Nacionales que nos dieron su apoyo y colaboración destinando el tiempo para darnos sus respuestas.

III. EL ANÁLISIS DE LOS TEMAS DE ESTUDIO PLANTEADOS

Las preguntas del cuestionario que sirvieron de guía para realizar la investigación en el ámbito del derecho comparado latinoamericano de derecho comparado son las siguientes:

- a) To whom must the Insurer pay the indemnification covered by the policy?;
- a) ¿A quién debe el asegurador pagar la indemnización cubierta por la póliza de Responsabilidad Civil?

Argentina

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (No hay norma expresa general)

Dispone la Ley 17.418 en su artículo 109 con respecto al concepto del Seguro de Responsabilidad Civil:

“Art. 109. El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

En nuestro concepto, si bien del texto de la norma citada no se desprende claramente la conclusión planteada (pues mantener indemne al asegurado no implica el deber legal de pagarle a uno u otro. Incluso al pagarle a la víctima se estaría cumpliendo la finalidad) la doctrina Argentina así lo indica: El asegurador debe pagar directo al tercero perjudicado

(Domingo López Saavedra²). Al respecto, la Sección argentina de AIDA manifestó: *“Esa garantía de indemnidad hace que sea el propio asegurador quien deba abonar al damnificado que reclame o ejerza una acción judicial que concluya con una condena contra el asegurado, la indemnización cubierta por la póliza de Responsabilidad civil”*.

En el mismo sentido, la Sección argentina de AIDA comenta, con base en la norma citada: *“Esa garantía de indemnidad hace que sea el propio asegurador quien deba abonar al damnificado que reclame o ejerza una acción judicial que concluya con una condena contra el asegurado, la indemnización cubierta por la póliza de Responsabilidad civil”*.

Vale destacar, reforzando la conclusión anterior y por excepción, que el asegurador sí tendrá que pagar directamente al tercero en el caso de los incisos 2 y 3 del artículo 118 cuando el asegurador es llamado en garantía por la víctima.

“Art 118 (...)”

El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

“La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro”. (Destacado fuera de texto original).

Bolivia

R/: AL ASEGURADO O AL PERJUDICADO (Opción establecida por norma expresa)

Resulta indispensable destacar lo previsto por el artículo 1087³ del Código de Comercio de Bolivia a cuyo tenor:

“Artículo 1087.- En el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños sufridos como consecuencia de determinada responsabilidad en que incurra frente a un tercero. La indemnización puede hacerla el asegurador pagando al tercero damnificado, por cuenta del asegurado; las sumas a que este se halle obligado, hasta el límite del monto asegurado...” (Destacado Fuera de Texto original).

² LÓPEZ SAAVEDRA (2009) pp. 216 y 217.

³ Código de Comercio boliviano. Artículo 1087. *“En el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños sufridos como consecuencia de determinada responsabilidad en que incurra frente a un tercero. La indemnización puede hacerla el asegurador pagando al tercero damnificado, por cuenta del asegurado; las sumas a que este se halle obligado, hasta el límite del monto asegurado...”*

De acuerdo con el texto anterior, en Bolivia la normatividad del seguro de responsabilidad civil deja abierta la posibilidad para que el asegurador realice el pago de la indemnización bien al asegurado o directamente al tercero damnificado, caso este último en el cual la compañía de seguros hace el pago por cuenta del asegurado. De acuerdo con la Sección boliviana de AIDA este caso sería el de la acción directa del artículo 1090 del C. de Co.

Brasil

R/: AL ASEGURADO (de forma general) Y AL TERCERO (en seguros obligatorios)

Téngase en cuenta lo previsto por el artículo 787 del Código Civil brasileiro de acuerdo con el cual “*Art. 787: No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro*”. (Destacado fuera de texto original).

Con base en el texto transcrito la Sección brasileira de AIDA observa que: “*El seguro de responsabilidad civil en Brasil tiene carácter indemnizatorio, el pago es siempre al asegurado y no a la víctima, conforme el dispuesto en el artículo 787 del Código Civil brasileño*”⁴.

Al igual que se comentó para Argentina, de la norma trascrita no necesariamente ha de concluirse que la indemnización es pagada al tercero perjudicado pero, acogiendo la opinión de la Sección brasileira, en nuestro concepto ratifica la posición anterior, el hecho que la propia Ley brasileira, por excepción, indique que el pago lo hará el asegurador directamente al tercero perjudicado pero solo en el caso de los seguros obligatorios, tal y como está dispuesto en el inciso 1 del artículo 788 del Código Civil, a cuyo tenor:

“Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.

Así las cosas, si esta es la excepción la regla general perfectamente sería la del pago al asegurado.

Chile

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

La Ley 20.667 de seguros, establece que el artículo 570 del código de comercio, en el tema que nos ocupa, se modifica de la siguiente manera:

⁴ La regla expuesta por la Sección brasileira de AIDA se vería ratificada en nuestro concepto por lo previsto por el artículo 788 que específicamente indica que se pagará directamente al tercero perjudicado pero solo en caso de seguros obligatorios.

“...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”. (Destacado fuera del texto original).

Siendo así las cosas, con fundamento en el texto destacado es posible concluir que en el seguro de responsabilidad civil en Chile la indemnización amparada se debe pagar al tercero que ha sufrido un perjuicio por parte del asegurado.

Colombia

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

Con fundamento en lo previsto en los artículos 1127 del Código de Comercio colombiano la indemnización proveniente del seguro de responsabilidad civil tiene que ser pagada al tercero damnificado, ya que, expresamente se estipula que la finalidad del seguro es resarcir la víctima que ha sufrido el perjuicio del asegurado y asignándole el carácter de beneficiario de la indemnización.

“Artículo 1127.- El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”. (Destacado fuera del texto original).

Costa Rica

R/: AL ASEGURADO O AL PERJUDICADO (Opción establecida por norma expresa)

En forma similar a lo establecido en la legislación boliviana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 8.956 de 2011 por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a *“...responder de las indemnizaciones que deba pagar la persona asegurada a favor de terceros”*, norma que en concordancia con lo previsto por la segunda parte del artículo 88 del mismo estatuto tiene la opción de pagar directamente a la víctima o reembolsar al asegurado.

En efecto, la última de las normas citadas dispone que el asegurador *“...podrá pagarle directamente a ese tercero las indemnizaciones correspondientes”*. (Destacado fuera de texto original).

Cuba

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

Establece el artículo 93 del Decreto Ley 263 de 2008.

“Art.93.- La entidad de seguros cumplirá la obligación de pago, que corre a su cargo, directamente al tercero perjudicado o a través de la entidad estatal designada por la legislación especial, según sea el caso y en los términos convenidos o legalmente establecidos, según corresponda”. (Destacado fuera del texto original).

Es importante destacar que existe una alternativa de pago totalmente excepcional con cualquiera de las legislaciones objeto de estudio en cuanto el pago de la indemnización se pueda hacer a través “...de la entidad estatal designada...” aspectos que no hemos tenido en cuenta para los efectos de este trabajo.

Ecuador

R/: AL ASEGURADO (No hay norma expresa)

En la regulación introducida por la reforma al Código de Comercio ecuatoriano por el Decreto 1147 de 1963 se definió el alcance del seguro de responsabilidad así:

“Art. 50.- En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato”. (Destacado fuera del texto original).

El texto transcrito no permite concluir con certeza a quién se pagaría la indemnización toda vez que únicamente se ocupa de conceptualizar sobre el alcance del seguro pero, esta misma circunstancia y el análisis sistemático de todas las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil en Ecuador, permitiría concluir que, al menos legalmente, la indemnización se pagaría al asegurado toda vez que el artículo 53 del mismo decreto mencionado dispone expresamente que este seguro **no es** “a favor de terceros”.

El Salvador

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

Dispone al respecto, en forma clara, el inciso 1 del artículo 1428 del C. de Comercio salvadoreño:

“Art. 1428.- El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se con-

siderará como beneficiario del seguro desde el momento en que se origine la responsabilidad del asegurado.

En caso de muerte del beneficiario, su derecho a la indemnización se transmitirá a sus herederos, salvo cuando el contrato señale las personas a quienes deba pagarse la indemnización sin necesidad de aceptación de herencia". (Destacado fuera de texto original).

Siendo clara la norma anterior no resulta necesario hacer comentario adicional.

España

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (No hay norma expresa)

En relación con la noción del seguro de responsabilidad civil, indica el inciso primero del artículo 73 de la Ley española:

"Art. 73.- Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

En forma muy similar a lo mencionado para Argentina, si bien no existe en la LEY 50 de 1980 una norma que expresamente lo disponga, la doctrina es clara en considerar que en este seguro la indemnización se paga al tercero-víctima como beneficiario de la misma. Lo anterior, incluso, resulta congruente con el hecho que se concede a ese sujeto acción directa para el cobro de la indemnización como se dejará registrado más adelante.

Guatemala

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

El artículo 986 del Código de Comercio dispone por una parte, de forma general, que el asegurador se obliga a pagar la indemnización que deba el asegurado a terceros y, además en forma específica, que el beneficiario del seguro es la víctima.

En el inciso 2 de la norma citada puede leerse expresamente:

"Art. 986. Seguro contra Responsabilidad Civil.

(...)

El seguro contra la responsabilidad civil atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario desde el momento del siniestro". (Destacado fuera de texto original).

Honduras

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

Al respecto establece expresamente el artículo 1211 del Código de Comercio de Honduras, es forma similar a lo previsto en El Salvador, que el titular del derecho a la indemnización es la víctima, así:

“Art. 1211 El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.

En caso de muerte de este, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesorio, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio. (Destacado fuera de texto original).

México

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa)

El artículo 145 de la ley sobre el contrato de seguro de México, al definir el seguro dispone que la aseguradora “...se obliga hasta el límite de la suma asegurada a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro”, resulta muy claro que el beneficiario es el tercero perjudicado cuando se analiza esta norma en concordancia con el artículo 147 que a su vez dispone:

“El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro...” (Destacado fuera del texto original).

Con fundamento en la norma citada es posible concluir que en virtud de ser el titular del derecho a la indemnización el asegurador tiene que pagarle al tercero la indemnización proveniente del seguro de responsabilidad civil.

Nicaragua

R/: AL PERJUDICADO (pero solo en el caso del seguro obligatorio de vehículos)

Tal como se manifestó al inicio de este trabajo, el Código de Comercio nicaragüense no contiene, dentro de la regulación del contrato de seguro, normas específicas para el seguro de responsabilidad civil. No obstante lo anterior, la Ley 431 de 2014 estableció un seguro obligatorio de responsabilidad civil para automóviles el cual tomamos como referencia para las respuestas de este cuestionario.

En este escenario dispone el inciso 1 del artículo 64 del citado estatuto legal:

“Art. 64 Objetivo del seguro de responsabilidad civil por daños a terceros
El objetivo del Seguro de Responsabilidad Civil por daños a terceros, es proporcionar a estos como beneficiarios finales, la protección y amparo frente a la responsabilidad civil legal del conductor del vehículo automotor declarado responsable del accidente por la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, frente a las eventuales lesiones corporales, incapacidad permanente, parcial o muerte, así como los daños a la propiedad que pueda causarles a los terceros afectados” (Destacado fuera de texto original).

Siendo el tercero perjudicado el beneficiario final del seguro es válido concluir que es la persona destinataria de la indemnización.

Panamá

Al igual que Nicaragua, Panamá no tiene regulación específica para el Seguro de Responsabilidad Civil dentro de las normas que rigen el contrato de seguro (Código de Comercio) o a la actividad aseguradora (Ley 12 de 2012) y tampoco se obtuvo respuesta la cuestionario por parte de la Sección panameña de AIDA por lo que no resulta posible precisar desde el punto de vista legal una respuesta.

Paraguay

R/: AL TERCERO PERJUDICADO

Dispone el artículo 1644 del Código Civil paraguayo:

“Art. 1644. Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar, por el asegurado, cuando este llegue a deber a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”. (Destacado fuera de texto original).

Con base en el texto destacado consideramos que el asegurador debe pagarle al tercero ya que precisamente debe pagar a este todo aquello que el asegurado “llegue a deber” a aquel y paga “en su nombre”.

Así lo ratificó la Sección paraguaya de AIDA.

Perú

R/: AL TERCERO PERJUDICADO (Norma expresa aunque en forma indirecta)

No obstante que del alcance del seguro de responsabilidad civil previsto en el artículo 105 de la Ley 29.946 de 2012 pareciera desprenderse que la indemnización del seguro de Responsabilidad civil se paga al asegurado ya que indica que la aseguradora “...se obliga a mantener indemne al asegurado de cuanto este se debe pagar a un tercero...”, consideramos que en Perú dicho pago debe hacerse al tercero perjudicado toda vez que, con carácter imperativo, se establece en el inciso final del artículo 109 del mismo estatuto normativo que:

“Son nulas las cláusulas de reembolso según las cuales la obligación principal del asegurador únicamente consiste en reembolsar al asegurado una vez que este haya asumido y pagado los daños.” (Destacado fuera del texto original).

Portugal

R/: AL ASEGURADO O AL PERJUDICADO (Opción establecida por norma expresa diferenciando: Según haya pacto contractual de acción directa en el seguro de Responsabilidad Civil en general y en todos los casos si se trata de seguro obligatorio)

De forma general no existe una norma que expresamente defina quién es el destinatario de la indemnización: el asegurado o el perjudicado.

Ahora bien, con base en lo dispuesto en el artículo 137 del “Decreto Lei” 72 de 2008, podría concluirse, sin excluir debate al respecto, que el destinatario de la indemnización es el asegurado ya que se indica que el seguro de responsabilidad civil cubre el nacimiento de la obligación en el patrimonio del asegurado de su obligación de indemnizar a terceros, así:

“Art. 137.º Noção

No seguro de responsabilidade civil, o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiro”

No obstante lo anteriormente dicho, es importante tener en cuenta que dentro de las normas que regulan la “Defensa Jurídica” dispone la Ley portuguesa que el lesionado puede tener el derecho a demandar “directamente” al asegurador (por excepción) cuando así se pacte expresamente en el contrato de seguro⁵, caso en el cual, teniendo la legitimación por activa de la acción judicial, la indemnización se pagaría a la víctima.

⁵ “Artigo 140º Decreto Lei” 72 de 2008- Defesa jurídica (...)

2.- O contrato de seguro pode prever o direito de o lesado demandar directamente o segurador, isoladamente ou em conjunto com o segurado”.

Así las cosas, habría alternativa de pagar al asegurado o a la víctima según se pacte o no la acción directa.

En forma adicional a lo antes indicado, la Ley portuguesa prevé una sección especial para seguros de responsabilidad civil con carácter obligatorio⁶ en los cuales se consagra el derecho de origen legal (ya no contractual) del perjudicado para exigir directamente del asegurador el pago de la indemnización. Al respecto en el numeral 1 del artículo 146 del mismo Decreto Lei ya citado se puede leer:

“Art. 146.º Direito do lesado

1.- O lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização directamente ao Segurador”⁷.

Uruguay

R/: AL TERCERO PERJUDICADO.

Ya que no existe regulación del seguro de Responsabilidad Civil en Uruguay tomamos la respuesta dada por la Sección nacional en el sentido anotado.

República Dominicana

R/: AL PERJUDICADO (pero solo en el caso del seguro obligatorio de vehículos)

Al igual que en países como Nicaragua, Panamá y Uruguay, no encontramos regulación especial o específica para el seguro de responsabilidad civil dentro del marco normativo aplicable al seguro constituido por la Ley 146-02 de 2002 (en este estatuto se contempla como ramo a explotar por las compañías de seguros y se hacen algunas menciones no se tienen normas exclusivas para él).

Ahora bien, es muy importante hacer notar que la misma Ley mencionada en el párrafo anterior, incorporó en su texto los mandatos de la Ley 4117 relativa al Seguro Obligatorio de Vehículos⁸, el cual, al igual que, entre

⁶ Específicamente no define cuando este esquema es aplicable.

⁷ Llama la atención que el numeral 3 de esta misma norma haga la siguiente aclaración: “3.- *Salvo disposição legal ou regulamentar em sentido diverso, não pode ser convencional solução diversa da prevista no n.º 2 do artigo 138.º*” la cual tendría que ser, en nuestro concepto, referida únicamente a definir si se puede demandar al asegurador en forma individual o conjunta con el asegurado toda vez que el derecho a demandar directamente no puede ser objeto de modificación.

⁸ “Art. 112.- *Toda persona física o moral, incluyendo al Estado dominicano y sus instituciones autónomas o descentralizadas y los ayuntamientos del país, cuya responsabilidad civil pueda ser exigida por razón de daños materiales, corporales o morales derivados*

otros, Nicaragua, Venezuela y Uruguay, utilizamos como referencia específica para dar respuesta a este cuestionario, aunque no sea posible generalizar sus conclusiones a otros productos de seguros de responsabilidad civil.

Con base en los artículos 131⁹ y, especialmente de lo previsto en el 152 de la Ley 146-02 se puede afirmar que la indemnización asegurativa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil mencionando se hace directamente a la víctima cuando indica:

“Art. 152.- El asegurador que haya emitido una póliza de responsabilidad civil para vehículos, en virtud de la cual se vea obligado a indemnizar a un tercero, tendrá una acción en recobro frente al asegurado, hasta la suma total pagada, más las costas judiciales, cuando se compruebe que en el momento del accidente...

a) Al vehículo se le estaba dando un uso distinto al declarado en la solicitud y cuyo uso agrave el riesgo;

b) El conductor del vehículo se encontraba bajo la influencia de drogas narcóticas, en evidente estado de embriaguez o con un grado de alcohol en la sangre superior al permitido por la ley sobre tránsito de vehículos de motor;

c) El vehículo fuere conducido por alguna persona que al momento del accidente no posea la correspondiente licencia para conducir el tipo de vehículo accidentado.” (Destacado fuera de texto original).

Repetimos que no consideramos aplicable esta conclusión sino únicamente al seguro específico antes mencionado.

Venezuela

R/: AL PERJUDICADO (No hay norma expresa)

Si bien el Decreto N° 1505 de 30 de octubre de 2001, el cual rige el contrato de seguro en Venezuela, no prevé normativa expresa y específica para el seguro de responsabilidad civil, existen referencias que permiten arribar a la conclusión propuesta de acuerdo con la Ley de Actividad Aseguradora

de los últimos, causados a terceros por un accidente ocasionado por un vehículo de motor o remolque, está obligado a mantenerlo asegurado conforme a los términos de esta ley, como condición para que se permita la circulación de dicho vehículo, bajo una póliza que garantice la responsabilidad antes señalada. (Destacado fuera de texto original)

⁹ Art. 131.- *El asegurador solo estará obligado a hacer pagos con cargo a la póliza cuando se le notifique una sentencia judicial con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada que condene al asegurado a una indemnización por lesiones o daños causados por el vehículo de motor o remolque accidentado y por las costas judiciales debidamente liquidadas, y siempre con la condición de que el asegurador haya sido puesto en causa mediante acto de alguacil en el proceso que hubiere dado lugar a la sentencia por el asegurado o por los terceros lesionados.*

y al hecho que en Venezuela existe un régimen de aprobación general y previo de las pólizas por parte de la Superintendencia del ramo, dentro de las cuales se destacan, para los efectos de este estudio las siguientes:

1. **La ley de Actividad Aseguradora de 2001:** Dispone expresamente el numeral 24 del artículo 40 de dicho estatuto normativo que está prohibido a las compañías de seguros (de reaseguro), entre otras cosas:

“24. Negarse a recibir los reclamos de terceros provenientes de siniestros amparados por pólizas de seguro de responsabilidad civil” (Destacado fuera de texto original).

De acuerdo con el texto transcrito, si se protege la reclamación de las víctimas prohibiendo al asegurador negarse a recibirla, no resulta absurdo concluir que ante aquella, el pago se le haría al tercero perjudicado que reclame.

2. **Póliza de Responsabilidad Civil Vehículos:** Aprobada mediante Providencia 866 de 2003 y modificada por la N° 960 del mismo año de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, dispone:

– *“Cláusula Primera: OBJETO DEL SEGURO.*

La Empresa de Seguros se compromete a indemnizar al (los) tercero (s), en los términos establecidos en la póliza, por los daños a personas o cosas que se le hayan causado y por los cuales deba responder el Asegurado o el Conductor, con motivo de la circulación del vehículo asegurado dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela...” (Destacado fuera de texto original).

– *“Cláusula Décima: La Empresa de Seguros tendrá derecho al reembolso por parte del Asegurado de las cantidades pagadas al Tercero cuando...”*

No obstante lo anterior, existen excepciones que, incluso, contradicen a la propia ley de Actividad Aseguradora en las que, en condicionados aprobados por el mismo órgano de control se establece el pago de la indemnización al asegurado. Es el caso de la póliza de “Seguro de responsabilidad civil para el transportador por carretera en viaje internacional” en la cual, al definir su objeto y alcance se establece:

“El presente contrato de seguro tiene por objeto indemnizar o rembolsar al asegurado los montos por los cuales fuera civilmente responsable, en sentencia judicial ejecutoriada o en acuerdo autorizado de modo expreso por la entidad aseguradora, por hechos acaecidos durante la vigencia del seguro...”

- b) Scope of rule “*pay to be paid*” - “Pagar para ser pagado”;
b) ¿Cuál es alcance de la regla “*pay to be paid*”?

Argentina

R/: En el ámbito marítimo.

Congruente con lo dicho anteriormente, de forma general no sería aplicable al seguro de Responsabilidad Civil regulado por la Ley de Seguros (17.418) de Argentina.

Ahora bien, la regla en estudio aplica en materia de seguro marítimo de acuerdo con lo previsto por el art. 452 de la Ley de Navegación N° 20094 cuyo texto es el siguiente:

“Art. 452.- En el seguro de responsabilidad por daños a terceros el asegurador responde en las condiciones del contrato por toda suma que el asegurado se vea obligado a pagar a terceros a causa de una o varias colisiones entre buques, provenientes de un mismo hecho y, en adición, por las costas del juicio tramitado con consentimiento del asegurador, destinado a salvar la responsabilidad del buque asegurado en la colisión.

Si los buques intervinientes en la colisión pertenecen al asegurado y alguno o algunos de ellos no están asegurados, o no lo están con el mismo asegurador este responde como si pertenecieran a terceros”. (Destacado fuera de texto original).

Al respecto no podemos dejar fuera lo comentado la Sección argentina: *“En este tipo especial de coberturas, el siniestro precisamente se configura con el pago hecho por el asegurado al tercero”.* (Destacado fuera de texto original).

Desde nuestro punto de vista la norma transcrita no implica u obliga a que el asegurado haya hecho efectivamente el pago para que proceda la cobertura sino que, únicamente, requiere que el asegurado tenga efectivamente la obligación de pagar a terceros o que la misma sea exigible.

Bolivia

R/: En el seguro de Responsabilidad Civil en cuanto sea pago al asegurado y en el ámbito marítimo.

Si tenemos en cuenta que la regulación admite la posibilidad de pagarle al asegurado tal como se dijo en la respuesta anterior, esta regla tendría aplicación en este caso en el seguro de responsabilidad civil regulado en el Código de Comercio Boliviano en la medida que haya un reembolso.

Lo anterior, no obstante que de acuerdo con la Sección boliviana de AIDA: *“Esta cláusula no es de común uso en el mercado ni se encuentra expresamente regulada”*.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1187 del C. de Co. la regla en estudio sí aplica en el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo, así:

“Art. 1187- (Seguro de Responsabilidad ante terceros). En el seguro de responsabilidad ante terceros, el monto de la indemnización corresponderá a la suma que el asegurado haya pagado o deba al damnificado como consecuencia de la responsabilidad asegurada, sin perjuicio de las limitaciones previstas en la póliza” (destacado fuera de texto original).

Del texto transcrito obsérvese que, alternativamente, a diferencia de la legislación argentina antes mencionada, la obligación del asegurador nace bien porque el asegurador haya pagado efectivamente o porque esté obligado a pagar al tercero perjudicado.

Brasil

R/: En todo seguro de Responsabilidad Civil.

En relación con esta pregunta la Sección brasileña de AIDA comentó: *“Partiendo de la comprensión de que esa regla se refiere a el reembolso del asegurado por que paga al tercero, podemos decir que, en el derecho brasileño, esa regla no se aplica, pues, conforme visto, el seguro de RC tiene carácter indemnitario, por lo tanto, en caso del asegurado pagar a la víctima sin que el asegurador autorize, puede no recibir la indemnización del asegurador”*.

Desde nuestro punto de vista en la medida que la indemnización debida por el asegurador bajo un seguro de responsabilidad civil se paga al asegurado y no a la víctima podría considerarse aplicable esta regla en el ámbito asegurador brasileño en cuanto haya lugar al reembolso¹⁰.

Tal como se dijo en la respuesta a la pregunta anterior, por excepción esta regla no aplicaría en el caso de los seguros obligatorios en los que, de acuerdo con el artículo 788 del Código Civil brasileiro, la indemnización es pagadera directamente al tercero perjudicado.

¹⁰ Es importante dejar sentado que partimos del supuesto que el pago que ha hecho el asegurado a la víctima ha contado con el consentimiento del asegurador o no se ha hecho son su voluntad o sin su consentimiento pues esta sería causal común para negar el pago de la indemnización.

Chile

R/: En el ámbito marítimo

Teniendo en cuenta que la indemnización se paga al perjudicado esta regla no tendría aplicación en el seguro de responsabilidad civil regido por la Ley 20.667 de 2013.

Sin embargo, sí tendría aplicación en el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo de acuerdo con lo previsto por el artículo 1200 del Código de Comercio que regulando el seguro de Responsabilidad Civil en ese ámbito establece:

“El asegurado en un seguro de responsabilidad, solo tendrá derecho al reembolso de la indemnización y gastos e que incurriere, cuando ya hubiere pagado la indemnización por perjuicios a tercero”. (Destacado fuera de texto original).

Colombia

R/: En el ámbito marítimo

De acuerdo con lo dicho en el numeral anterior, esta regla no tiene aplicación en Colombia pues, incluso, por Ley el beneficiario de la indemnización es el tercero perjudicado.

Al respecto la Sección colombiana de AIDA manifestó en el mismo sentido: *“En Colombia el titular del derecho a la indemnización cubierta por la póliza de seguro de responsabilidad civil es el tercero damnificado en su calidad de beneficiario. Los gastos del proceso pueden corresponder al asegurado o al reclamante”.*

Ahora bien, la regla mencionada sí tiene plena aplicación en el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo de acuerdo con lo previsto por el artículo 1759 del C. de Comercio:

“Art. 1759.- En el seguro de responsabilidad ante terceros, el importe de la indemnización será equivalente a la suma que el asegurado haya pagado o deba al damnificado como consecuencia de la responsabilidad asegurada, sin perjuicio de las limitaciones o restricciones válidas previstas en la póliza” (Destacado fuera de texto original).

La legislación colombiana, al igual que la boliviana indica que la obligación del asegurador nace alternativamente bien por haberse pagado efectivamente la indemnización por parte del asegurado o por la exigibilidad de la misma obligación.

Costa Rica

R/: Aplica a todo seguro de RC en cuanto se paga al asegurado.

Teniendo en cuenta que, según lo establecido en el acápite anterior y asimismo, que la Ley 8956 reguladora del contrato de seguro de 2011, en forma similar a la regulación boliviana, permite pagar la indemnización al asegurado o la víctima la regla en estudio tendría una aplicación parcial en cuanto el asegurado haya pagado¹¹.

No hay regulación especial para el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo de acuerdo con la información suministrada por la Sección costarricense de AIDA.

Cuba

R/: Aplica a todo seguro de RC en cuanto el asegurado puede pagar la tercero.

No obstante que se ha consagrado el pago asegurativo en favor del tercero perjudicado, en el artículo 97 del Decreto Ley 263 de 2008, se prevé la posibilidad que el asegurado pague directamente el tercero y luego solicite el reembolso al asegurador así:

“Art. 97.- Si el asegurado hubiera pagado, por su cuenta, los daños, pérdidas y perjuicios al tercero, la entidad de seguros le reembolsa lo pagado con cargo a la indemnización estipulada en el contrato de seguro. El reembolso no procede si en el contrato se ha prohibido al asegurado pagar directamente al perjudicado o transigir en cuanto a la responsabilidad civil derivada del suceso amparado en el seguro, sin el consentimiento de la entidad de seguros” (Destacado fuera de texto original).

Es importante destacar que dicho reembolso no procede cuando ha habido prohibición expresa de pagar o transigir sin el consentimiento del asegurador. Ahora bien, en una primera lectura podría parecer que, por oposición a lo anterior, existiría la posibilidad de concluirse, en forma verdaderamente excepcional, que sí habría lugar a pagarle al tercero, aun sin el consentimiento del asegurador, cuando nada se haya pactado al respecto. Sin embargo, la lectura sistemática de las normas que rigen el seguro de

¹¹ Nuevamente habría que insistir que esto sería procedente en cuanto haya autorización o consentimiento del asegurador para pagar o de lo contrario se transgrediría lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley 8956 de 2011 cuyo texto es el siguiente “Art. 87 Arreglos de pago.- *La persona asegurada no podrá realizar arreglos judiciales o extrajudiciales, adquirir compromisos, reconocer responsabilidad o celebrar transacciones o conciliaciones sin la anuencia previa y por escrito del asegurador.*

El asegurador quedará liberado de su responsabilidad en caso de colusión en su contra por parte de la persona asegurada y el tercero.

El asegurador no se liberará cuando dentro del proceso la persona asegurada reconozca hechos de los que pueda derivarse su responsabilidad”

responsabilidad civil en Cuba permiten aclarar el punto pues ello estaría prohibido, con carácter general, en el artículo 88 del mismo estatuto¹².

Ecuador

R/: Aplica a todo seguro de Responsabilidad Civil en cuanto se paga al asegurado.

En la medida en que se dijo en el literal anterior que el seguro de responsabilidad civil se pagaría al asegurado, esta regla aplicaría en todos los casos en cuanto y en tanto el asegurado pague, solicite el correspondiente reembolso y este sea procedente¹³.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que aunque el Código de Comercio regula específicamente el Seguro Marítimo (Arts. 919 a 1001), no se prevén normas para el seguro de responsabilidad civil en este ámbito.

Así las cosas no resulta posible exponer una conclusión en relación con la aplicabilidad de esta regla.

El Salvador

R/: Aplica a todo seguro de Responsabilidad Civil en cuanto el asegurado puede pagar la tercero).

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 1431 del Código de Comercio y no obstante que, como ya se dijo al responder la pregunta anterior, es designado en forma expresa como beneficiario de la indemnización el “tercero dañado”, el propio ordenamiento comercial admite también que, en caso que el asegurado indemnice a la víctima directamente, surja para el asegurador la obligación de reembolsar tales sumas pagadas.

Dispone la norma citada:

“Art. 1431.- Si el tercero es indemnizado en todo o en parte por el asegurado, este deberá ser reembolsado proporcionalmente por el ase-

¹² “Art.- 88. Decreto Ley 263 de 2008. *El asegurado no podrá reconocer su responsabilidad ni celebrar acuerdos con el tercero perjudicado sin el consentimiento de la entidad de seguros y, de hacerlo, esta última quedará liberada de sus obligaciones.*”

¹³ Al igual que en Brasil o Costa Rica, dejamos sentado que la aplicación de la regla implicaría que no se ha hecho el pago en contra de la voluntad del asegurador o sin su consentimiento o de forma general violando la prohibición contenida en el artículo 52 del Decreto Supremo 1147 a cuyo tenor: “Art. 52.- *Es prohibido al asegurado, bajo pena de pérdida del derecho a la indemnización, realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad, sin previa y expresa aprobación del asegurador. Sin embargo, esta prohibición no rige en caso de que el asegurado sea compelido a declarar bajo juramento acerca de los hechos constitutivos del siniestro.*”

gurador, siempre que la responsabilidad haya tenido lugar sin dolo o culpa del asegurado". (Destacado fuera de texto original).

Teniendo en cuenta lo dicho, en El Salvador habría vigencia de la regla en estudio en la medida que existe el derecho de reembolso del asegurado¹⁴ cuando pague la indemnización (con las excepciones de la parte final del artículo¹⁵). Sin embargo, es importante aclarar que esta es una alternativa de que gozaría el asegurado toda vez que el beneficiario del seguro de responsabilidad civil es la víctima.

Finalmente, observamos que no encontramos una regulación especial para el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo que contenga una regla distinta a la indicada como sí sucede en otros países.

Guatemala

R/: Aplica a todo seguro de RC en cuanto existe opción de pagarle al tercero por parte del asegurado.

Al tenor de lo dispuesto por el inciso final del artículo 989 del Código de Comercio puede concluirse que la regla en estudio tendría vigencia, no obstante que el beneficiario de la indemnización es el tercero perjudicado, en la medida que el asegurado proceda a indemnizarlo antes que el asegurador realizara el pago correspondiente.

La norma citada establece textualmente:

"Si el tercero es indemnizado en todo o en parte por el asegurado, este deberá ser reembolsado proporcionalmente por el asegurador, siempre que justifique que estaba legalmente obligado a pagar" (Destacado fuera de texto original).

Es muy importante destacar que la legislación guatemalteca expresamente condiciona el reembolso a la justificación de la obligación de pago lo que resulta lógico en la medida que el reembolso supone la existencia de la responsabilidad civil en cabeza del asegurado (aspecto que igualmente sería necesario en las legislaciones citadas que admiten el reembolso aunque ello no sea expresamente contenido en la Ley).

¹⁴ Siempre teniendo en cuenta el marco jurídico que expresamente pone límites a esta facultad en cuanto, al igual que en otros países objeto de estudio, el artículo 1430 del Código de Comercio establece: "Art. 1430.- Ningún reconocimiento de adeudo, transacción o cualquier otro acto jurídico de naturaleza semejante, hecho o concertado sin consentimiento del asegurador, le será oponible...".

¹⁵ Llama la atención que la norma citada se refiera a que no habrá derecho de reembolso cuando la responsabilidad del asegurado (que paga la indemnización al tercero) se funda en "culpa" pues ello equivaldría a que haya un pago sin responsabilidad y ello sería contradictorio con el alcance mismo del seguro de responsabilidad civil.

Finalmente, consideramos pertinente reiterar que, al igual que lo mencionamos para otros países como Brasil, Ecuador y Costa Rica, la efectividad del derecho al reembolso tendría que entenderse también condicionada, no solo por la existencia del débito de responsabilidad, sino también a no haber realizado el pago en contra del asegurador o sin su consentimiento¹⁶.

Con respecto al seguro marítimo no encontramos normas vigentes respecto de las cuales se pudiera hacer este análisis.

Honduras

R/: Aplica a todo seguro de Responsabilidad Civil en cuanto existe opción de pagarle al tercero por parte del asegurado).

Dada la similitud entre los textos de las normas aplicables al seguro de responsabilidad civil en El Salvador y Honduras se puede hacer extensiva la conclusión realizada en el primero de los países mencionados en el sentido que, existe vigencia de la regla “Pagar para ser Pagado” en cuanto se consagra el deber de reembolso en cabeza del asegurador y a favor del asegurado cuando este último ha indemnizado al tercero, según lo previsto en el artículo 1213 del Código De Comercio¹⁷.

A diferencia del El Salvador, en Honduras no se hace excepciones a este deber. Ahora bien, consideramos pertinente dejar sentado que en nuestro concepto ese reembolso solo es procedente si la responsabilidad en que incurrió el asegurado era objeto de cobertura bajo el contrato de seguro¹⁸.

No se encontró normatividad aplicable al seguro marítimo.

¹⁶ Corresponde en este sentido tener en cuenta el artículo 987 del Código de Comercio cuyo texto se transcribe a continuación: “*Art 987. INOPONIBILIDAD. No será oponible al asegurador que haya contratado un seguro contra la responsabilidad civil, ningún reconocimiento de adeudo, transacción o cualquier otro acto jurídico de naturaleza semejante, hecho o concertado sin su consentimiento.*”

¹⁷ “*Art. 1213.- Si el tercero es indemnizado en todo o en parte por el asegurado, este deberá ser reembolsado proporcionalmente por la empresa.*”

¹⁸ Para esos efectos importa considerar como se ha hecho a lo largo de este trabajo que el pago que haga el asegurado debe contar con la aquiescencia del asegurador como condición para la procedencia del reembolso tal como lo consagra el artículo 1212 del Código de Comercio: “*Art. 1212.- Ningún reconocimiento de adeudo, transacción o cualquier otro acto jurídico de naturaleza semejante, hecho o concertado sin el reconocimiento de la empresa aseguradora, le será oponible. La confesión de la materialidad de un hecho no puede ser asimilada al reconocimiento de una responsabilidad.*”

*México***R/: No aplica en ningún caso.**

Ya que la indemnización del seguro de responsabilidad civil, de acuerdo con la Ley de Contrato de Seguro, se paga al tercero perjudicado esta regla no tendría aplicación en las relaciones reguladas por ella.

Adicionalmente, tampoco tendría aplicación en el ámbito marítimo ya que el artículo 242 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo de 2006 al regular el seguro de responsabilidad civil, en nuestro concepto, dispone que el pago debe hacerlo el asegurador al tercero perjudicado y no al asegurado así:

“Artículo 242.- El seguro de la responsabilidad civil del propietario de una embarcación, del naviero o del fletador de esta, cubrirá todos los daños que le sean imputables causados a otras personas o a sus bienes, por la utilización u operación de dicha embarcación o por la carga, combustible o basura derramados, vertidos o descargados.

De conformidad con las disposiciones de este título sobre reglas y cláusulas internacionalmente aceptadas, las coberturas de protección e indemnización de los seguros de responsabilidad contratadas con clubes de protección e indemnización o con aseguradores de prima fija, deberán ser lo suficientemente amplias como para indemnizar a los terceros afectados por cualquier siniestro o concepto de reclamación regulada por esta Ley o por los tratados internacionales” (Destacado fuera de texto original) .

*Nicaragua***R/: No aplica - Seguro obligatorio de responsabilidad civil para vehículos**

Teniendo en cuenta que la Ley 431 de 2014 expresamente designa como beneficiario del seguro de responsabilidad civil para vehículos, al tercero perjudicado en la forma indicada en la pregunta anterior se concluye que la regla en estudio no tendría aplicación bajo la regulación nicaragüense.

Asimismo, no encontramos normas especiales para el seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo.

*Panamá***R/: No hay regulación.**

Si bien la Ley 55 de 2008 regula específicamente el Comercio Marítimo e incluye un capítulo específico para el Seguro Marítimo, no se prevén normas para el seguro de responsabilidad civil en este ámbito.

Teniendo en cuenta que no hay normas generales ni especiales no resulta posible concluir respecto de la aplicabilidad de la regla en estudio.

Paraguay

R/: No aplica

Siendo pagadera la indemnización al tercero y/o víctima no es de aplicación esta regla en el Paraguay. Por otra parte, en forma similar a Perú, no se encuentra regulación expresa del seguro de responsabilidad civil en el ámbito marítimo.

De acuerdo con la respuesta de la Sección Paraguaya de AIDA no tendría vigencia en ningún caso.

Perú

R/: No aplica y no hay regulación en el ámbito marítimo

Al igual que todas aquellas legislaciones que consagran como beneficiario del seguro de responsabilidad civil a la víctima habría de decirse que la regla en comento no aplica en el Perú.

Ahora bien, en el ámbito marítimo el Código de Comercio peruano (quizá en forma congruente al régimen vigente antes de la expedición de la Ley 29.946 de Contrato de Seguro) no reguló el seguro de responsabilidad civil dentro del capítulo de los seguros (arts. 750 a 818) aplicables al Comercio Marítimo (Libro III), por lo que, al menos desde el punto de vista conceptual, en la práctica podría tener vigencia según el tipo de seguro que se contrate.

Uruguay

R/: No aplica.

Debe tenerse en cuenta que “...*Uruguay los seguros de responsabilidad civil son preventivos, no son de reembolso*” tal como lo indica la Sección Uruguaya de AIDA.

Portugal

R/: Aplica a todo seguro de responsabilidad civil en cuanto existe opción de pagarle al tercero por parte del asegurado.

Tal como se dijo en la respuesta anterior, la indemnización se pagaría a la víctima solo cuando ella demande directamente previa habilitación contractual. Así las cosas, esta regla podría tener vigencia en cuanto, sin el acuerdo antes mencionado, la indemnización sea pagadera al asegurado.

No sobra reiterar una vez más que siguiendo los lineamientos de muchas de las legislaciones expuestas, tendría que concluirse que el reembolso procedería siempre que el pago hecho sea oponible al asegurador de acuerdo con la Ley¹⁹.

República Dominicana

R/: No aplica.

Teniendo en cuenta que no existen normas específicas para el seguro de responsabilidad civil y que en el seguro obligatorio de automóviles la indemnización debe pagarse a la víctima no podemos afirmar que la regla “pagar para ser pagado” tenga vigencia en República Dominicana.

Por otro lado, no encontramos un régimen especial del seguro de responsabilidad civil en el ámbito del seguro marítimo.

Venezuela

R/: Solamente en Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportador por Carretera en Viaje Internacional.

Tal como antes se mencionó al desarrollar el primer tópico de este cuestionario, el alcance del seguro de responsabilidad civil para el transportador por carretera en viaje internacional es “*indemnizar o reembolsar al asegurado*”, por lo que concluimos que la regla tiene plena vigencia en Venezuela en el específico ámbito de este concreto seguro tal como fue regulado en ese país.

c) Rights of third party in the cases of insured's death, disappearance, bankruptcy, or lack of interest in to claim the loss;

c) Derechos de los terceros en caso de muerte, desaparición, quiebra, o falta de interés en la reclamación de la pérdida por parte del asegurado

Argentina

R/: Dispone al respecto el inciso 1 del artículo 118 de la Ley 17.418:

“Art. 118. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cual-

¹⁹ “Art. 140.- Decreto Lei 72 2008 (...) 7 - São inoponíveis ao segurador que não tenha dado o seu consentimento tanto o reconhecimento, por parte do segurado, do direito do lesado como o pagamento da indemnização que a este seja efectuado”.

quier acreedor de este, aun en caso de quiebra o de concurso civil...”
(Destacado fuera de texto original).

Con fundamento en la norma citada, se puede afirmar que el tercero víctima siempre tiene un privilegio sobre la suma asegurada frente al asegurado y sus acreedores, cualquiera sea el caso pues la mención a la quiebra (y al concurso civil) solo ratifica que aun en ese especial caso se mantiene la preferencia.

Bolivia

R/: En los precisos casos en que el asegurado se encuentre o vea afectado por:

- Ausencia
- Fuga
- Impedimento
- Muerte

El perjudicado o víctima tendrá derecho a ejercer acción directa contra el asegurador tomando la calidad de beneficiario de la indemnización tal como lo dispone el artículo 1090 del Código de Comercio boliviano.

Art. 1090.- (Derecho del tercero damnificado). En el seguro de responsabilidad, el tercero damnificado puede, en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte del asegurado, ejercer acción contra el asegurador como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina de responsabilidad del asegurado para percibir la suma correspondiente. En caso de muerte, sus herederos percibirán la indemnización que corresponda”.

Brasil

R/: No se encuentra regulado específicamente el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Al respecto la Sección brasileña de AIDA manifestó “*Ese tema no tiene ninguna estipulación en el derecho brasileño. No hay regla*”.

Chile

R/: No se encuentra regulado específicamente el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil

Colombia

R/: Se regulan en forma expresa en el artículo 1132 del Código de Comercio colombiano, únicamente las hipótesis de “quiebra” o “concur-

so de acreedores”, hipótesis que, por demás, **ya no están vigentes en el ordenamiento colombiano por lo que deberá entenderse “Liquidación obligatoria”**.

Dispone la norma citada que, *“En caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco”*. (Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, en las hipótesis mencionadas el crédito tendrá prevalencia y se pagará en forma preferencial respecto de otro tipos de créditos.

Costa Rica

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil. Lo anterior tiene lógica si tenemos en cuenta que opera como un seguro por reembolso.

Cuba

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Ecuador

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

El Salvador

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

España

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Guatemala

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Honduras

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

México

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Nicaragua

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil. Tampoco existe disposición alguna en este sentido en las normas del seguro obligatorio de automóviles.

Panamá

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil.

Paraguay

R/: Al respeto es necesario citar el artículo 1561 del Código Civil paraguayo de acuerdo con el cual el crédito del tercero tiene privilegio incluso en escenarios como quiebra o concurso en forma similar a Argentina.

“Art.1651.- El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de este, aún en caso de quiebra o de concurso”.
(Destacado fuera de texto original).

Perú

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Portugal

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Uruguay

R/: En vista de la ausencia de regulación expresa relativa al seguro de responsabilidad civil tendría que concluirse que no existe derecho alguno.

República Dominicana

R/: No se encuentra regulado este aspecto ni en las normas aplicables al contrato de seguro (como se dijo no las hay para el de res-

ponsabilidad civil específicamente) ni en las del seguro Obligatorio de Automóviles.

Venezuela

R/: Al igual que en Nicaragua o República Dominicana, no es posible dar respuesta desde el punto de vista general pues no hay normas que regulen el seguro de responsabilidad civil. Tampoco encontramos disposiciones legales en este sentido en las normas del seguro obligatorio de automóviles o seguro marítimo.

d) Have the third party rights to file an action to collect the indemnification from the insurance company?;

d) ¿Tiene el tercero víctima derecho a interponer una acción a la compañía de seguros para obtener la indemnización?

Argentina

R/: SÍ – Dispone el inciso 2 del artículo 118 de la Ley 17.418

“Art. 118. (...) Citación del asegurador

El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador”. (Destacado fuera del texto original).

Más allá de que con base en esta norma, en Argentina se discute si existe o no la acción directa en el ordenamiento de seguros, consideramos importante destacar que el tercero, al citar en garantía al asegurador (se sobrentendería que al proceso en el cual está reclamando la responsabilidad del asegurado), en sentido formal (si bien no estrictamente procesal), tiene un mecanismo jurídico-procedimental que le permite dirigirse directamente para obtener del asegurador el pago directo de la indemnización (la Sección argentina de AIDA la llama “acción directa impropia y autónoma” según la denominó Juan Carlos Félix Morandi). Así las cosas, se podría decir que sí es una clase de acción directa pero distinta a la que tradicionalmente se conoce en los países que la regulan expresamente.

Lo anterior resulta tan cierto que el inciso 3 de la misma norma citada establece a su vez:

“Cosa juzgada

La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en

la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”. (Destacado fuera del texto original).

Bolivia

R/: **SÍ** - Pero se aclara que solo en el específico caso indicado en el artículo 1090 del Código de Comercio boliviano arriba transcrito.

Brasil

R/: **NO** - Tal como expresamente lo indicó la Sección brasileña de AIDA: “...en los seguros de responsabilidad civil facultativos no hay legitimidad al tercero para promover juicio en face del asegurador, justamente por cuenta de la regla del artículo 787 del Código Civil brasileño”²⁰.

Al respecto, ha de indicarse, en el mismo sentido que se realizó en las dos preguntas iniciales y en concordancia con la respuesta transcrita, que de acuerdo con lo previsto por el parágrafo del artículo 788 del Código Civil, es posible afirmar que en Brasil, de forma excepcional, sí existe acción directa exclusivamente para los seguros obligatorios que se enmarquen en el contexto de la norma citada.

Dispone el inciso mencionado:

“Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.

Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.” (Destacado fuera de texto original)

Chile

R/: **SÍ** – No obstante no se encuentra expresamente establecido de acuerdo con lo dicho por el artículo 570 del Código de Comercio reformado por la Ley 20663 de 2013 ha de concluirse que el perjudicado en el beneficiario de la indemnización y, por tanto, podría entenderse que tiene acción de cobro de la misma.

*“Artículo 570.- (...) **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**”* (Destacado fuera de texto original).

²⁰ Respuesta dada por la Sección brasileña

Sin embargo, podemos manifestar que esta no es una conclusión pacífica en la doctrina en este momento hasta donde hemos podido conocer.

Colombia

R/: SÍ – La víctima tiene acción directa contra el asegurador de acuerdo con lo previsto por el artículo 1133 del Código de Comercio colombiano que en su parte pertinente dispone:

“ART. 1133.— Modificado. L. 45/90, art. 87. Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador...”

Costa Rica

R/: NO - Por expresa disposición del artículo 88 de la Ley 8956 de 2011 “*El seguro de responsabilidad civil no otorga al tercero acción contra el asegurador...*”.

Cuba

R/: SÍ - Al respecto dispone el artículo 95 del Decreto Ley 263 de 2008 en forma clara:

“Art. 95.- El tercero perjudicado tendrá acción directa contra la entidad de seguros hasta el límite de las obligaciones contempladas en el contrato de seguro o la póliza, sin perjuicio del derecho de la entidad de seguro a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este el daño o perjuicio causado al tercero. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos, la existencia del contrato de seguro y su contenido. La entidad de seguros podrá oponer a los perjudicados todas las excepciones que posee contra estos, fundadas o no en el contrato” (Destacado fuera de texto original).

Como elemento adicional a la consagración misma de la acción, consideramos de gran importancia destacar la obligación prevista por la norma citada para el asegurado de dar a conocer bien sea al perjudicado mismo o a sus herederos, la existencia y contenido del contrato de seguro pues tal mandato refuerza y da verdadera viabilidad a la realización práctica de la acción directa que puede volverse nugatoria cuando el asegurado no informa o esconde el contrato de forma que la víctima no tiene por qué saber de su celebración o contenido²¹.

²¹ Es por esta razón que en países como Colombia se ha pretendido crear registros públicos de seguro de responsabilidad Civil (entre otros) de forma que sea posible acceder a la

Ecuador

R/: NO - Por expresa disposición del artículo 53 del Decreto Supremo 1147 “...*El damnificado carece... de acción directa contra el asegurador*”.

El Salvador

R/: SÍ - Si bien no se encuentra una disposición expresa que así lo consagre (como se evidenció en Colombia y se podrá observar en México o Perú), no puede descuidarse que el beneficiario del seguro es el tercero perjudicado²² por lo que lógico es considerar que al ser el titular del derecho a la indemnización, tenga el derecho de accionar en forma directa. Así las cosas, tenemos una respuesta o consideración similar a la expuesta para Chile.

España

R/: SÍ - Así lo dispone el artículo 76 de la Ley 50 de 1980.

“Artículo 76: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero”. (Destacado fuera de texto original).

Nótese que la acción se concede expresamente a los herederos del perjudicado.

Guatemala

R/: SÍ - Tal como se ha concluido para otros países con regulación similar, en la que se otorga el derecho a la indemnización a al tercero perjudicado pero no existe pronunciamiento expreso respecto de la existencia de la acción directa, para Guatemala consideramos posible concluir positivamente pues corresponde a la forma en que se ejercería ese derecho. Lo anterior no se opone al reclamo al asegurado y al pago que este pueda hacer tal como quedó en evidencia en la respuesta a la pregunta b).

Honduras

R/: SÍ - Bajo consideraciones similares a las que se hicieron para El Salvador en el párrafo anterior.

información que permita a las víctimas consultar si su causante del daño tiene un seguro de responsabilidad civil.

²² Artículo 1428 del Código de Comercio salvadoreño.

México

R/: SÍ - Existe acción directa de la víctima contra el asegurador tal como está dispuesto en el artículo 147 de la Ley mexicana de Seguros.

“Artículo 147.- El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.” (Destacado fuera de texto original).

Nicaragua

R/: SÍ - En el ámbito del seguro de responsabilidad civil obligatorio de autos.

En forma clara dispone el artículo 67 de la Ley 431 de 2014 lo siguiente:

“Art. 67.- Reclamo directo del afectado: El tercero afectado en un accidente de tránsito, en su calidad de beneficiario final, podrá reclamar directamente o través de su apoderado legal ante la compañía aseguradora la indemnización que corresponda, aun cuando no medie el consentimiento del propietario del vehículo. Para tales efectos el interesado deberá de presentar junto con su reclamo, el Certificado de Accidente de Tránsito que contiene la resolución firme dictada por la Autoridad de Aplicación de la presente Ley dentro de un plazo de quince días, contados a partir de la fecha de emisión del certificado...” (Destacado fuera de texto original).

Como puede observarse, esta acción directa tiene especiales condicionamientos como la presentación del “Certificado de Accidente de Tránsito” documento regulado en su contenido y origen dentro de la misma Ley, en concordancia con los procedimientos allí establecidos. Esto resulta ser lógico teniendo en cuenta que es una hipótesis excepcional para un caso concreto como el la responsabilidad derivada de las circulación de vehículos.

Panamá

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil. Consideramos que por el carácter excepcional de la acción directa la respuesta tendría que ser negativa.

Paraguay

R/: SÍ - En igual sentido que en Argentina podría decirse que no existe una acción directa en sentido tradicional pero sí posibilidad de accionar mediante el mecanismo referido contra el asegurador.

Dispone el artículo 1652 del Código Civil paraguayo:

“Art. 1562.- El damnificado, en el juicio contra el asegurado, puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.” (Destacado fuera de texto original).

Asimismo, como la legislación argentina dispone el inciso 2 de la norma citada que: *“La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”* (Destacado fuera de texto original), lo cual ratifica el postulado de existencia de esta acción que puede ejercer la víctima frente al asegurador.

Perú

R/: SÍ - Está consagrada en el artículo 110 de la LEY 29.946, así:

*“Artículo 110. Acción directa del tercero damnificado. **El tercero víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador**, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda.”* (Destacado fuera de texto original).

Portugal

R/: SÍ - Pero solo en el caso que se pacte expresamente en el contrato de seguro

En forma similar a Bolivia la acción directa existe bajo el ámbito del seguro de responsabilidad civil existe en forma excepcional, en Portugal su habilitación y/o existencia está determinada por un pacto expreso en ese sentido en el seguro de responsabilidad civil.

Dispone al respecto el numeral 2 del artículo 140 del Decreto-lei 72 de 2008 lo siguiente:

“Art. 140. Defesa jurídica

(...)

2.- O contrato de seguro pode prever o direito de o lesado demandar directamente o segurador, isoladamente ou em conjunto com o segurado.” (Destacado fuera de texto original).

Uruguay

R/: NO - Salvo en:

- El seguro obligatorio de automóviles
- Seguro de transporte colectivo de pasajeros

tal como lo pone de presente la Sección uruguaya.

“Las víctimas en el seguro de responsabilidad civil habitual solo pueden reclamar al asegurado, no hay acción directa contra el asegurador, salvo en el seguro obligatorio de automotores (SOA – Ley 18.412) y en el seguro de transporte colectivo de pasajeros (Ley 15.851)”.

Disponen los artículos 12 y 13 de la ley 18.412:

“Artículo 12. (Procedimiento obligatorio).- El solicitante o sus causahabientes deberán presentar el reclamo directamente ante la entidad aseguradora, acreditando su derecho y el daño, acompañando los elementos de prueba de que dispone para justificarlos.

Recibido el reclamo, la entidad lo procesará y dará respuesta a los reclamantes en un plazo no mayor de treinta días hábiles (...)” (Destacado fuera de texto original).

“Art. 13 (Vía judicial).- Para exigir el cumplimiento de la acción indemnizatoria en vía judicial, los titulares mencionados en el inciso primero del Artículo 12 de la presente ley, tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, no pudiendo excederse del límite del seguro obligatorio”. (Destacado fuera de texto original).

Por su parte, el artículo 8 del reglamento expedido del artículo 91 de la Ley 15.851 dispone:

“Art. 8.- Acción directa. El damnificado, por los perjuicios cubiertos por este seguro, tendrá acción directa contra la empresa aseguradora”. (Destacado fuera de texto original).

República Dominicana

R/: SÍ - Pero limitado al seguro obligatorio de automóviles.

Reiterando que no existe una regulación específica para el seguro de responsabilidad civil en general, consideramos que la respuesta debe ser positiva en atención a lo previsto por los artículos 104 y 130 de la Ley 146-02, en concordancia con las normas indicadas en la respuesta a la primera pregunta de este trabajo.

Disponen las normas mencionadas:

“Art. 104.- En toda acción que se intente contra el asegurador corresponderá al demandante probar la existencia y vigencia de la cobertura afectada de la póliza o del contrato de fianza. Dicha prueba debe realizarse mediante la presentación de los documentos emitidos por el asegurador, o en su defecto, por una certificación emitida por la Superintendencia, donde conste haber comprobado en los archivos del asegurador la existencia de las coberturas de la póliza y si la misma se encontraba vigente a la fecha del hecho que originó la reclamación.

Párrafo I.- En caso de solicitud de certificación de póliza que incluya la cobertura de responsabilidad civil, la misma podrá ser expedida por la Superintendencia a requerimiento de un tercero, e indicará el nombre del asegurador, el nombre del asegurado, la vigencia de la póliza y la identificación del objeto asegurado.

Párrafo II.- También indicará si la cobertura cumple con los límites mínimos establecidos de conformidad con esta ley o con cualquier otra disposición legal que establezca un seguro obligatorio de responsabilidad civil. No se incluirá en dicha certificación ninguna otra información adicional, salvo que haya una sentencia con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada” (Destacado fuera de texto original).

“Art 130.- Cuando el asegurador del vehículo o remolque causante del accidente ha sido puesto en causa para que responda por los daños causados, los recursos (ordinarios o extraordinarios) que interpongan el prevenido como el asegurado, beneficiarán a ese asegurador y la sentencia que intervenga no podrá ser ejecutada hasta tanto se conozca del recurso de que se trate. De igual manera, el recurso interpuesto por el asegurador es suspensivo de la ejecución de la sentencia contra el prevenido y el asegurado, aun cuando estos no la hayan recurrido”.

Venezuela

R/: SÍ - Al menos extrajudicialmente.

No obstante que, como se dijo arriba, no existe regulación específica para el seguro de responsabilidad civil en Venezuela, la respuesta a esta pregunta es positiva toda vez que, se reitera, en la Ley de Actividad Aseguradora se dispone expresamente que está prohibido a las compañías de seguros, entre otras cosas:

“24. Negarse a recibir los reclamos de terceros provenientes de siniestros amparados por pólizas de seguro de responsabilidad civil”.
(Destacado fuera de texto original).

De acuerdo con el texto transcrito, la legislación venezolana aceptaría la existencia y, además, garantizaría, el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora, al menos con carácter extrajudicial, al prohibir la recepción de dicho reclamos que presenten los terceros.

e) Can this rights be exercised by the third party against the insurer without to claim against and involve the insured in the case?

e) Pueden tales derechos ser ejercidos por el tercero contra el asegurador sin reclamar o involucrar al asegurado?

Argentina

R/: NO - Con base en la respuesta dada en el punto anterior, habría de concluirse que únicamente podrá darse la citación al asegurador si se ha iniciado un proceso contra al asegurado dentro del cual realizar la citación en garantía.

En efecto, el tercero no puede citar a juicio al asegurador si no demanda al asegurado (art. 118).

En el mismo sentido, la Sección Argentina indicó: *“En la ley argentina, el tercero víctima tiene la posibilidad de interponer una acción judicial para obtener el resarcimiento de la indemnización a que tenga derecho contra el asegurado o el causante del daño, pero no puede demandar solo al asegurador”*.

Bolivia

R/: SÍ - Pero restringida a los casos del artículo del artículo 1090 del Código de Comercio boliviano.

Teniendo en cuenta que la acción por parte del damnificado directamente contra la aseguradora solo procede si el asegurado se ha desaparecido, ha muerto o se encuentra impedido, el tercero víctima podría, en esos precisos casos accionar directamente contra la aseguradora y no habría vinculación del asegurado, pues justamente la posibilidad de ir directamente contra la aseguradora está dada por la ausencia, fuga o impedimento del asegurado.

Brasil

R/: NO - de forma general para el seguro de responsabilidad civil general.

De acuerdo con la Sección brasileña de AIDA: *“No, en razón del carácter indemnitario del seguro de RC en Brasil, la víctima no tiene legitimidad alguna en relación al asegurador”*.

Esto resulta totalmente congruente con el hecho que el asegurador no puede pagar a la víctima sino al asegurado y con la inexistencia de acción directa como ya se indicó arriba.

No obstante lo anterior ser claro, recuérdese que existe una acción directa excepcional en seguros obligatorios (Art. 788 C.C.) en la cual la regulación brasileña se refiere a una única hipótesis, la excepción de contrato no cumplido a saber:

“Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório”.

Ahora bien, según la norma citada la repuesta es claramente negativa pues es necesario integrar el contradictorio vinculando el asegurado al proceso aunque quedaría la duda de si, al tratarse de cualquier otra excepción, la conclusión sería la misma.

Chile

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

La doctrina y los jueces deberán dilucidar si, como otros países, aun con acción directa expresa, por respeto a los derechos de defensa y contradicción no puede haber una condena son la participación del asegurado.

Colombia

R/: NO - En forma clara manifestó la Sección colombiana de AIDA: *“...resulta válido demostrar judicialmente la responsabilidad del asegurado dentro de un proceso en el cual este no haya tenido la oportunidad de defenderse e invocar las causales de exoneración correspondientes. Con ello se vulnerarían derechos de rango constitucional, tales como el derecho de defensa y el derecho al debido proceso”*.

El Código de Comercio no lo indica expresamente (y si bien no es completamente unánime) la doctrina y la jurisprudencia consideran que es necesario contar con el asegurado para garantizar a este su derecho de defensa.

Igualmente, al respecto debe tenerse en cuenta el inciso 2 del artículo 1133 del Código de Comercio según el cual: *“Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad*

del asegurado y demandar la indemnización del asegurador". (Destacado fuera de texto original).

Del texto destacado se puede concluir que es presupuesto de la acción directa la demostración de la responsabilidad del asegurado por lo que no podría haber condena sin su citación. Así las cosas, la misma Ley le está permitiendo hacerlo en un mismo proceso lo que supone siempre la citación de aquel.

Costa Rica

R/: NO - Teniendo en cuenta que no existe acción directa de acuerdo con la ley esta respuesta es también negativa.

Cuba

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Ecuador

R/: NO - Teniendo en cuenta que no existe acción directa de acuerdo con la ley esta respuesta es también negativa.

El Salvador

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

España

R/: Tal como se ha evidenciado en Chile o El Salvador, no se encuentra tampoco norma a este respecto dentro de aquellas al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Guatemala

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Honduras

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

México

R/: NO - Si bien no se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil, al igual que en Colombia, la doctrina considera²³ que es necesario contar con el asegurado para garantizar a este su derecho de defensa.

Nicaragua

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil ni generales ni en cuanto al seguro obligatorio de autos.

Panamá

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil.

Paraguay

R/: NO “Solo es posible hacerlo bajo la figura de ‘citación en garantía’.

Al igual que en Argentina y teniendo en cuenta la respuesta a la pregunta anterior, es necesario iniciar un proceso contra el asegurado para dentro de este hacer la citación en garantía del asegurador.

Perú

R/: NO - Es una expresa exigencia legal en el mismo artículo 110 de la Ley 29.946 a cuyo tenor:

“Artículo 110. Acción directa del tercero damnificado. El tercero víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro y siempre que se incluya al asegurado en su demanda”. (Destacado fuera de texto original).

Portugal

R/: SÍ - Cuando se pacte expresamente en el seguro de responsabilidad civil. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 140 del Decreto-Lei 72/2008 transcrito en la respuesta a la pregunta anterior, la acción directa podrá ser dirigida contra el asegurador en forma individual o en conjunto con el asegurado.

²³ En este punto recomiendo claramente el libro sobre el contrato de seguro en México del Dr. Pablo Medina Magallanes, obra bastante clara y sustentada en diversos aspectos como el que aquí se está desarrollando. MEDINA MAGALLANES. Pablo. Ley sobre el contrato de Seguro. Castellanos Impresión SA de CV. México DF. 2011.

Así las cosas, la norma admite la posibilidad que exista acción contra el asegurador sin la participación del asegurado en el proceso pero, se repite, siempre que así se haya definido en el seguro.

Uruguay

R/: *“No, salvo en los casos de los seguros obligatorios mencionados” (seguro obligatorio de automotores (SOA - Ley 18.412) y en el seguro de transporte colectivo de pasajeros (Ley 15.851)”*

Al respecto téngase en cuenta que, tal como lo indica la Sección uruguaya de AIDA, en forma excepcional, efectivamente se permite tener un pronunciamiento del asegurador sin vincular al asegurado así:

- El mismo artículo 12 de la Ley 18.412 (Seguro Obligatorio de Automóviles) a la par que consagra la acción directa indica: *“(Procedimiento obligatorio).- El solicitante o sus causahabientes deberán presentar el reclamo directamente ante la entidad aseguradora, acreditando su derecho y el daño, acompañando los elementos de prueba de que dispone para justificarlos.*

Recibido el reclamo, la entidad lo procesará y dará respuesta a los reclamantes en un plazo no mayor de treinta días hábiles (...) Destacado fuera de texto original).

- Por su parte el mismo artículo 8 del reglamento del artículo 91 de la Ley 15.851 (Seguro de transporte colectivo de pasajeros) dispone en su segundo inciso que: *“La entidad aseguradora podrá citar al transportista o autor del daño como tercero obligado, a los efectos previstos en el artículo 10º, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 669º”* del Código de Comercio.

A su vez, el artículo 9 al regular el procedimiento de reclamación no condiciona la resolución de la misma a la citación al asegurado: *“Procedimiento administrativo. El damnificado podrá presentar su reclamo por los perjuicios sufridos directamente ante la entidad aseguradora adjuntando los elementos de prueba de que dispone. Recibida la denuncia, aquella deberá adoptar Resolución en un plazo no superior a los 45 días”.*

República Dominicana

R/: **NO** - Siempre en el ámbito de del seguro obligatorio de vehículos y al tenor de lo previsto por el artículo 131 de la Ley 146-02 de 2002, la respuesta ha de ser negativa toda vez que el pago asegurador depende de una sentencia de condena al asegurado.

Textualmente establece la norma citada lo siguiente:

*“Art. 131.- El **asegurador solo estará obligado** a hacer pagos con cargo a la póliza **cuando se le notifique una sentencia judicial** con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada **que condene al asegurado** a una indemnización por lesiones o daños causados por el vehículo de motor o remolque accidentado y por las costas judiciales debidamente liquidadas, y siempre con la condición de que el asegurador haya sido puesto en causa mediante acto de alguacil en el proceso que hubiere dado lugar a la sentencia por el asegurado o por los terceros lesionados” (Destacado fuera de texto original).*

Teniendo en cuenta que es requisito previo para la indemnización que deba lagar el asegurador la condena al asegurado, resulta claro que no es posible que el damnificado ejerza ninguna acción sin la vinculación de aquel.

Venezuela

R/: No se encuentra regulado el punto ni legalmente ni en los modelos de pólizas autorizados.

f) Exceptions and/or defenses that insurer can oppose to the third party claim.

f) Excepciones y/o defensas que puede oponer la aseguradora al reclamo del Tercero víctima.

Nota preliminar: sin perjuicio de las repuestas y regulaciones nacionales específicas, para dar respuesta esta pregunta, se parte del supuesto que en cualquier caso la responsabilidad del asegurador frente al tercero perjudicado debe considerarse limitada por el alcance (amparos y exclusiones) expresamente pactados en la póliza.

Argentina

R/: Al respecto, resulta útil tener en cuenta el inciso 3 del artículo 118 de la Ley 17418 ya citado que, en su parte pertinente dispone:

*“La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. **En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro**” (Destacado fuera de texto original).*

Si únicamente le está prohibido al asegurador oponer excepciones originadas después del siniestro, habría de concluirse que no existe restricción para alegar todas aquellas anteriores al mismo, conclusión que es apoyada por la Sección Nacional de AIDA en Argentina.

Bolivia

R/: La normativa boliviana no regula las defensas o excepciones que puede oponer el asegurador frente a la acción del tercero damnificado. Esto resulta congruente en la medida que no existe acción directa (sino para casos excepcionales) tal como se indicó arriba.

No obstante lo anterior ser cierto transcribimos lo que al respeto indicó la Sección boliviana de AIDA y que consideraríamos aplicable al caso excepcional de la acción directa vigente en ese país: *“En general se pueden oponer todas las excepciones que la Ley permite contra el asegurado de acuerdo a la Póliza”*.

Brasil

R/: “La aseguradora puede alegar ausencia de legitimidad y el Tribunal juzgará extinto el juicio”

Resulta claro que la respuesta anterior es congruente con la ausencia de acción directa de forma que procesalmente no habría legitimidad para impetrar acción alguna.

En el caso de los seguros obligatorios del artículo 788 del Código Civil brasileño la ley solo menciona la excepción de contrato no cumplido.

Chile

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

En cualquier caso, si se partiera del supuesto que no hay acción alguna, no habría lugar a oponer excepciones a una acción inexistente.

Colombia

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

No obstante lo anterior no se debe descuidar que el artículo 1044 del mismo estatuto mercantil establece de forma general y aplicable a todos los seguros que: *“Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquel, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador”*. (Destacado fuera de texto original).

Teniendo en cuenta que esta norma es general y aplicable a todos los seguros sin excepción, resulta claro que este precepto permite al asegu-

rador de responsabilidad civil alegar las excepciones a que hubiere lugar frente al asegurado.

Costa Rica

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil. Lo anterior es congruente con la inexistencia de acción directa por lo que no habría lugar a proposición de excepciones.

En ese sentido resultaría pertinente citar lo indicado por la Sección Nacional costarricense de AIDA: *“En caso de un reclamo de un tercero contra la aseguradora, cabría la excepción de falta de derecho, toda vez que conforme indicamos anteriormente, la ley no le otorga al tercero derecho de acción directa”*.

Cuba

R/: Al respecto téngase en cuenta lo previsto en la parte final del artículo 95 del Decreto Ley 263 de 2008 que previo a regular la existencia de la acción directa establece:

“Art 95.- El tercero perjudicado tendrá acción directa contra la entidad de seguros... La entidad de seguros podrá oponer a los perjudicados todas las excepciones que posee contra estos, fundadas o no en el contrato”.

Ecuador

R/: La respuesta habría de ser negativa, al igual que en Costa Rica, si tenemos en cuenta la inexistencia de acción directa por lo que no habría lugar a proposición de excepciones.

El Salvador

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

España

R/: De acuerdo con lo preceptuado por el inciso 2 del artículo 76 de la Ley 50 de 1980 se deben diferenciar dos hipótesis de cara a las excepciones del asegurador frente al reclamo de la víctima:

- a) No podrá oponerle ninguna excepción que hubiera tenido frente al asegurado ya que expresamente se indica que *“La acción directa es in-*

mune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”.

- b) Solo podrá alegar las excepciones personales que tenga contra este y su culpa exclusiva.

Textualmente la norma citada dispone:

Artículo 76: (...)

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido” (Destacado fuera de texto original).

Guatemala

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

Honduras

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

México

R/: No se encuentra regulado el punto en las normas aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil

No obstante lo anterior, se considera aplicable lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley mexicana de seguros, norma aplicable a todos los seguros:

Artículo 30.- La empresa aseguradora podrá oponer al tenedor de la póliza o a los terceros que invoquen el beneficio, todas las excepciones oponibles al suscriptor originario, sin perjuicio de oponer las que tenga contra el reclamante. (Destacado fuera de texto original).

Nicaragua

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil ni en general ni en materia del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóviles.

Panamá

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil.

Paraguay

R/: La aseguradora puede oponer a la víctima solo las excepciones o defensas nacidas con anterioridad a la ocurrencia del accidente.

Dispone al respecto el inciso 2 del artículo 1652 del Código Civil paraguayo:

“Art.1652.- (...)

La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”. (Destacado fuera de texto original).

Perú

R/: De acuerdo con el artículo 111 (Defensas Oponibles) de la Ley 29.946 de 2012.

“El asegurador puede oponer contra el tercero:

- a) Las excepciones y medios de defensa que asisten al asegurado frente a la víctima*
- b) Los límites y exclusiones previstas en la póliza.*
- c) Las causales de ineficacia o resolución del contrato de seguro o de caducidad de los beneficios, producidos antes o durante el siniestro”.*

En adición a lo anterior, la norma citada aclara que no serán oponibles *“...las causales de ineficacia o caducidad de derechos del asegurado si se producen con posterioridad al siniestro. En este caso tiene derecho a repetir contra el asegurado por el importe de lo pagado más los intereses, gastos y perjuicios”.*

Portugal

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil.

Uruguay

R/: La Sección uruguaya indicó al respecto: *“Como no hay acción directa, la aseguradora actuando judicialmente a través del asegurado puede oponer todo tipo de excepciones o defensas”*

Al igual que en la legislación costarricense, y en la misma línea de lo dicho anteriormente, al no existir acción directa contra el asegurador no habría lugar a que la asegurador oponga excepción alguna a la víctima directamente.

Ahora bien, con respecto al seguro obligatorio de automóviles está expresamente prohibida la oposición de excepciones de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 18.412 el cual dispone:

“Art. 15. (Inoponibilidad de excepciones).- El asegurador no podrá oponer al accionante las excepciones que tenga contra el asegurado en virtud del contrato de seguro, ni las que provengan de caso fortuito o fuerza mayor, o hecho de terceros, sin perjuicio de las exclusiones dispuestas por el Artículo 6° de la presente ley” (Destacado fuera de texto original).

Finalmente, en lo que respecta al seguro de transporte colectivo de pasajeros el reglamento de la Ley 15.851 no contempla regulación de la expresa de excepciones o defensas por lo que podría considerarse que no existe limitación. Lo anterior porque las normas que regulan el procedimiento expresamente da un plazo al asegurador para pronunciarse sobre la cobertura sin limitar su capacidad de respuesta.

República Dominicana

R/: No hay regulación de este punto ni de forma general ni respecto del Seguro Obligatorio de Automóviles.

Venezuela

R/: No se encuentra regulado el punto teniendo en cuenta que no hay normas para el seguro de responsabilidad civil y tampoco se indica nada al respecto en las pólizas analizadas.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para finalizar este recorrido legislativo y el reto académico y profesional que el mismo ha implicado, nos permitimos sistematizar las respuestas que hemos dado a cada una de las inquietudes, de forma descriptiva y esquemática, seguros que ello será de utilidad o guía para quienquiera iniciar

el estudio de estos tópicos de manera general y, en caso de considerarlo necesario, profundizar en algunos o todos los países estudiados.

a) ¿A quién debe el asegurador pagar la indemnización cubierta por la póliza de responsabilidad civil?

1. *A la víctima o tercero perjudicado*

1.1. Consagrado en norma expresa, específica y directa en los siguientes países:

- Honduras.
- Brasil (En el caso de seguros de responsabilidad Obligatorios Art. 788 C.C.).
- Guatemala.
- El Salvador.
- Colombia.
- México.
- Cuba.
- Chile.

1.2. Consagrado en forma que denominamos “indirecta” pero existiendo alguna referencia legal

- Perú.
- Venezuela.
- Paraguay.

1.3. Solo en casos o seguros especiales:

- Nicaragua (Seguro Obligatorio de Automóviles).
- Venezuela: Póliza de responsabilidad civil vehículos).
- República Dominicana (Seguro Obligatorio de Vehículos).

1.4. Sin la mención expresa en la Ley ni directa o indirecta

- Argentina.
- España.

– Uruguay.

2. *Al Asegurado*

– Brasil (Seguro de responsabilidad civil voluntario).

– Ecuador.

– Venezuela (Póliza del transportador por carretera en viaje internacional).

3. *Opcional: a la víctima o al asegurado*

– Colombia.

– Costa Rica.

– Portugal.

b) Alcance de la Regla "*Paid To Be Paid*"

1. *Vigencia en el ámbito del seguro marítimo*

– Argentina.

– Bolivia.

– Colombia.

– Chile.

2. *Vigencia en seguro de responsabilidad civil en general*

– Brasil (solo en seguro voluntario - No en los obligatorios).

– Portugal.

– Honduras (No obstante el asegurador debe pagar al tercero, se contempla el caso que el asegurado pague previamente y hay lugar a reembolso).

– Guatemala (No obstante el asegurador debe pagar al tercero, se contempla el caso que el asegurado pague previamente y hay lugar a reembolso).

– El Salvador (No obstante el asegurador debe pagar al tercero, se contempla el caso que el asegurado pague previamente y hay lugar a reembolso).

– Bolivia (En la medida que el seguro se paga opcionalmente al asegurado o a la víctima).

- Costa Rica (En la medida que el seguro se paga opcionalmente al asegurado o a la víctima).

- Ecuador.

- Cuba.

3. *No tiene aplicación*

- México.

- Venezuela (Póliza transporte internacional por carretera).

- República Dominicana.

- Perú.

- Paraguay.

- Brasil (Solo en seguros obligatorios).

- Uruguay.

- Nicaragua.

c) Derechos de los terceros víctimas en caso de muerte, desaparición, quiebra, o falta de interés en la reclamación de la pérdida por parte del asegurado.

1. *Existencia de derechos para el tercero*

- Argentina (Privilegio sobre suma asegurada del crédito del damnificado).

- Bolivia (Acción directa).

- Paraguay (Privilegio sobre suma asegurada del crédito del damnificado).

- Colombia (Prelación del crédito del damnificado).

2. *No hay regulación*

- Brasil.

- Venezuela.

- República Dominicana.

- Portugal.

- Nicaragua.

- Honduras.

- Guatemala.

- El Salvador.
 - Ecuador.
 - Chile.
 - Costa Rica.
 - España.
 - México.
 - Perú.
 - Uruguay.
 - Cuba.
- d) ¿Tiene el tercero víctima derecho a interponer una acción a la compañía de seguros para obtener la indemnización?

1. *Existencia de "acción directa"*

Consagración en forma expresa y con carácter general

- Colombia.
- España.
- Cuba.
- Perú.
- Consagración en forma tácita
- Chile.
- Guatemala.
- Honduras.
- El Salvador.
- México.

2. *Acciones "Especiales"*

- Argentina (Citación en garantía al asegurador dentro del proceso contra el asegurado).
- Portugal (Cuando así se pacte en la póliza).
- Nicaragua (Solo en el seguro obligatorio de autos).
- Bolivia (Solo en caso de falta del asegurado).

- Paraguay (Citación en garantía al asegurador dentro del proceso contra el asegurado).
- Venezuela (Solo en el ámbito extrajudicial).
- República Dominicana (Solo en seguro obligatorio de automóviles).
- Uruguay (Solo en el seguro obligatorio de autos y el seguro de transporte colectivo de pasajeros).
- Brasil (Solo en seguros obligatorios).

3. *No existe acción directa*

- Brasil (en el seguro de responsabilidad voluntario).
- Ecuador (Prohibición expresa).
- Costa Rica (Prohibición expresa).

e) ¿Pueden tales derechos ser ejercidos por el tercero contra el asegurador sin reclamar o involucrar al asegurado?

1. *No es posible*

- Argentina y Paraguay (Solo es admisible la citación en garantía dentro del proceso contra el asegurado y ya que no existe acción directa autónoma).
- Brasil (En el seguro de responsabilidad civil voluntario no hay acción directa).
- Costa Rica y Ecuador (No hay acción directa).
- Colombia y México: (Doctrinal y jurisprudencialmente se ha considerado una violación del debido proceso y del derecho de defensa)
- Perú (Con expresa prohibición legal).
- Brasil (En seguros obligatorios existe expresa prohibición legal).
- República Dominicana (En seguro Obligatorio de vehículos existe expresa prohibición legal).

2. *Sí es posible*

- Bolivia (En la medida que la acción directa procede en caso de Ausencia, Fuga, Impedimento o Muerte del asegurado).
- Uruguay (En el Seguro Obligatorio de Automóviles y del Seguro de Transporte Colectivo de Pasajeros)

- Portugal (La ley permite expresamente dirigirla conjunta o separadamente contra el asegurado).

3. *No esta regulado*

- Chile.
- Venezuela.
- Nicaragua.
- España.
- Honduras.
- Guatemala.
- El Salvador.
- Cuba.

- d) Excepciones y/o defensas que puede oponer la aseguradora al reclamo de tercero víctima.

1. *Existe regulación expresa*

- Argentina.
- Cuba.
- Colombia y México (No específica para el seguro de responsabilidad civil).
- España.
- Perú.
- Paraguay.
- Uruguay (Solo en el Seguro Obligatorio de Automóviles).
- Brasil (Solo en seguros obligatorios).

2. *Ausencia de regulación*

- Brasil (Para seguros voluntarios).
- Venezuela.
- República Dominicana.
- Portugal.
- Nicaragua.

- El Salvador.
- Honduras.
- Guatemala.
- Costa Rica.
- Chile.
- Bolivia.
- Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo (2009): *Ley de Seguros 17.418 Comentada y Anotada* (Buenos Aires, Editorial La Ley S.A.E.).

III. Ensayos

SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS LEGALES RELATIVAS AL CONTRATO DE SEGURO

MEANING AND SCOPE OF THE PRINCIPLE OF IMPERATIVENESS OF THE LAW RELATED TO INSURANCE CONTRACT

CRISTIÁN LARRAÍN RÍOS*

RESUMEN: Ensayo sobre la historia, sentido y alcance del artículo 542 del Código de Comercio.

ABSTRACT: Essay about the history, meaning and scope of Article 542 of the Commercial Code.

I. INTRODUCCIÓN

Sin temor a equivocarnos, en opinión del suscrito, de la trascendental modificación que la ley 20.667 efectuó al Título VIII del libro II del Código de Comercio, la más destacable, y tal vez inesperada, es la nueva disposición del artículo 542 del Código de Comercio, puesto que ella no tiene parangón en nuestro ordenamiento jurídico vigente al 30 de noviembre de 2013.

En efecto, en el Código de Comercio de 1865, las disposiciones legales relativas al contrato de seguro que se pueden estimar de orden público o, dicho de otra forma, que no eran disponibles para el contratante de la póliza y para el asegurador, aun actuando de común acuerdo, eran muy pocas. En tal sentido podemos citar, por ejemplo, el antiguo artículo 522, que contemplaba varias prohibiciones, entre otras, las de asegurar objetos de “ilícito comercio” o las “ganancias o beneficios esperados”, u otras prohibiciones como el artículo 541 que establecía la nulidad de la póliza en la cual no constaba una estipulación de primas. Estas y otras pocas normas eran las únicas que el legislador del siglo XIX estimó pertinente establecer como límites a la amplísima libertad contractual que se contemplaba para las partes, lo que era completamente acorde con las posturas filosóficas y jurídicas vigentes a esa fecha.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, Chile. Correo electrónico: clarrain@ivm.cl.

Esta situación, que rigió en Chile por más de 140 años, superando por lo mismo increíbles cambios en el mercado asegurador nacional, sobreviviendo sin modificaciones a tres Constituciones de la República, y que había demostrado ser del todo insostenible por su grave retraso e incluso en contradicción con la realidad del mercado asegurador¹, vino a ser radicalmente transformada por el actual artículo 542 del Código de Comercio, el que sentó el principio exactamente inverso al que dominó por tanto tiempo, esto es, que la libertad contractual en materia de seguros (en realidad en ciertos tipos de seguros), se limitaría a disponer solo de aquellas materias en que la ley específicamente lo permitiese.

Lo anterior, sumado a la orden legal a la Superintendencia de Valores y Seguros de mantener el depósito de las condiciones generales de las pólizas de seguros que se utilizan en Chile, ha terminado por convertir al contrato de seguro en uno de los más regulados del país, más aún si se considera que en muchos aspectos se aplica la Ley del Consumidor.

Pues bien, es justamente por las implicancias de este trascendental cambio de orientación, que hemos estimado pertinente intentar profundizar en el sentido y alcance de esta nueva disposición legal.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL ART. 542 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

ROBERTO RÍOS OSSA² afirma que esta disposición del Código de Comercio tiene su origen, principalmente en el artículo 2 de la Ley Española de Contrato de Seguros que señala:

“Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de ley que le sea aplicable, se regirán por la presente ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

Se aprecia claramente no solo un sentido idéntico de la regulación Española a la de nuestro actual artículo 542 del Código de Comercio, sino que además se encuentran frases transcritas literalmente.

Pues bien, como se señaló, *“desde hace muchos años los agentes de seguros, como las compañías aseguradoras y los propios asegurados com-*

¹ Probablemente el retraso más ostensible de la antigua legislación era la prohibición absoluta del citado artículo 522 de dar cobertura al tratamiento de las “Ganancias Esperadas”. En efecto, múltiples pólizas cubren y cubrían a noviembre de 2013 el llamado “Perjuicio por Paralización”, por el cual el asegurador cubría en caso de siniestro justamente aquello que la ley prohibía, sin ningún tipo de cuestionamiento conocido de la autoridad o algún tipo de impugnación judicial.

² Ríos Ossa (2015) p. 469.

*probaban las falencias de la legislación vigente*³ contenida en el Código de Comercio, por lo cual la autoridad regulatoria, esto es la Superintendencia de Valores y Seguros, el año 1990 coordinó la formación una comisión de redacción de un anteproyecto de nueva ley sobre el contrato de seguro.

Lideró esta comisión el profesor Osvaldo Contreras Strauch. En agosto de 1992 la comisión entregó un texto de anteproyecto que el Ministerio de Justicia envió al Congreso Nacional el año siguiente, quedando ingresado bajo el boletín N° 5185-03.

Este primer proyecto, en la parte que interesa a este trabajo, contemplaba lo siguiente:

“Art. 542. Seguros de grandes riesgos. Las normas que rigen al contrato de seguro, que tengan carácter imperativo, no serán aplicables a los seguros de grandes riesgos contratados por empresas, con excepción de las contenidas en los artículos 521, 525 inciso primero, 535, 538, 539 incisos primero y segundo, y 541 de este título.

Se entenderá que constituyen seguros de grandes riesgos, aquellos en los que tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a 1.000 unidades de fomento.

En este tipo de contratos, ambas partes deberán firmar la póliza”

Como se aprecia, la disposición original del proyecto se guió bajo un espíritu bastante más parecido al del antiguo Código que la redacción definitiva del artículo 542 vigente, ya que se limitaba a permitir que en los seguros de grandes riesgos las partes, actuando de común acuerdo, pudiesen disponer incluso de normas imperativas, salvo las expresamente exceptuadas.

Sin embargo, el proyecto no registró avances legislativos significativos hasta el año 2010, oportunidad en la cual, por medio de una indicación del Poder Ejecutivo, se modificó el proyecto original en varios aspectos, entre ellos, aquel que nos interesa.

En efecto, en la indicación del Ejecutivo, la nueva redacción del artículo 542 fue la siguiente:

“Art. 542. Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo a no ser que en estas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.

³ HOYL Y RUIZ –TAGLE (2014) p. 2.

Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de Casco y Transporte Marítimo y Aéreo”.

Cabe destacar que Cámara de Diputados aprobó esta disposición con la misma redacción indicada, pero aumentó el monto de la prima anual señalada en el inciso segundo a 1.000 unidades de fomento.

El año 2011 el proyecto pasó al Senado, manteniéndose la redacción ya mencionada.

Al año siguiente el senador Hernán Larraín Fernández, pidió sustituir en el inciso segundo el guarismo “1.000” por “200”.

Sobre este punto, consta en el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda que Rosario Celedón, a la sazón coordinadora de Mercado de Capitales del Ministerio de Hacienda, dio a conocer *“la coincidencia del Ejecutivo con esta indicación, pues se aviene con el principio de cautelar a los pequeños asegurados de seguros masivos, para quienes el estándar de protección ha de ser más elevado y, en consecuencia, precisa de normas imperativas que no puedan ser modificadas por acuerdo de las partes”*⁴. Se produjo entonces una discusión acerca de la conveniencia de bajar el monto al propuesto por el senador Larraín de 200 unidades de fomento, lo que finalmente se aprobó.

Consta también en el informe de la Comisión de Hacienda del Senado que Claudio Osorio, asesor del Ministerio de Hacienda, señaló en relación a la moción del senador Larraín, que *“Establecer un umbral de protección tan alto, en consecuencia, importa por otro lado restringir la libertad contractual a grandes asegurados que, en realidad, no requieren de esa protección”*⁵.

Luego, el profesor Osvaldo Contreras que también asistió a la sesión de la comisión, resaltó que, en la actualidad, no existe en la legislación nacional una disposición como la que se está discutiendo a propósito del artículo 542. Y luego indicó *“Esto último, por cierto, es muy distinto de lo que el aludido artículo 542 plantea, que es liberar de las normas imperativas que rigen al contrato de seguro a aquellos seguros de prima superior a 200 UF”*⁶. Del mismo modo, destacó el profesor que existe una enorme cantidad de pólizas que merecen la protección de las normas imperativas del seguro, y solo deben ser exceptuadas de ellas los “Seguros de Grandes Riesgos” a los que concurren grandes empresas que manejan enormes ca-

⁴ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013) p. 24.

⁵ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013) p. 24.

⁶ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013) p. 25.

pitales y que pueden plantearse ante las compañías aseguradoras en una posición de igualdad.

Para la inteligencia del actual artículo 542 en comento, cabe citar que don Gonzalo Zaldívar, fiscal de Seguros de la Superintendencia de Valores y Seguros, manifestó que *“De cualquier modo, prosiguió, y más allá del tope que se determine, no debe perderse de vista que este opera en función de cada póliza. Es decir, si una gran empresa posee una flota de 1.000 camiones, por ejemplo, y por cada uno de ellos contrata un seguro, accedería igualmente a la protección de las normas imperativas si el límite se fijara en 200 UF, porque ninguna de las primas contenidas en las respectivas pólizas va a exceder de ese monto”*⁷.

Puesta en votación la indicación fue aprobada en los términos definitivos por la comisión, de forma que el texto fue finalmente aprobado por el Congreso en marzo de 2013.

No encontramos más antecedentes que los señalados respecto de la historia fidedigna de establecimiento del artículo 542 del Código de Comercio. Sin perjuicio de ello, de estos breves antecedentes, se puede concluir que el legislador ha estimado que en los “Seguros de Pequeños Riesgos”, en contraposición con aquellos “Seguros de Grandes Riesgos” a que hizo referencia el profesor Contreras, se produce una fuerte desigualdad entre el contratante de la póliza y el asegurador, al punto que el legislador ha estimado necesario restringir fuertemente la libertad contractual de unos y otros, protegiendo al más débil en la relación de aseguramiento, quien será normalmente el contratante del seguro, o también podrá ser el asegurado, en caso que entre ellos no haya identidad de personas. Esta protección el legislador ha decidido materializarla por medio de la imposición de un conjunto de disposiciones legales de aplicación obligatoria, y no solo supletoria de la voluntad de las partes.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, el Código de Comercio, en lo relativo a la regulación de los “Seguros de Pequeños Riesgos” pasó a ser una legislación protectora de los contratantes y asegurados, lo que puede llegar a tener importantes consecuencias prácticas y jurídicas.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO

El artículo 1 de nuestro querido Código Civil, señala que la *“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite”*.

A la luz de esta añosa disposición, resulta claro que el artículo 542 del actual Código de Comercio es uno de aquellos tipos de leyes que “manda”

⁷ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013) p. 25.

o también llamadas “imperativas” o bien “preceptivas”. Este tipo de leyes el tratadista don Luis Claro Solar las define como aquellas que “*imponen la ejecución de un precepto como necesaria al mantenimiento de ciertas instituciones y del orden social*”⁸ y agrega el mismo profesor que las leyes imperativas “*se dirigen a la voluntad del hombre principalmente y constituyen para él mandatos autorizados de que no puede ni debe desentenderse, porque el legislador exige su observancia como una necesidad del mantenimiento del orden social y del respeto de los derechos de los ciudadanos*”⁹. Muy sustantiva nos resulta la explicación que CLARO SOLAR hace en este punto, porque a la luz de ella, podemos decir que el legislador de la ley 20.667 estima que tanto el orden social como el respeto de los derechos de los ciudadanos (cabe agregar por nuestra parte a las ciudadanas), pasa porque el contratante y asegurador no puedan alterar ni acordar cláusulas en las pólizas de seguros que no digan relación exactamente con los preceptos en que expresamente el Código autoriza a disponer. Dicho de otra forma, la regulación del contrato pasó a ser de orden público, ya no de interés meramente privado, como era en la antigua regulación.

Dicho lo anterior, para hacer una breve descripción del contenido de esta disposición, cabe recordar que la nueva regulación del contrato de seguros creada por la Ley 20.667, aportó una importante cantidad de definiciones que nos permitirán entender mejor el texto legal y cuyo uso es obligatorio para la interpretación de la ley, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil y al mismo encabezado del artículo 512. Nos referimos a la clara distinción que efectúa el legislador entre “**Contratante**” y “**Asegurado**” y a la definición que hace de “**Seguros Colectivos**” y de “**Beneficiario**”.

Por asegurado, el artículo 512 letra “a” entiende “*aquel a quien afecta el riesgo que se transfiere al asegurador*”, que por lo mismo no es necesariamente parte del contrato de seguro, en el sentido de que su voluntad y consentimiento no es necesario para que el contrato del seguro nazca a la vida del derecho.

Por contratante, el artículo 512 letra “f” del Código de Comercio lo define como “*el que celebra el seguro con el asegurador y sobre quien recaen, en general, las obligaciones y cargas del contrato*”. Siendo entonces el contratante quien “celebra” el contrato de seguro, por lo tanto solo él y el asegurador las partes del contrato, recayendo en ellos las principales obligaciones legales que en tal calidad asumen.

En cuanto a la definición de los seguros colectivos, la letra “w” del artículo 512 señala que son “*aquellos que mediante una sola póliza cubren contra los mismos riesgos, a un grupo determinado o determinable de per-*

⁸ CLARO SOLAR (1988) p. 264.

⁹ CLARO SOLAR (1988) p. 264.

sonas”. Relacionando esta definición con el artículo 517, podemos decir entonces que en una sola póliza colectiva, el contratante y el asegurador pactan la cobertura de un mismo riesgo para diversos asegurados vinculados por o con el contratante, y determinados en ella o en que ella define o precisa los elementos para determinarlos. Típico ejemplo de esta clase de pólizas, son aquellas en que la sociedad matriz contrata en una misma póliza el riesgo de incendio y sismo para todas sus propiedades raíces así como las propiedades de sus empresas filiales, aun cuando no la firmen e incluso aunque la desconozcan. En tal caso, como se puede apreciar, los asegurados, es decir las empresas filiales, estarán determinados en la póliza. Por otro lado, un ejemplo típico de una póliza colectiva sobre asegurados indeterminados pero determinables, son aquellas pólizas complementarias de salud tomadas por un empleador, en que contrata esa cobertura a todos los empleados y a sus familiares, presentes o futuros.

Por beneficiario, el Código entiende “el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro” (art. 512 letra “c”), quien, por lo mismo, no es necesariamente ni contratante ni asegurado. Siendo así, ni su voluntad es necesaria para el perfeccionamiento de la póliza ni debe concurrir en él interés asegurable alguno.

Dicho lo anterior, lo que se puede concluir de la sola y simple lectura de esta disposición, nos parece que se puede resumir en los siguientes aspectos:

- i) El artículo 542 se encuentra ubicado dentro de la Sección Primera del Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio, que trata de “Normas Comunes a todo tipo de seguros”, de lo que se concluye que desde ya aplica a seguros de personas como de daños, sin más excepciones que aquellas que la misma disposición señala.
- ii) Aun tratándose de disposiciones de carácter imperativo, serán válidas aquellas cláusulas que sean más beneficiosas para el asegurado o para el beneficiario. Se entiende entonces que esta salvedad no aplica en favor del contratante, cuando este es una persona distinta del asegurado. “Más beneficiosa” es un concepto bastante amplio, pero podría referirse por ejemplo, a prescindir de algunas obligaciones del asegurado, como la de denunciar el agravamiento del riesgo consagrado en el artículo 526, o bien en relación con la oportunidad de denunciar el siniestro regulada en el artículo 524 N° 7, caso en el cual, se podría pactar un plazo mucho mayor de denuncia de siniestro o bien, una oportunidad distinta, en tanto sea justamente más beneficiosa para el asegurado.
- iii) Para los seguros de personas, la disposición se aplica en forma amplia, y sin relación alguna al monto de las primas ni al tipo de asegurados.

iv) Para los seguros de daños que no sean seguros de casco y transporte marítimo y aéreo, la ley contempla una salvedad específica, que solo favorece a los seguros que cumplan copulativamente con los siguientes requisitos:

(1) Debe tratarse de seguros de carácter individual. La ley no define lo que es un seguro individual, pero interpretando la definición de seguro colectivo en sentido contrario, podríamos decir que un seguro individual es aquel en **“que, en una sola póliza, el contratante suscribe riesgos para sí o para un asegurado individualmente considerado”**. Será el número de asegurados en una misma póliza un elemento importante, aunque no el único, que definirá la diferencia entre un seguro colectivo o individual. Se aprecia entonces la importancia capital que pasará a tener la calificación jurídica de la póliza, en cuanto a si es de uno u otro tipo de contrato¹⁰.

(2) El beneficiario y el asegurado deben ser personas jurídicas. No es relevante entonces para estos efectos que el contratante de la póliza sea persona jurídica, sino que lo sean él o los beneficiarios o él o los asegurados. Bastará con que uno de los beneficiarios o uno de los asegurados sean personas físicas para que rija plenamente el principio de imperatividad.

La ley no regula el caso de un cambio de beneficiario durante la vigencia de la póliza, caso de por sí probable, como por ejemplo, cuando el beneficiario de un seguro de incendio sea el arrendatario, y este mude, con o sin consentimiento del asegurador, de una persona jurídica a una natural, por un simple cambio de arrendatario. En tal evento, ¿pasa la póliza a ser regida por el principio de la imperatividad? En nuestra opinión la respuesta no es clara. En efecto, por un lado, dado el carácter protectivo que esta disposición tiene, pareciera que es la voluntad del legislador que el nuevo beneficiario persona natural se vea favorecido por la protección legal que da el artículo 542, pero, por otro, no parece tampoco prudente que el asegurador vea afectada su póliza por un hecho en el cual él no ha participado necesariamente y que, incluso, del que podría no tener siquiera noticia. Por lo demás, dado que, como veremos, el efecto de la violación del artículo 542 del

¹⁰ En realidad, Ley N° 20.667 de 2013, no solo vino a consagrar legalmente la existencia de las pólizas colectivas, que hasta su entrada en vigencia no eran más que una creación de la práctica comercial de las compañías aseguradoras, sino que también estableció reglamentaciones distintas para ella, que la hacen claramente distinta a la póliza individual. Desde ya, una de las principales diferencias será la que venimos comentando relativa a la aplicación de la imperatividad de las normas, pero otra también muy significativa, es la regulación del artículo 517, que no solo permite la modificación de la póliza colectiva sin mediar consentimiento del asegurado, sino que además establece una importante responsabilidad para el contratante de la póliza colectiva, que no tendrá el contratante de la póliza individual.

Código de Comercio implica, en principio, la nulidad de la póliza, resultaría muy extraño que un contrato válido en su origen derive en uno nulo, por circunstancias no imputables a las partes del mismo. Como siempre, será la jurisprudencia quien deba finalmente resolver sobre el tema.

(3) Que el monto de la prima anual sea superior a 200 unidades de fomento. Cabe destacar que de acuerdo con la historia fidedigna de la norma a la cual hemos hecho referencia, este monto se calcula “*en función de cada póliza*” y no en función del conjunto de pólizas que pueda tener un mismo contratante con una misma compañía, aunque sean idénticas y sobre bienes y riesgos similares.

Es conveniente destacar que el legislador no se puso en el caso en que la prima no esté pactada por períodos de tiempo superiores o menores a un año, pero dado el carácter de orden público de la norma, todo indica que se debería considerar, si ello es posible, bajo cierta proporcionalidad entre la duración pactada de la póliza y el plazo de un año. Por ejemplo, en una póliza de caución de un contrato con vigencia pactada de 6 meses, siendo la prima acordada para todo el período de UF 180, pareciera lógicamente que no está sujeta a la imperatividad (si se considera ese solo aspecto), dado que la prima anual sería de UF 360, caso en el cual se está respetando el sentido de la protección que busca el legislador.

Otro aspecto, no resuelto por el legislador, es relativo a si para el cálculo de la prima anual se deben o no considerar los impuestos que la graven.

- v) La ley también exceptúa de la imperatividad a los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo.

En este caso, no interesa el monto de las primas ni la naturaleza jurídica de los seguros (colectivos o individuales) ni de los beneficiarios para eximir de la imperatividad, lo que nos parece criticable dado que, como dice el profesor Contreras, “*hay muchos seguros de esa especie que contratan pequeños asegurados, como es el caso de pescadores artesanales o pequeñas empresas pesqueras*”¹¹, por lo cual no se divisan razones para que dichas personas no cuenten con la misma protección que en otros seguros de daños.

IV. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 542

El legislador no se ocupó de establecer expresamente el efecto previsto en un eventual incumplimiento de esta disposición. Solo estableció que

¹¹ CONTRERAS (2014) p. 121.

“se entenderán válidas las estipulaciones contractuales más beneficiosas”, de lo que se puede concluir, que son inválidas las estipulaciones que perjudiquen al asegurado o al beneficiario y que no cumplen con el estándar del artículo 542, caso en el cual cabe remitirse a las normas generales del Código Civil sobre la materia. Desde ese punto de vista, la sanción legal natural por incumplimiento del artículo 542 del Código de Comercio es la nulidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimamos conforme a derecho la aplicación de sanciones administrativas al asegurador que emitió la póliza, ya que de acuerdo con el artículo 3 letra “e” del D.F.L. 251 es *“responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten, estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley”*.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Es nuestra conclusión que el cambio de paradigma legislativo que implicó la incorporación por la Ley 20.667 del actual artículo 542 al Código de Comercio ha sido de tal envergadura y de tal carácter protectivo, que transformó al Título VIII del Libro Segundo de dicho Código en una verdadera **“Ley del Consumidor de Seguros”**.

Esta **“Ley del Consumidor de Seguros”** prevalece, en nuestra opinión, sobre las disposiciones de la Ley 19.496 por dos razones. Primero, por el principio de la primacía de la ley especial por sobre la ley general y, segundo, por aplicación del propio artículo 2 bis de la Ley del Consumidor, según el cual la Ley 19.496 no es aplicable a aquellos *“servicios regulados por leyes especiales”*, con todas las implicancias legales y fiscalizadoras que ello significa, y sin perjuicio de las contra excepciones que esa misma disposición contempla.

No hay duda entonces que los servicios que efectúan las compañías aseguradoras consistente en la cobertura remunerada de riesgos sobre las personas y los bienes, se encuentra regulado por una ley especial, cual es, el título VIII de Libro Segundo del Código de Comercio, incorporado por la Ley 20.667, por lo que nos enfrentamos a una ley especial que prima, en lo que ella regula, por sobre la Ley general 19.496.

Obviamente, resultaría un despropósito que respecto de una póliza de seguros se pretenda aplicar primariamente una ley general de protección del consumidor, cuando en realidad dicha póliza se debe regir por una ley especial de protección al consumidor. Este dilema no se producía en esta magnitud antes de la Ley 20.667, justamente porque la regulación del contrato de seguro aprobada en el siglo XIX no tenía un carácter protectivo como la actual.

Existiendo ahora dos legislaciones orientadas a la protección de la parte más débil de la relación de aseguramiento, no cabe otra opción, para dar coherencia y consistencia al ordenamiento jurídico, que en la materia que nos interesa se aplique la ley especialmente diseñada por el legislador para la protección del contratante, del asegurado y del beneficiario del contrato de seguro.

Finalmente, para ser precisos, es cierto que la que hemos llamado Ley del Consumidor de Seguros primará sobre las estipulaciones de la Ley 19.496, en aquello que la primera regula expresamente, por lo cual la segunda siempre seguirá rigiendo como ley supletoria de aquella. Así, por ejemplo, los tribunales competentes para conocer de una infracción a la que insistimos en denominar Ley del Consumidor de Seguros, serán aquellos que resulten de la decisión del asegurado de optar por el tribunal arbitral o por el tribunal ordinario, según lo dispone el artículo 543 del Código de Comercio, y no el Juzgado de Policía Local como lo indica el artículo 50 de la Ley 19.496. A la inversa, el asegurado siempre podrá optar por ejercer el derecho a poner término anticipado y unilateral a la póliza establecido por el artículo 537 inciso tercero del Código de Comercio, aun cuando el artículo 16 letra “a” de la Ley 19.496 limita todo efecto legal a las cláusulas que “Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato...”

BIBLIOGRAFÍA

- CLARO SOLAR, Luis (1988): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Bogotá, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros* (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, 2ª Edición).
- HOYL MORENO, Rodrigo, RUIZ -TAGLE VIAL, Carlos (2014): *El contrato de Seguro. Análisis de las coberturas de vida e incendio en la nueva ley 20.667* (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Primera Edición).
- RÍOS OSSA, Roberto *et al.* (2015): *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (dir. Roberto Ríos O.; ed. Carolina Schiele M.), Santiago, Thomson Reuters, La Ley, pp. 442-455.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2013): Segundo Informe de la Comisión de Hacienda.

Normas citadas

Código Civil de la República de Chile

Código de Comercio de la República de Chile

LEY N° 19.496 (7/3/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

LEY N° 20.667 (9/5/ 2013), Regula el Contrato de Seguro.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO DE SEGUROS: UNA MIRADA DESDE EL *COMMON LAW*

RODRIGO HAYVARD BOSONI***

“It were infinite for the law to judge the causes of causes, and their impulsions one of another: therefore it content itself with the immediate cause; and judgeth of acts by that, without looking to any further degree”¹.

I. INTRODUCCIÓN

De la causalidad se ha dicho, acertadamente en nuestra opinión, que es tan escurridiza como una gota de mercurio², que es una de las cuestiones más complejas, tormentosas, angustiosas, irritantes, enigmáticas, multiformes, ambiguas e insolubles³. Probablemente, resulta más fácil establecer los principios legales en que descansa que aplicarlos⁴, toda vez que, en razón de ser las preguntas sobre causalidad una combinación de hecho y de derecho, necesariamente existirán diferencias de opinión a su respecto⁵. Los términos causales son difíciles de entender y de explicar en términos simples⁶. Con el peso de la noche entonces, podemos sostener, con cierto grado de certeza, que, en términos generales, la causalidad no es sino la denominación que acordamos darle a la búsqueda de las circunstancias que dan lugar a un resultado, permitiéndonos calificar la entidad de cada una

* Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen solamente al autor y no representan necesariamente la opinión de Zurich Insurance Group o cualquiera de sus filiales.

** En consideración a la gran cantidad de obras en inglés citadas se advierte que la traducción es siempre del autor, salvo se indique lo contrario.

*** Master of Laws in Financial Services Law and Postgraduate in Laws in Insurance Law (University of London by UCL and Queen Mary), magíster en Derecho de la Empresa © (Pontificia Universidad Católica de Chile), abogado (Universidad Marítima de Chile), actualmente recalificando como Solicitor para Inglaterra y Gales, abogado en Zurich Insurance Group (Chile).

¹ SPEDDING, ELLIS & HEATH (1870).

² BREWER (1961).

³ Vease PREVOF (2010), refiriéndose a la causalidad en sede aquiliana.

⁴ HODGES (2005) p. 151.

⁵ LORD BRIGHTMAN EN SHELL INTERNATIONAL PETROLIUM CO LTD V CARYL ANTHONY VAUGHN GIBBS, THE SALEM (1983) 1 LLOYD'S REP 342. p. 350.

⁶ BREWER (1961) p. 1175.

de estas en términos de su eficacia en producir un resultado conocido. Por supuesto, este ejercicio no es propio de la ciencia del derecho, y aun dentro de esta reconoce suficientes variantes como para descartar la existencia de una visión unitaria de aquella⁷. De este modo, en la búsqueda de la causa de un incendio, por regla general, tanto el filósofo como el jurista rechazan elevar la presencia de oxígeno a la categoría de causa del mismo –no obstante que sin la presencia de este el incendio no se hubiere producido– y prefieren reservar este título para la intervención de una acción humana o un acto de la naturaleza suficientemente apto en eficacia y temporalidad como para producir el incendio⁸ en circunstancias que la ciencia experimental vería agotada su búsqueda en el primero de estos factores. Tanto la ciencia del derecho como la filosofía buscan aplicar generalizaciones conocidas a circunstancias particulares y concretas mientras que la ciencia experimental se preocupa del ejercicio inverso⁹.

La búsqueda de la causalidad desde un punto de vista filosófico se encuentra fuertemente influenciada por el pensamiento de Hume¹⁰ y Mill¹¹, diferenciándose de su referente en la ciencia del derecho en su finalidad. En derecho, la causalidad se preocupa fundamentalmente de la determinación de si una determinada conducta humana o un acto de la naturaleza –del cual es responsable un sujeto– puede o no ser considerado como la “causa” de un daño o pérdida determinada¹².

Visto de este modo, la pregunta básica puede ser reducida desde la lógica de la responsabilidad extracontractual a: ¿Fue el daño (*Y*) la consecuencia de este acto u omisión (*X*)? La cual implica determinar; ¿habría ocurrido *Y* si es que *X* no hubiere ocurrido? y, en su caso, ¿Existe algún principio que permita excluir o no considerar *Y* como una consecuencia de *X*?

Esta pregunta es ilustrativa pero premeditadamente fraudulenta. No existe en la ciencia del derecho una sola pregunta que permita unificar la búsqueda causal. La pregunta varía según el propósito de la búsqueda. Puede así enfocarse y agotarse en la *existencia* de responsabilidad entre una conducta humana y un daño como sucede en el derecho penal o bien enfocarse tanto en la *existencia* y la *extensión* de la responsabilidad de un sujeto como sucede en materia contractual, donde, por regla general, será necesario probar por ejemplo tanto que el vendedor fallo en su obligación,

⁷ HART & HORONE (2002) pp. 84-88.

⁸ HART & HORONE (2002) p. 11.

⁹ HART & HORONE (2002) p. 10.

¹⁰ Véase HUME (1978).

¹¹ Véase MILL (1886).

¹² MILL (1886).

e.g. entregar los bienes comprometidos en tal fecha o de tal calidad, y la extensión del daño que se sigue de dicho incumplimiento para el comprador.

Adentrándonos en el tema que nos convoca, la *existencia* y *extensión* del derecho a la indemnización en el contrato de seguros descansa en la “verdad causal” entre el riesgo cubierto y el daño o pérdida de la materia asegurada, sea a causa de una conducta humana o un acto de la naturaleza¹³. En otras palabras, tanto la *existencia* de la obligación de indemnizar por parte del asegurador como la *extensión* de la indemnización debida descansan en la determinación de una relación de causalidad suficiente entre la verificación del riesgo y la pérdida o daño producidos. En consecuencia, habida consideración de que la búsqueda causal en el derecho de seguros obedece exclusivamente a la necesidad de determinar la procedencia o improcedencia del derecho a indemnización, las reglas enunciadas con ocasión de otras ramas del derecho, fundamentalmente la responsabilidad extracontractual, son de limitada utilidad al derecho de seguros el cual para estos efectos se concentra en la correcta interpretación del contrato como reflejo de la intención de las partes. El intérprete cuenta de antemano con un listado de causas potenciales a su disposición¹⁴.

El presente trabajo se centra en las soluciones propuestas por el *common law*¹⁵ para la determinación de la *existencia* y *extensión* de la indemnización en un contrato de seguros. Las soluciones son analizadas desde la óptica del *common law* inglés¹⁶ y norteamericano, ilustrando la similitud de raciocinio en sus postulados para luego dilucidar la solución que ambas entregan a lo que es tal vez el problema fundamental en materia de causalidad en derecho de seguros: la concurrencia de causas.

La intención es continuar este trabajo en una segunda parte con un análisis de la causalidad en el derecho de seguros nacional luego de la reforma introducida por la Ley N° 20.667 y en particular detenerse en la solución propuesta para causas concurrentes por el Artículo 533 del Código de Comercio. Por el momento, solo nos preocupamos de las soluciones adscritas en el *common law*.

¹³ Ver por ejemplo la definición de “riesgos marítimos” contenida en la sección 3 (2) de la Marine Insurance Act 1906.

¹⁴ CLARKE (2009) §25-2.

¹⁵ Sin perjuicio de, y reconociendo, la afrenta a la ortodoxia, a fin de facilitar la exposición utilizaremos aquí el término *common law* para referirnos tanto al *common law* propiamente tal, el creado por las cortes, como al *statute law*, el derecho creado por medio de estatuto o leyes. En general, las reglas a las que haremos referencia son obra del *common law* que en forma adicional han recibido alguna recepción estatutaria, más ello no afecta su estatus como creación del *common law*. Sobre la diferencia entre el *common law* y el *statute law* véase en general HOLLAND & WEBB (2013) p. 16.

¹⁶ La referencia al *common law* inglés debe ser entendida como hecha a aquel imperante en Inglaterra y Gales, con exclusión de Escocia.

II. LA CAUSALIDAD EN EL *COMMON LAW* INGLÉS

El párrafo que sirve de antecedente al presente trabajo corresponde al comentario realizado por Lord Bacon a la primera y tal vez más célebre de sus máximas: “*in jure non remota causa, sed próxima spectatur*” y es la referencia más apropiada para iniciar este periplo¹⁷. Esta máxima sugiere enfocar la búsqueda en la causa *próxima* de la pérdida o daño, relegando las causas *remotas* a la indiferencia jurídica. El principio se encuentra consagrado estatutariamente en la sección 55 (1) de la Marine Insurance Act de 1906¹⁸:

“Sujeto a lo dispuesto en esta ley, y salvo la póliza establezca lo contrario, el asegurador es responsable por cualquier pérdida próximamente causada por un riesgo asegurado, pero, sujeto a lo anterior, no es responsable por cualquier pérdida no causada próximamente por un riesgo asegurado.”

En un clásico despliegue de la practicidad inglesa, Lord Wright nos recordaba que esta terminología carece de importancia o es más bien confusa si no se logra primero una definición aceptable de *próxima* y *remota*¹⁹. Para el derecho inglés, el ejercicio de determinar los contornos de los conceptos precedentes no es un ejercicio a realizarse en abstracto sino que supone concentrarse en la intención de las partes del contrato de seguros. La causalidad es entonces vista como un asunto de interpretación del contrato. En este sentido, Lord Justice Lindley nos indicaba que la regla de la causa *próxima* encuentra su fundamento en “*la intención de las partes tal como expresada en el contrato que han celebrado, pero la regla debe ser aplicada con sentido común, a fin de dar efecto, y no derrotar tales intenciones*”²⁰, en este mismo sentido, Lord Wright comentaba que la “*causalidad debe ser entendida desde el punto de vista del hombre en la calle, y no de la manera en que el científico o el metafísico la entenderían. Causa significa lo que un hombre de negocios o de mar considerarían como causa sin necesidad de un análisis microscópico, sino que desde un punto de vista amplio*”²¹.

Es importante, para una correcta disección del método de construcción desplegado, considerar que en el *common law* inglés este ejercicio, de buscar la intención de las partes del contrato, es fundamentalmente dis-

¹⁷ Sir MACKENZIE CHALMERS, el redactor de la Marine Insurance Act de 1906, hace referencia expresa a esta máxima al fundamentar la adopción de la regla. Véase CHALMERS (1901) p. 63.

¹⁸ Recordemos que la mayoría de las disposiciones de MIA 1906 aplican al seguro marítimo y no marítimo, particularmente la sección 55 aplica a ambas sedes.

¹⁹ MONARCH STEAMSHIP CO LTD KARLSHAMNS OLIEFEBRIKER (1949).

²⁰ REISCHER V BORWICK (1894)

²¹ YORKSHIRE DALE STEAMSHIP CO LTD V MINISTER OF WAR TRANSPORT (THE COXWOLD) (1942).

tinto al ejercicio desplegado en el *derecho continental*. Para este último, es la verdadera intención de las partes la que cuenta, encontrando su fundamento en la autonomía de la voluntad, considerando la voluntad libre de un sujeto de derecho como fuente y medida de consecuencias legales, mientras que en el *common law*, particularmente el inglés, se otorga prioridad al fenómeno externo expresado, ello sobre la base que el sistema legal debe preocuparse de proteger las interacciones negociales, y por tanto la intención interna del promitente solamente, la verdadera intención, cobra relevancia solo en cuanto coincide con el sentido normal y objetivo que un hombre razonable le hubiere atribuida a una expresión determinada²².

En lo que al significado normal y objetivo de causa *próxima y remota* se refiere, el práctico inglés emplea como paradigma interpretativo el sentido común²³. Utilizado como herramienta interpretativa “*no debemos pensar en el sentido común como una mera expresión, o tan intuitivo que no puede ser elucidado, por lo menos en su aplicación a casos usuales, sin perjuicio de la vaga penumbra que lo pueda rondar. El sentido común no es un asunto de inexplicables o arbitrarias afirmaciones, y las nociones causales que emplea, aunque flexibles y complejas y sutilmente influenciadas por el contexto, pueden demostrarse descansar, por lo menos en parte, en principios estables; aunque el hombre ordinario que los utiliza esté imposibilitado, sin asistencia, de explicita[r] [estos principios]*”²⁴ (paréntesis es nuestro).

A través del lente del sentido común, una causa es algo que interfiere en un estado asentado de cosas o con un proceso en marcha²⁵. La causa es por tanto algo distinto de una condición usual, es algo inusual. Las condiciones usuales son aquellas que se encuentran presentes como parte del estado normal de las cosas, donde aquello que es inusual o anormal es lo que hace la diferencia entre el estado normal de las cosas y la producción del accidente, por ejemplo, la presencia accidental de oxígeno en un laboratorio diseñado para excluir la presencia de tal elemento dado su interacción con los materiales en uso provocaría un incendio²⁶. Este estilo de razonamiento, fiel a la máxima *in jure non remota causa, sed próxima spectatur*, asume que en términos de potencia causal el único estándar que puede ser aplicado es aquel de la *causa sine qua non*²⁷, el pariente en el *common law* de la teoría *continental* de la equivalencia de las condiciones. No obstante la obvias similitudes entre ambas teorías, sería descuidado de

²² ZWEIGNER & KOTZ (1998) § 400-1.

²³ Cfr las críticas avanzadas en CLARKE (2009) § 25-1.

²⁴ HART & HORONE (2002).

²⁵ CLARKE (2009) § 2-25.

²⁶ HART & HORONE (2002) p. 35.

²⁷ BENNET (2006) § 9.06.

nuestra parte no destacar una diferencia metodológica fundamental entre ambas. La teoría *continental* atribuye la calidad de condición *sine que non* a un hecho o circunstancia a través de un proceso mental de eliminación o bien de asimilación²⁸. De esta manera, la teoría *continental* sugiere que la existencia de una conexión causal depende del poder imaginativo del juez; dificultad que es evitada en el *common law* por la usual formulación Angloamericana: ¿habría el cumplimiento de la norma prevenido la ocurrencia del daño?²⁹. Se sigue, que si el propósito de la norma o la cláusula contractual no era la prevención del daño o pérdida producida entonces su quebrantamiento no puede ser causalmente relevante en la producción de este.

Si bien la descripción precedente es apta para ilustrar el método utilizado por el derecho inglés a fin de dar significado a la causa *próxima* y si bien el propio Sir Mackenzie Chalmers atribuye a la máxima en estudio el fundamento de la regla sentada en la Sección 55 de la MIA 1906, proclamando que “ningún principio en el derecho del seguro marítimo [aplicable sin perjuicio al seguro no marítimo] se encuentra mejor establecido que la regla causa *próxima*, *non remota*, *spectatur*”³⁰ (paréntesis es nuestro), siendo la MIA una recopilación del *common law* imperante a la época se ratifica estatutariamente que el *common law* siempre había reconocido que solo la causa *próxima* debía ser considerada, no podemos dejar de notar que a la época de la dictación de MIA 1906 no existía una única postura en relación con el entendimiento de causa *próxima*. La atribución realizada por Chalmers, si bien históricamente correcta, no obedecía por tanto a un significado único. El desarrollo del derecho inglés en este sentido puede ser dividido en dos estadios, donde el hito que marcará la tendencia imperante está constituido por la decisión de la House of Lords en 1918 en el caso de *Leyland Shipping Co Ltd v Norwich Union Fire Ins Sy Ltd*³¹.

Previo a 1918, las cortes eran asistidas por dos métodos en determinar la causa *próxima*, una primera escuela postulaba aproximar el problema desde el punto de vista del tiempo, identificando así la causa *próxima* con la última en el tiempo, de esta manera, vista la causalidad como una cadena, lo que en sí mismo es modernamente criticado, las cortes rechazaban todas las junturas anteriores de la cadena reteniendo solo con la última y atribuyéndole a este la calidad de *causa* de la pérdida o daño. Por ejemplo, en el caso de *Pink v Fleming*³² Lord Esher establecía que “solo la última

²⁸ Desde esta perspectiva, la vertiente continental se ubica en un estadio intermedio entre las teorías generales e individuales. Véase HART & HORONE (2002) p. 434.

²⁹ HART & HORONE (2002) p. 443.

³⁰ CHALMERS (1901) p. 66.

³¹ (1918) AC 350, (hull).

³² PINK v FLEMING (1890) 25 QBD 396, p. 397, CA.

causa debe ser examinada y el resto desechadas, sin perjuicio de que el resultado no se hubiere producido sin ellas". En el mismo caso, Lord Justice Lindley comentaba que "*desde antiguo ha sido la regla establecida en el derecho inglés en relación con el seguro marítimo que solo la causa próxima o inmediata debe ser examinada*"³³. Criticando este proceso Hodges oportunamente comenta que el método de seleccionar la última causa en el tiempo y arrogarle a esta la calidad de causa *próxima* no es un proceso de selección juicioso sino mecánico³⁴.

Una segunda escuela de pensamiento buscaba dilucidar la causa *próxima* en relación a su eficacia o preponderancia en producir el resultado. Esta se encuentra representada por la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso de *Reischer v Borwick*³⁵ donde Lord Justice Lopes rechazó la aplicación de la "última" causa en el tiempo prefiriendo seleccionar aquella causa anterior predominante y eficiente cuya acción constante trajo consigo el resultado, en este caso la colisión de la nave.

Será *Reischer v Borwick* y no *Pink v Fleming* uno de los casos que Sir Mackenzie Chalmers citará como fundamento del principio establecido en la sección 55 de MIA 1906³⁶.

Un segundo estadio está representado por la jurisprudencia posterior a la decisión de la House of Lords en el caso de *Leyland Shipping Co Ltd v Norwich Union Fire Ins Sy Ltd* en 1918, donde el tribunal supremo se aleja de visión temporal, primer estadio, para adoptar una posición basada en la eficacia, segundo estadio.

Resulta imperativo referirse a los hechos a los que se enfrentó la corte en *Leyland*³⁷ a fin de comprender el razonamiento subyacente. A mediados de la Primera Guerra Mundial la nave *Ikaría* había sido asegurada, entre otros riesgos, contra "riesgos marítimos"³⁸, excluyendo, entre otras cosas, las "consecuencias de hostilidades u operaciones relativas a guerra", que correspondía a la fórmula utilizada en la época para excluir los riesgos de guerra³⁹, el 30 de enero de 1915 cuando la nave se encontraba a 25 millas de su destino en el puerto de La Haya recibió el impacto de un torpedo

³³ PINK V FLEMING (1890) 25 QBD 396, p. 398, CA.

³⁴ HODGES (2005) p. 146.

³⁵ (1894) 2 QB 548, CA; 7 Asp MLC 493.

³⁶ CHALMERS (1901) p. 63.

³⁷ Leyland Shipping Co Ltd v Norwich Union Fire Ins Sy Ltd (1918) AC 350 (hull)

³⁸ De conformidad con la sección 3 de MIA: "*Maritime perils*" means the perils consequent on, or incidental to, the navigation of the sea, that is to say, perils of the seas, fire, war perils, pirates, rovers, thieves, captures, seizures, restraints, and detainments of princes and peoples, jettisons, barratry, and any other perils, either of the like kind or which may be designated by the policy".

³⁹ BENNET (2006) § 9.08.

alemán sufriendo severos daños. Sin embargo, con la ayuda de remolcadores, logró arribar a la bahía y tirar ancla. Tomando nota de la condición de la nave y considerando el peligro de que esta se hundiese y obstruyese la entrada a la bahía, la cual era necesaria para propósitos militares, las autoridades del puerto le ordenaron a la *Ikaria* salir del puerto y anclar dentro del rompeolas, lo cual era una orden razonable atendidas las circunstancias⁴⁰. En dicha situación permaneció la nave por dos días, pero, la desestabilización producida por el agua que había ingresado a sus bodegas fruto del impacto del torpedo significaba que la nave tocaba fondo con cada marea, lo que trajo como consecuencia que el 2 de febrero de 1915 la nave se quebrase en dos y se hundiere. Ante tal situación, los dueños de la *Ikaria* buscaron reclamar ante sus aseguradores basándose en que la pérdida se habría producido por la acción de riesgos marítimos, que eran los riesgos asegurados, los asegurados rechazaron dar cobertura basándose en que la causa *próxima* del daño era el torpedo y por tanto quedaba dentro de la exclusión antes mencionada.

Fallando por los aseguradores, Lord Shaw entregó el parecer de la corte en los siguientes términos:

“En mi opinión la real [y] eficiente causa del hundimiento de la nave se debió a que esta recibió un torpedo. Cuando una nave recibe daño, este puede ser fatal o puede ser curado: debe ser atendido. En atender este daño pueden, es cierto, existir circunstancias que agraven o posiblemente precipiten el resultado, pero se trata de incidentes que fluyen desde el daño, o que reciben de este un poder operativo y desastroso. La nave en resumen, estuvo en todo momento bajo la acción del evento. La verdadera y eficiente causa nunca dejó de aferrarse a ella. El resultado es producido, un resultado en lenguaje común atribuible al evento como su causa, y este resultado, próximo tanto como continuo en su eficacia, cumple debidamente, tanto de acuerdo con el contrato como en el estatuto aplicable [S 55 MIA 1906], el lenguaje de la expresión ‘próximamente causado’”⁴¹ (paréntesis es nuestro).

Continúa Lord Shaw ilustrando que “debemos ser cuidadosos en no colocar el acento en la palabra ‘próxima’ en el sentido de perder de vista o destruir enteramente la idea misma de causa. El verdadero e imperativo principio es el de mirar al contrato como un todo y establecer la intención de las partes del mismo. ¿Qué fue lo que ocasionó la pérdida, el evento, la calamidad, el accidente? Y esto no en un sentido artificial, sino que en aquel real sentido que las partes de un contrato deben haber tenido en su mente cuando se refirieron a la causa”⁴².

⁴⁰ En este mismo sentido BENNET (2006).

⁴¹ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918).

⁴² LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) 369.

Dos son las lecciones que se extraen entonces. Primero, la causalidad es realmente un asunto de interpretación contractual, estando las partes en libertad de establecer de manera más extensa o restringida la relación necesaria entre la verificación del riesgo o exclusión y la pérdida o daño. La causa *próxima* es en este sentido una regla de *default*. Sin perjuicio, la sola introducción de una nomenclatura distinta no necesariamente es suficiente para entender desplazada la regla⁴³ y requiere de una clara distinción. Así, en el caso de *Oei v Foster*⁴⁴ la corte construyó la referencia a “indirectamente causado” como algo eminentemente distinto a la causalidad *próxima*, requiriendo por tanto una relación menos *próxima*.

Segundo, la calidad de causa *próxima* es irrogada en razón de la eficiencia en producir un resultado conocido y no en relación a su temporalidad. El mismo Lord Shaw cierra la puerta a la primera de las escuelas antes referidas enfatizando que “*tratar la causa próxima como la causa más cercana en el tiempo está fuera de toda pregunta*”⁴⁵.

Consistentemente la jurisprudencia emanada de las cortes inglesas ha ratificado la regla precedente. El caso de *Samuel (P) & Ltd v Dumas*⁴⁶ es ilustrativo de la racionalidad implícita en la regla y de cómo las cortes la han desplegado a fin de dilucidar problemas de interpretación donde la carencia de un principio estable haría imposible arribar a algún grado de consistencia. Se trata aquí de un caso en que la tripulación de la nave se hizo con está procurando luego su hundimiento (un acto de *scuttling* en nomenclatura marítima), la pregunta que enfrentaba la corte era determinar si la causa *próxima* correspondía al hundimiento deliberado de la materia asegurada por aquellas personas bajo cuyo control de encontraba esta (causa excluida) o bien al ingreso de agua en la nave (causa cubierta). En la House of Lords, el Visconde Cave descartó la relevancia de considerar el ingreso de agua como la causa *próxima* en los siguientes términos:

*“Me parece que hay algo absurdo en decir que, cuando la tripulación de una nave se hace con esta, su pérdida no es causada por dicho acto, sino que por la incursión de agua que resulta de este acto. Sin duda ambos son parte de la cadena de actos que resultan en la pérdida de la nave pero el hecho de la tripulación es la causa real y operativa –el antecedente más cercano que puede ser llamado causa; y los eventos subsecuentes –el ingreso de agua de mar, el lento llenado de agua de las bodegas, la falla de las bombas y el quiebre de la nave– son tan parte del efecto como la desaparición final de la nave bajo las olas”*⁴⁷.

⁴³ CLARKE (2009) § 3-25.

⁴⁴ (1982) 2 LLOYD’S REP 170

⁴⁵ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) 369.

⁴⁶ (1924) AC 431.

⁴⁷ (1924) AC 431 448.

Al igual que en *Leyland Shipping*, el fenómeno de la guerra, y en particular la determinación de si es esta la causa *próxima* del daño o pérdida, ha influenciado fuertemente a las cortes en la búsqueda de la causa *próxima*. Así, la House of Lords ha aplicado consistentemente el principio ahí sentado en los casos de *Board of Trade v Hain SS Co*⁴⁸ y *Yorkshire Dale SS Ltd v Minister of War Transport, The Coxwold*⁴⁹. Fuera de la hipótesis bélica, recientemente la Corte de Apelaciones ha tenido la oportunidad de confirmar la regla en el caso de *Midland Mainline v Eagle Star Insurance Co Ltd*⁵⁰.

De esta manera, el derecho inglés ha arribado a un estadio en que no se discute la propiedad de determinar la causalidad próxima de conformidad con la eficacia y no la temporalidad de la circunstancia en estudio.

No debemos pensar sin embargo que un ejercicio de causalidad basado en la eficacia causal implica necesariamente identificar una causa única, lo que sucede es que en general las cortes han sido exitosas en identificar una causa dominante sin necesidad de preguntarse sobre la existencia de múltiples causas. Es “*un fenómeno relativamente reciente el que los jueces hayan comenzado a revelarse contra esta ortodoxia y han comenzado, no solo a reconocer la posibilidad de la existencia de múltiples causas, sino que han abrazado la idea con cierto entusiasmo: así, en 1974 Lord Cairns, en el caso de Wayne Tank and Pump Ltd v Employers’ Libability Assurance Corpn Ltd*⁵¹, llegó al punto de sugerir que los jueces no debieran esforzarse a encontrar una causa dominante”⁵². Es de prevenir que la sugerencia debe ser entendida en el sentido de no pretender que solo existe una causa *próxima* y dominante sino que puede existir más de una causa que responda a las características definidas precedentemente para esta. No se trata de disminuir la eficacia causal requerida y asignar el título de causa a algo menos que la causa *próxima*.

El problema de multiplicidad “*asume que por lo menos dos causas identificables han sido despejadas y descritas a la corte*”⁵³. Para el *common law* inglés, el problema se aproxima desde una división dual. En el primer caso, una de las causas identificadas corresponde a una exclusión de la póliza, mientras que en el segundo caso, una de las causas identificadas no se encuentra cubierta, en el sentido que no queda comprendida entre los riesgos cubiertos pero no excluida de manera expresa. Las dos situaciones precedentes son luego susceptibles de ser clasificadas en dos hipótesis, in-

⁴⁸ (1929) AC 534, HL.

⁴⁹ (1942) 73 L1 L REP, p. 10, HL.

⁵⁰ (2004) EWCA CIV 1042.

⁵¹ (1974) QB 57, p. 69.

⁵² LOWRY & RAWLINGS (2005) p. 312.

⁵³ BREWER (1961) p. 1141.

cluyendo subhipótesis, reflejando la secuencia temporal y la relación causal entre las causas identificadas⁵⁴, bajo la máxima de causalidad *próxima*, de modo que (a) una causa puede preceder temporalmente a otra; (b) una causa puede actuar de manera concurrente con otra u otras, pudiendo ser aptas para causar la pérdida de manera independiente o dependiente⁵⁵.

El derecho inglés aproxima el problema y avanza una solución desde la óptica de cada una de estas dos hipótesis. Es importante destacar que en la sede en estudio el título “causas concurrentes” se reserva exclusivamente para la segunda de las hipótesis, siendo la “multiplicidad de causas” el género y la “conurrencia de causas” la especie⁵⁶, lo que las diferencia es la relación de causalidad entre cada causa.

(a) Causas Sucesivas Conectadas

Se trata aquí de la situación en que una causa produce de manera inevitable a una u otras causas cuya acción da origen a la pérdida o daño. La entidad de esta “causa original” resulta trascendental.

De acuerdo al *common law* inglés, si la cadena causal tiene como antecedente originario un riesgo cubierto, la pérdida o daño se encuentra cubierto. Así por ejemplo en el caso de *Mardorf v Accident Ins Co*⁵⁷ el asegurado pasó a llevar una de sus piernas con la uña de sus pies, contrajo septicemia por la herida y falleció por neumonía séptica. Los aseguradores rechazaron cobertura sobre la base que el riesgo cubierto era muerte accidental y no enfermedad. La corte estuvo en desacuerdo y concluyó que la causa originaria, la que dio inicio a la cadena, fue el haber pasado a llevar su pierna con la uña, un accidente, y por tanto es indiferente si este a su vez dio origen a una exclusión, la enfermedad, pues, bajo las circunstancias del caso, el resultado final, la muerte, era inevitable.

Por el contrario, si la cadena causal tiene como antecedente originario un riesgo excluido o no cubierto la pérdida o daño no encuentra cobertura. Así sucedió en el ya mencionado caso de *Samuel (P) & Ltd v Dumas*⁵⁸, donde la corte concluyó que la causa originaria de la pérdida de la nave estaba constituida por el hecho de haberse hecho la tripulación con la nave con la intención de hundirla, exclusión, y no el ingreso de agua en la misma, riesgo cubierto.

⁵⁴ En este sentido BREWER (1961) p. 1175.

⁵⁵ Adoptamos aquí la nomenclatura de CLARKE (2009) §25-5.

⁵⁶ Así por ejemplo CLARKE (2009) §25-5, BENNET (2006) § 9.20-29, HODGES (2005) pp. 151-154.

⁵⁷ (1903) 1 KB 584.

⁵⁸ (1924) AC 431.

(b) Causas Concurrentes

La Real Academia Española de la Lengua define concurrencia como una “[c]oincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias”⁵⁹, siendo esta la misma acepción del término que recoge el *common law*, en el sentido de que ocurrida una pérdida esta puede ser atribuida a más de una causa, como su causa *próxima*⁶⁰. De acuerdo a los editores de Arnould, el primer caso registrado en desarrollar esta materia fue al parecer Hagedom v Whitmore⁶¹ un caso de 1816. A diferencia de la hipótesis anterior, se trata aquí de causas que actúan con cierta simultaneidad. Su efecto dependerá de varios factores que analizaremos por separado.

(b).1. Al menos un riesgo no cubierto pero no excluido y otro cubierto

Se trata aquí de la hipótesis en que siendo identificadas dos o más causas *próximas* una de ellas se encuentra fuera de cobertura, esto es, no cubierta pero no excluida de manera expresa, mientras existe al menos una de las restantes causas sí se encuentra cubierta. La situación donde al menos una de las causas identificadas corresponde a una exclusión se tratará a continuación.

La proposición general en esta materia está representada por la decisión de la Corte de Apelaciones en el conocido caso de JJ Lloyd Instruments Ltd v Northern Star Insurance Co Ltd (The Miss Jay Jay)⁶². Donde la nave, The Miss Jay Jay, se encontraba asegurada contra el riesgo de “cualquier medio externo”, existiendo consenso en que dicha aseveración se correspondía con “riesgos marítimos” como definidos en s 3 de la MIA, en circunstancias que se hizo a la mar en estado de innavegabilidad debido a una falla de diseño, encontrando clima adverso, mas no inusual, que dada su condición no estuvo en posición de soportar, provocándose su hundimiento. Cabe recordar que la póliza en consideración en este caso era una póliza por tiempo y no por viaje, lo cual es fundamental habida consideración de que en las pólizas por tiempo no existe una garantía implícita de navegabilidad, por tanto, una pérdida por esta causa solo se encontraría excluida en el caso que la nave haya sido enviada a la mar en un estado de innavegabilidad bajo conocimiento de sus dueños y siendo la innavegabilidad la causa de la pérdida⁶³, requisitos que en la especie no se verificaban,

⁵⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=QK6HxEQ-30DXX2sP9YVHX>. Fecha de consulta: 28/08/2015.

⁶⁰ GILMAN, MERKIN, BLANCHARD Y TEMPLEMAN (2013) § 18-1117.22.

⁶¹ (1816) 1 STARK 157.

⁶² (1987) 1 LLOYD'S REP 32 CA.

⁶³ HODGES (2005) p .153.

siendo en consecuencia la innavegabilidad una causa no cubierta pero no excluida.

La Corte determinó que ambas causas, la condición adversa del clima y la falla de diseño, eran iguales o virtualmente iguales en cuanto a su eficacia en producir el resultado⁶⁴ y que ninguna de ellas por sí sola habría producido la pérdida de la nave⁶⁵ y por tanto, siendo una de las causas *próximas* un riesgo asegurado y no encontrándose la otra causa concurrente excluida sino solamente fuera del ámbito de cobertura, el asegurado tenía derecho a recuperar la pérdida bajo la póliza⁶⁶. La regla sentada en *The Miss Jay Jay* ha sido reafirmada en varias oportunidades incluyendo la decisión de la House of Lords en el caso de *Kuwait Airways Corp v Kuwait Insurance Co SAK*⁶⁷ y el reciente caso de *The Cendor MOPU*⁶⁸. No obstante la decisión de la Corte Suprema en este último caso deja abierta la pregunta de si *The Miss Jay Jay* sería hoy considerado como un caso involucrando vicio inherente (el error de diseño).

(b).2. Al menos un riesgo excluido y al menos uno cubierto

Si por el contrario, la pérdida o daño se produce por una combinación de causas de similar eficiencia, una de las cuales es un riesgo cubierto y la otra u otras se encuentran expresamente excluidas, la pérdida o daño no encuentra cobertura⁶⁹. Este principio general supone una calificación, es solo cuando las causas son interdependientes entre sí, en el sentido de que ninguna hubiere causado la pérdida sin la otra, que la pérdida se encuentra excluida⁷⁰.

La proposición general en esta materia está representada por la decisión de la Corte de Apelaciones en el conocido caso *Wayne Tank and Pump Co Ltd v Employers Liability Assurance Corp Ltd*⁷¹ donde la Corte de Apelaciones determinó de manera unánime que existiendo más de una causa dominante o *próxima* no corresponde que el asegurado recupere bajo la póliza si una de estas es una excepción. El fundamento radica en que las exclusiones definen la extensión de la obligación asumida⁷². Lord Denning reafirma esta conclusión al indicar que “*viendo que las partes han estipulado por libertad [por medio de la exclusión] la única forma de dar*

⁶⁴ HODGES (2005) p. 40.

⁶⁵ HODGES (2005) p. 37.

⁶⁶ GILMAN, MERKIN, BLANCHARD Y TEMPLEMAN (2013) § 18-22.

⁶⁷ (1999) 1 LLOYD'S REP. 803.

⁶⁸ (2011) 1 LLOYD'S REP. I. R. 302.

⁶⁹ GILMAN, MERKIN, BLANCHARD Y TEMPLEMAN (2013) § 19-22.

⁷⁰ CLARKE (2009) § 6-25.

⁷¹ (1974) Q,B, 57.

⁷² CLARKE (2009) § 1-19A.

*efecto a ello es mediante eximirlos [de responsabilidad]*⁷³ (el paréntesis es nuestro). Esta regla ha sido reafirmada en varias oportunidades incluyendo los antes referidos casos de *Miss Jay Jay* y *Kuwait Airways* y el reciente caso de *Midland Mainline v Eagle Star Insurance Co Ltd*⁷⁴.

Los editores de Arnould trazan el antecedente histórico de la regla al conocido caso de *Cory & Sons v Burr*⁷⁵ donde, considerando la correcta construcción causal de la garantía de f.c.& s. (libre de captura e incautación), en la House of Lords, Lord Blackburn concluyó que, atendidas las circunstancias del caso, la pérdida de la nave podía atribuirse a un acto de baratería o de incautación, o bien a un acto de detención del príncipe, pero que en su correcta construcción la garantía de f.c.& s estaba concebida para liberar de responsabilidad a los aseguradores aun si la pérdida hubiere sido causada por un acto de baratería⁷⁶.

Por último, tratándose de causas concurrentes que operan de manera independiente, esto es, si cualquier hubiere causado la pérdida o daño sin la otra, el asegurado puede recuperar la parte de la pérdida o daño que corresponde a la causa cubierta. El caso de *Ford Motors Co of Canada Ltd v Prudential Assurance Co Ltd*⁷⁷ donde la Corte Suprema de Canadá determinó que el asegurado podía recuperar solo la parte del daño que había sido causada por la causa cubierta, el disturbio, y no por la parte del daño producida por la causa excluida, interrupción de los trabajos, es ejemplo de la regla.

III. LA CAUSALIDAD EN EL *COMMON LAW* NORTEAMERICANO

Al igual que sucede en el *common law* inglés, su pariente americano diferencia la investigación causal en materia de seguros de aquella desplegada en otras ramas del derecho fundado en la pregunta que se busca resolver. La pregunta en la rama en estudio implica determinar si un acontecimiento determinado es apto para, en consideración con el lenguaje de la póliza, gatillar la cobertura contratada⁷⁸.

De la misma manera, coincide en que la investigación causal es un asunto de interpretación contractual. Las palabras de Justice Benjamin Cardozo en el conocido caso de *Bird v. St. Paul Fire & Marine Ins Co*⁷⁹

⁷³ *WAYNE TANK AND PUMP CO LTD v EMPLOYERS LIABILITY ASSURANCE CORP LTD* (1973) 2 LLOYD'S REP 237, 240.

⁷⁴ (2004) EWCA CIV 1042.

⁷⁵ (1883) 8 APP. CAS. 393.

⁷⁶ GILMAN, MERKIN, BLANCHARD Y TEMPLEMAN (2013) § 19-22.

⁷⁷ 14 DLR (2ND) 7 (ONT, 1958).

⁷⁸ STEMPEL (2011) § 8.01.

⁷⁹ 120 N.E. 86, 87-88 (N.Y. 1918).

son aceptadas como finales en esta materia, refiriéndose a la causalidad en materia de seguros el distinguido juez decía “*en un último análisis, es algo en la mente de los hombres, en la voluntad de las partes contratantes, y no meramente en el vínculo físico entre eventos, lo que resuelve, por lo menos para jurista, este problema de la causalidad*”.

En cuanto a la regla a aplicar en su determinación, en general, el *common law*⁸⁰ norteamericano adopta la causa *próxima* en términos similares a los reconocidos en el *common law* inglés. Pero, con un marcado acento en el tratamiento de los problemas de multiplicidad de causas, lo que deriva en distintas soluciones a nivel estatal. En relación con la significancia de causa *próxima*, la definición más aceptada y ampliamente citada parece ser la empleada en el caso de Lynn Gas & Elec. Co v. Meriden Fire Ins. Co⁸¹, a saber “[l]a causa activa y eficiente que pone en movimiento el tren de eventos que trae consigo el resultado sin la intervención de ninguna otra fuerza que haya comenzado a trabajar de forma activa desde una nueva e independiente fuente es la causa directa y próxima”. Habiendo recibido consagración estatutaria en algunos estados, por ejemplo en la sección 530 del Código de Seguros del Estado de California⁸² bajo una redacción similar a la contenida en la sección 55 (1) de la MIA. Sin perjuicio, en algunas decisiones aún es posible observar resabios de una regla que mira la causa *próxima* como aquella más cercana en el tiempo. Así, en el caso de Sabella v Wisler⁸³ la corte interpretó la referencia a “causa inmediata” como “última causa en el tiempo”.

(a) Causas Sucesivas Conectadas

No existe en el *common law* norteamericano una línea divisoria tan clara como la marcada en el *common law* inglés en relación con distinguir problemas de concurrencia de causas de los problemas de secuencia de causas o al menos pareciere no haber causado suficientes problemas como para merecer una mención más relevante en las fuentes consultadas. Sin perjuicio de ello, un excelente ejemplo es el caso de Princess Garment Co. v. Fireman’s Ins. Co.⁸⁴. En Princess, la póliza cubría una fábrica contra el riesgo de incendio, incluyendo los daños producidos por las órdenes de la autoridad civil o militar en prevenir la propagación del incendio declarado.

⁸⁰ Vid supra Nota 15.

⁸¹ 158 Mass. 570, 575, 33 N.E. 690, 691 (1893).

⁸² “An insurer is liable for a loss of which a peril insured against was the proximate cause, although a peril not contemplated by the contract may have been a remote cause of the loss; but he is not liable for a loss of which the peril insured against was only a remote cause”. Disponible en: <http://codes.lp.findlaw.com/cacode/INS/1/d1/1/6/2/s530#sthash.AG5A6Z7J>. dpuf. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2015.

⁸³ 377 P 2D 889, 897 (CAL, 1962-HOMEOWNERS’ AR).

⁸⁴ 115 F. 2D 380 (6TH CIR. 1940).

En el marco de una inundación, riesgo no cubierto, un tanque de gasolina cercano explotó esparciendo combustible en llamas por el agua, las autoridades, temiendo que el fuego, desplazándose por el agua, alcanzase la fábrica, ordenaron su evacuación, con el resultado que los empleados no pudieron terminar sus labores de almacenar los bienes de producción de la fábrica en los pisos superiores los cuales en consecuencia, sufrieron daños por agua. La corte determinó que la causa *próxima* del daño fue la orden de la autoridad en prevenir el incendio, no obstante este nunca alcanzó en realidad al edificio, y por tanto un riesgo cubierto. Se seguirá que la respuesta hubiera sido la misma si los daños por agua hubiesen estado excluidos de cobertura y no simplemente no cubiertos. La causa eficiente que precede la cadena causal marca la existencia o inexistencia de cobertura. La inundación es la causa indirecta, el escenario, mas no una causa *próxima*. Para el caso de que la cadena causal tenga como antecedente fundante un riesgo no cubierto, la respuesta en el derecho norteamericano pareciera diferir del derecho inglés. Así, en *Norwich Union Fire Ins Co. Socy v. Port of New Orleans*⁸⁵, donde un incendio de grano resultó en daños a la maquinaria empleada para proveer ventilación al mismo, la corte resolvió que no era obstáculo al derecho del asegurado a ser indemnizado el hecho que el fuego se haya propiciado por el vicio inherente del grano, riesgo no cubierto pero no expresamente excluido.

(b) Causas Concurrentes

Como anticipáramos, el *common law* norteamericano tiende a enfocarse en solucionar los problemas de multiplicidad de causas, lo que produce variadas interpretaciones, distanciándose así del *common law* inglés. Con todo, las vertientes estatales pueden subsumirse en tres grandes familias o aproximaciones.

A diferencia de la clasificación en sede inglesa, no se reconoce aquí una nítida distinción entre las hipótesis de concurrencia causal entre riesgos cubiertos, no excluidos y excluidos de manera expresa, por lo que se tratarán de manera conjunta.

(b).1. Al menos un riesgo excluido o no cubierto y al menos uno cubierto

Una primera aproximación, que es también la más extendida y aceptada⁸⁶, identificando la investigación causal con la búsqueda de la causa *próxima*, busca resolver los problemas de concurrencia de causas determinando la predominancia de una de las causas concurrentes. Tenemos entonces que, de acuerdo a esta aproximación, vasta probar que el riesgo

⁸⁵ 141 F.2D 600 (5th Cir. 1944).

⁸⁶ STEMPER (2011) § 8.01 [A].

cubierto fue la causa *próxima* o eficiente del daño o pérdida sin perjuicio de que otras causas, léase no próximas, hayan contribuido⁸⁷. Los casos de *W.Nat'l Ins. Co. v. Union of N.D.*⁸⁸ y *Leonard v. Nationwide Mutual Insurance Co*⁸⁹ confirman la regla general. Este último caso es interesante por varias materias, a saber, la confirmación de la regla suscrita y la validación de la utilización de cláusulas anticoncurrencia, en relación con la primera, la Corte de Apelaciones por el Quinto Circuito confirmaría su aplicación en el caso de un caso sobre la correcta interpretación de la cobertura entregada en una póliza de propietario de inmueble a consecuencia de los daños producidos por el Huracán Katrina, donde la Corte concluyó que, siendo la regla de la causa *próxima* la imperante en el estado de Missisipi, tratándose de una póliza de “todo riesgo” pero que excluía la acción concurrente del viento y el agua, por ejemplo bajo la forma de olas, la causa *próxima* de la pérdida de la materia asegurada no podía ser otra que la ola producida y siendo esta un riesgo excluido el asegurado estaba impedido de recuperar bajo la póliza.

Esta aproximación, si bien mayoritariamente aceptada, no ha estado exenta de críticas, principalmente en relación con la dificultad de, enfrentados a un escenario multicausal, determinar cuál de todas las causas merece el título de causa *próxima* y eficiente⁹⁰. Afortunada o desafortunadamente, las cortes no están solas en esta tarea, pues la introducción de cláusulas anticoncurrencia o ACC ayuda a resolver el problema de antemano, quedando a la corte el problema de determinar la legalidad o ilegalidad de dichas cláusulas, examen que debe realizarse teniendo en mente la regulación de cada estado⁹¹.

Una segunda aproximación, minoritaria, asimila la solución propuesta en el *common law* inglés y, si bien adscribiendo al concepto de causa *próxima*, resuelve el problema de concurrencia entre causas cubiertas y excluidas de manera negativa, esto es, frente a una combinación de causas, el hecho de que una de estas constituya una excepción es fatal para la pretensión del asegurado. Regla que ha recibido confirmación en múltiples ocasiones. Así, por ejemplo en el caso de *Marcus v. United States Cas. Co*⁹², donde la corte decidió sobre la correcta interpretación de la cobertura entregada bajo una póliza de responsabilidad civil, la cual excluía cualquier responsabilidad derivada del uso de ascensores en circunstancias que el asegurado había sido demandado por su responsabilidad por la caída de un

⁸⁷ *KEMP v. AM. UNIVERSAL INS. CO.*, 391 F.2D 533, 535 (5th Cir.1968).

⁸⁸ 643 N.W.2d 4 (N.D. 2002).

⁸⁹ 499 F.3d 419 (2007).

⁹⁰ *STEMPEL* (2011) §8.01 [A].

⁹¹ *STEMPEL* (2011) p. 534

⁹² 249 N.Y. 21 (1928).

individuo por el shaft del ascensor bajo la creencia equivocada de que este era un baño. La corte en Marcus concluyó que la causa próxima y eficiente era la caída en el mentado shaft, riesgo excluido y no la falta de mantención de medidas de precaución adecuadas. Enfrentada a hechos virtualmente idénticos a Lekas, similar posición adoptó la opinión disidente de la corte en el caso de Lekas Corp. v. Travelers Ins. Co.⁹³.

Por último, una tercera aproximación, ciertamente la más liberal⁹⁴, determina la existencia de cobertura en base a que una de las causas concurrentes constituya un riesgo cubierto sin importar si alguna o algunas de las causas restantes se encuentran excluidas. Esta es por ejemplo la posición adoptada por la mayoría de la corte en Lekas Corp. v. Travelers Ins. Co.⁹⁵ donde, rechazando la formulación adoptada en Marcus v. United States Cas. Co⁹⁶, los juzgadores concluyeron que “*los casos de causalidad conjuntiva [léase concurrente] en relación con cláusulas de exclusión parecen apuntar de manera uniforme en una dirección muy distinta*”, esto es, existiendo concurrencia de causas entre causas cubiertas y excluidas, la cobertura debe primar. Regla que ha recibido confirmación en múltiples ocasiones. Así, por ejemplo en el caso de Salem Group v. Oliver⁹⁷.

Es importante notar que si bien las tres aproximaciones resultan en conclusiones distintas a la misma pregunta, todas consideran como criterio básico la causa *próxima*, vale decir, el problema de concurrencia versa sobre la rivalidad entre distintas causas *próximas* y eficientes sin considerar la influencia de causas de una entidad causal menor.

No podemos dejar de destacar que el *common law* norteamericano no solo contempla la adopción de distintos criterios de solución entre estados sino que a su vez un mismo estado puede contemplar la adopción de criterios distintos para cada tipo de seguros. Así, California consagra estatutariamente la regla de la causalidad *próxima* como regla de *default* en los seguros de propiedad, o *first-party insurance*, pero adopta la aproximación más liberal para el caso de seguros de responsabilidad, o *third-party insurance*⁹⁸. El caso de State Farm Mutual Auto Ins Co v. Partridge⁹⁹ es ilustrativo de esta tendencia. En Paltridge, el asegurado en una póliza de vehículos, incluyendo responsabilidad civil, disparó y mató a su acompañante producto de la descarga accidental de su arma, la cual llevaba en su regazo mientras manejaba. La Corte Suprema de California determinó la

⁹³ 147 N.Y.S.2D 60 (APP. DIV. 1955).

⁹⁴ STEMPER (2011) §8.01 [A].

⁹⁵ 147 N.Y.S.2D 60 (APP. DIV. 1955).

⁹⁶ 249 N.Y. 21 (1928).

⁹⁷ 607 A.2D 138 (N.J. 1992).

⁹⁸ STEMPER (2011) p. 542.

⁹⁹ 10 CAL.3D 102 (California, 1973).

existencia de dos causas, por un lado, la negligencia del asegurado en afilar el gatillo del arma a fin de que se disparase con extrema facilidad y por el otro, la negligencia del asegurado en conducir con el arma en su regazo con su acompañante. Notando que solo la primera de las causas se encontraba cubierta en la póliza, la corte sentenció que existiendo dos causas *próximas*, una asegurada y otra excluida, el asegurador debe responder sin perjuicio de que no hubiera sido responsable por los daños acontecidos a razón de la causa excluida.

En un esfuerzo por encontrar el factor diferenciador entre las soluciones adoptadas en uno y otro continente, algunos autores indican como el factor diferenciador la inclinación de las cortes norteamericanas por favorecer aquella interpretación que determine la existencia de cobertura versus la contraria a fin de proteger lo que la corte concibe como las expectativas razonables del asegurado¹⁰⁰. Refiriéndose a este vicio, Keeton explica que *“en muchas circunstancias, las decisiones sobre causalidad en relación con los términos de una póliza de seguros son mejor entendidas como manifestaciones de la inclinación judicial de favorecer la cobertura ya sea mediante la interpretación de términos ambiguos contra el asegurador o por medio de la protección de las expectativas razonables del asegurado”*¹⁰¹. Sobre la denominada doctrina de las “expectativas razonables del asegurado” como técnica interpretativa mucho podría decirse y mejores estudiosos que nosotros ya lo han hecho¹⁰². Basta clarificar en estas líneas que la aludida doctrina no ha alcanzado el sitial de doctrina ampliamente aplicada en los Estados Unidos, ni en ninguna parte del mundo por lo demás. Siendo así que la posición mayoritaria en el *common law* norteamericano es la de adoptar una versión diluida de la misma, donde no solo las expectativas deben ser “razonablemente objetivas”, en el sentido que un asegurado razonable hubiera podido sostener tales expectativas atendidas las circunstancias del caso, sino que el despliegue de esta herramienta queda sujeta a la que la póliza o condición en estudio sea ambigua o poco clara.

IV. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, ambas sedes han arribado a un nivel de desarrollo de la teoría de la causalidad aplicada al contrato de seguros que descansa en criterios de eficiencia descartando la mera cercanía temporal como factor de atribución causal. Ambas sedes han logrado asimismo diferenciar los problemas de secuencia de temporal de causas de los problemas de concurrencia de causas. En relación a estos últimos, se observa un desarrollo doctrinal profundo respecto a la construcción del vínculo causal

¹⁰⁰ LOWRY & RAWLINGS (2005) p. 317.

¹⁰¹ KEETON & WIDISS (1988) p. 557.

¹⁰² STEMPEL (2011) § 2.09.

en situaciones de concurrencia de causas no cubiertas de manera expresa, causas excluidas y causas cubiertas, apreciándose soluciones diversas en uno y otro continente, pero siempre utilizando como principio guía una encomiable razonabilidad al sopesar los intereses de ambas partes del contrato de seguros, asegurado y asegurador.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- BEATSON, BURROWS Y CARTWRIGHT (2010): *Anson's Law of Contract* (Londrés, Oxford University Press, decimonovena edición).
- BENNET, Howard (2006): *Law of Marine Insurance* (Londrés, Oxford University Press).
- BIRDS, John (2010): *Birds' Modern Insurance Law* (Londrés, Sweet & Maxwell, octava edición).
- BIRDS, LYNCH Y MILNES (2012): *Macgillivray on Insurance Law* (Londres, Sweet & Maxwell, duodécima edición).
- BREWER, William Conant (1961): "Concurrent Causation in Insurance Contracts", *Michigan Law Review*, Vol.59, Junio, N° 8.
- CHALMERS, Mackensie Dalzell (1901): *A Digest of the Law Relating to Marine Insurance* (Londrés, William Clowes and Sons Limited).
- CLARKE, Malcolm A. (2009): *The Law of Insurance Contracts* (Londres, Informa, sexta edición).
- ROSE, F.D (2008): *Marine Insurance Law and Practice* (Londres, Informa).
- GILMAN, MERKIN, BLANCHARD Y TEMPLEMAN (2013): *Arnould's Law of Marine Insurance and Average* (Londrés, Sweet & Maxwell, decimooctava edición).
- HART & HORONE (2002): *Causation in the Law* (Cambridge, Oxford University Press).
- HODGES, Susan (2005): *Law of Marine Insurance* (Londrés, Cavendish Publishing).
- HOLLAND, J. & WEBB, J. (2013): *Learning Legal Rules* (Oxford, Oxford University Press, octava edición).
- HUME, David (1978): *A treatise of Human Nature*, (Londres, Oxford University Press, segunda edición).
- JONES, Michael A., et al. (2010): *Clerk and Lindsell on Torts* (Londres, Sweet & Maxwell, 20a edición).
- KEETON & WIDISS (1988): *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practice* (Estados Unidos, West Publishing).
- LOWRY, RAWLINGS (2005): "Causation in Insurance Law", *The Modern Law Review*, Vol. 68, No. 2, 2005.
- LOWRY, RAWLINGS & MERKIN (2011): *Insurance Law: Doctrine and Principles*, (Londres, Hart, tercera edición).

- MERKIN, Robert (2010): *Marine Insurance Legislation* (Londres, Informa, cuarta edición).
- MILL, John Stuart (1886): *A System of Logic* (Londres).
- Prevof, Juan Manuel (2010): "El Problema de la Relación de Causalidad en el Derecho de la Responsabilidad", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15.
- SPEDDING, ELLIS & HEATH (1870): *The Works of Francis Bacon* (Londres, Reimpreso por Routledge Thoemmes Press).
- STEMPEL, Jeffrey W. (2011): *Principles of Insurance Law* (San Francisco, Lexis-Nexis, cuarta edición).
- KEETON & WIDISS (1988): *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practice* (Nueva York, West Publishing).
- ZWEIGNER & KOTZ (1998): *An Introduction to Comparative Law* (Traducido por Tony Weir, Londres, Oxford University Press).

Jurisprudencia

- HAGEDOM v WHITMORE (1816) 1 Stark 157.
- CORY & SONS v BURR (1883) 8 APP. CAS. 393.
- PINK v FLEMING (1890) 25 QBD 396.
- LYNN GAS & ELEC. CO v. MERIDEN FIRE INS. CO, 158 MASS. (1893) 570, 575, 33 N.E. 690, 691.
- REISCHER v BORWICK (1894) 2 QB 548, CA;7 Asp MLC 493.
- MARDORF v ACCIDENT INS Co (1903) 1 KB 584.
- BIRD v. ST. PAUL FIRE & MARINE INS Co (1918), 120 N.E. (N.Y.)
- LEYLAND SHIPPING Co LTD v NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) AC 350, (hull).
- SAMUEL (P) & LTD v DUMAS (1924) AC 431.
- STATE FARM MUTUAL AUTO INS Co v. PARTRIDGE (1928) 249 N.Y. 21.
- MARCUS v. UNITED STATES CAS. Co (1928) 249 N.Y. 21.
- BOARD OF TRADE v HAIN SS Co (1929) AC 534, HL.
- PRINCESS GARMENT CO. v. FIREMAN'S INS. CO. (1940), 115 F.2d 380 (6th Cir.).
- YORKSHIRE DALE SS LTD v MINISTER OF WAR TRANSPORT, THE COXWOLD (1942) 73 Ll L REP, P. 10, HL.
- NORWICH UNION FIRE INS Co. SOC'Y v. PORT OF NEW ORLEANS (1944) 141 F.2d 600 (5th Cir.).
- MONARCH STEAMSHIP Co LTD KARLSHAMNS OLIEFEBRIKER (1949) AC 196, 227.
- LEKAS CORP. v. TRAVELERS INS. Co. (1955) 147 N.Y.S.2d 60 (App. Div.)
- FORD MOTORS Co OF CANADA LTD v PRUDENTIAL ASSURANCE Co LTD (1958) 14 DLR (2nd) 7 (Ont).
- SABELLA v WISLER (1962) 377 P 2d 889, 897 (Cal, 1962-homeowners' AR).
- KEMP v. AM. UNIVERSAL INS. Co. (1968) 391 F.2d 533, 535 (5th Cir.1968).

WAYNE TANK AND PUMP CO LTD v EMPLOYERS LIABILITY ASSURANCE CORP LTD (1973) 2 Lloyd's Rep 237, 240.

WAYNE TANK AND PUMP CO LTD v EMPLOYERS LIABILITY ASSURANCE CORP LTD (1974) QB 57.

OEI v FOSTER (1982) 2 Lloyd's Rep 170.

LORD BRIGHTMAN EN SHELL INTERNATIONAL PETROLIUM CO LTD v CARYL ANTHONY VAUGHN GIBBS, THE SALEM (1983) 1 Lloyd's Rep 342.

JJ LLOYD INSTRUMENTS LTD v NORTHERN STAR INSURANCE CO LTD (THE MISS JAY JAY) (1987) 1 Lloyd's Rep 32 CA.

SALEM GROUP v. OLIVER, 607 A.2D 138 (N.J. 1992).

KUWAIT AIRWAYS CORP v KUWAIT INSURANCE Co SAK (1999) 1 Lloyd's Rep. 803.

W.NAT'L INS. CO. v. UNION OF N.D. (2002) 643 N.W.2d 4 (N.D. 2002).

MIDLAND MAINLINE v EAGLE STAR INSURANCE Co. LTD. (2004) EWCA CIV 1042.

LEONARD v. NATIONWIDE MUTUAL INSURANCE Co. (2007) 499 F.3d 419.

THE CENDOR MOPU (2011) 1 Lloyd's Rep. I. R. 302.

Legislación internacional

Ordenanza de la Marina Francesa de 1681

Código de Comercio Francés de 1807

Código de Comercio Español de 1829

Marine Insurance Act de 1906 (Reino Unido)

Código de Seguros del Estado de California

¿TEJO PASADO O FRAUDE AL SEGURO? EL AUMENTO FRAUDULENTO DE PÉRDIDAS COMO MODALIDAD DEL TIPO DEL NUEVO DELITO DE FRAUDE DE SEGUROS

NIBALDO SEPÚLVEDA VERDUGO*

I. INTRODUCCIÓN

El próximo 1 de diciembre de 2015 se cumplirán dos años desde que entró en vigencia en nuestro país el delito de “Fraude al Seguro”, incorporado por la Ley N° 20.667 al artículo 470 del Código Penal, bajo el numeral 10°.

Resulta imprescindible comenzar cualquier análisis que diga relación con este ilícito penal, haciendo referencia a la norma en comento, como punto de referencia de los temas que se desarrollarán a continuación.

El mencionado precepto legal dispone que:

“Las penas del artículo 467¹ se aplicarán también:

A los que maliciosamente obtuvieren para sí, o para un tercero, el pago total o parcialmente indebido de un seguro, sea simulando la existencia de un siniestro, provocándolo intencionalmente, presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas, ocultando la cosa asegurada o aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas.

* Abogado de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la misma casa de estudios. Abogado asociado de Estudio Carvallo Abogados Ltda.

¹ El artículo 467 del Código Penal dispone que: “El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado: 1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad, se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena.

La pena se determinará de acuerdo con el monto de lo indebidamente solicitado”.

Del texto de la norma vemos que la conducta desplegada por el autor del delito para defraudar a la Compañía debe revestir alguna de las cinco modalidades del tipo previstas en este catálogo o *numerus clausus*²:

- i. Simulando la existencia de un siniestro.**
- ii. Provocándolo intencionalmente.**
- iii. Presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas.**
- iv. Ocultando la cosa asegurada.**
- v. Aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas.**

Debido al poco tiempo que lleva en vigor este delito, contamos con una jurisprudencia casi inexistente³, que no nos entrega aún, por dicho motivo, directrices prácticas y normativas que nos permitan verificar o reconocer, en los hechos, dichas modalidades típicas.

Es a raíz de este escenario, que han comenzado a surgir dudas para los intervinientes del mercado asegurador (asegurados, aseguradoras, y liquidadores, principalmente) en torno al reconocimiento de las mismas en la práctica, que se motivan al tener que enfrentarse a diario a situaciones que podrían perfectamente ser constitutivas de alguna de estas modalidades, resultándoles dificultoso su tratamiento.

En otras palabras, hay una situación de incertidumbre de la que, de alguna u otra forma, debemos hacernos cargo.

Para ayudar en ello, este trabajo se propone delimitar, tal como su título lo sugiere, una de las modalidades del tipo del nuevo delito de “Fraude al Seguro”: *el aumento fraudulento de las pérdidas efectivamente sufridas*, entregando ciertas directrices a los actores del mercado asegurador, de las

² En este trabajo no abordaremos la discusión respecto de la idoneidad de la técnica legislativa del *numerus clausus*, ni las consecuencias de la verificación, en los hechos, de modalidades distintas a estas cinco, cuestiones tratadas en SEPÚLVEDA (2014) p. 145.

³ La primera condena en Chile por el delito de “Fraude al Seguro”, la dictó el Juzgado de Garantía de Temuco el día 3 de julio de 2015, en audiencia de Procedimiento Abreviado en la causa RIT N° 7301-2014, RUC N° 1400593151-8. El caso objeto de esta investigación, dice relación, a grandes rasgos, con dos sujetos que, concertados y con el ánimo de defraudar a la aseguradora, incendiaron un camión, hecho que posteriormente denunciaron al seguro como siniestro, procediendo finalmente la Compañía al pago del mismo. Es decir, la modalidad del tipo que concurrió acá fue la de “Provocándolo intencionalmente”.

que puedan echar mano al momento de enfrentarse a un aumento de pérdidas, para que reconozcan con mayor facilidad si este es o no constitutivo de delito.

II. REQUISITOS EX ANTE PARA COMENZAR A ANALIZAR EL CARÁCTER DE DELICTIVO DEL AUMENTO DE PÉRDIDAS

II.1. Existencia de un siniestro que provoque pérdidas

Lo primero que salta a la vista de la nomenclatura *“aumentando las pérdidas efectivamente sufridas”*, es que esta modalidad exige, para su verificación, que **haya existido un siniestro**, y que este haya traído como consecuencia **pérdidas para el asegurado**.

Es decir, se erige como una **exigencia ex ante**, que exista un objeto asegurado siniestrado, que, producto del siniestro, haya disminuido su valor económico.

En consecuencia, **si no concurre ninguno de estos elementos**, seguramente estaremos frente a la modalidad del tipo *“simulando la existencia de un siniestro”*, pero no podrá concurrir, por razones lógicas, un *“aumento fraudulento de las pérdidas efectivamente sufridas”*.

II.2. Aumento de pérdidas

Luego, se desprende del tenor de la descripción de esta modalidad, que el asegurado, o un tercero distinto de este⁴, debe aumentar las pérdidas efectivamente sufridas por el objeto asegurado producto del siniestro.

Recapitulando: para estar ante la modalidad sujeta de análisis, deben concurrir como elementos o requisitos previos:

- a) **Un siniestro**
- b) **Que haya ocasionado pérdidas del objeto asegurado;**
- c) **Y que estas hayan sido aumentadas por el asegurado, o por un tercero distinto de este.**

Este es el **punto de partida** que debemos despejar, previamente, para comenzar luego a analizar si la conducta a la que nos enfrentamos, es o no constitutiva de la modalidad del tipo comentada.

⁴ Recordemos que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, posibilidad desprendida del uso, por parte del Legislador, del tecnicismo *“El que”* al referirse al autor de la conducta típica. Para una mayor comprensión de lo anterior, véase SEPÚLVEDA VERDUGO (2014) p. 141.

Lógicamente, esta no se satisface solo por la concurrencia de estas características. Para ello serán necesarios los requisitos que se desarrollan a continuación.

III. REQUISITOS ESPECIALES QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE EL RECLAMO EXAGERADO SEA DELITO

Teniendo claridad respecto a las exigencias previas de la referida modalidad del tipo, digamos que se deben satisfacer **dos requisitos adicionales** para que el aumento de pérdidas sea constitutivo de delito: uno de carácter subjetivo, y otro objetivo.

III.1. Requisito Subjetivo - El delito de "Fraude al Seguro" exige dolo directo ("*maliciosamente*")

El autor de este delito debe concurrir a su perpetración motivado por un **dolo especial**.

A este respecto, el dolo, entendido unánimemente como "conocimiento y voluntad de realización del hecho descrito por el tipo", se puede distinguir, principalmente, entre **eventual** o **directo**.

Se entiende por **dolo eventual** "*una situación en la que el sujeto no persigue la realización del tipo ni se la representa como segura o necesaria, sino simplemente como posible, no obstante lo cual actúa*"⁵. Como el policía que dispara a una turba de manifestantes para repelerla, no buscando la muerte de nadie, pero sí representándose la como posible, no obstante lo cual actúa.

Por su parte, se entiende que se actuará con **dolo directo** "*cuando el sujeto persigue la realización del tipo, ese es su propósito, objetivo o intención... como el caso de quien dispara a su enemigo precisamente para matarlo*"⁶.

Teniendo esta distinción presente, debemos señalar –más bien, recordar–, que el dolo exigido en la faz subjetiva de este tipo penal es *directo*, principalmente por cuanto el legislador incluyó el elemento subjetivo del tipo "*maliciosamente*", previo a describir la conducta típica de la norma del N° 10 del artículo 470 del Código Penal.

Esta afirmación, se refuerza por el uso que hace la norma, de "expresiones maliciosas" en la descripción de las modalidades del tipo ("intencionalmente", "simulando", "fraudulentamente")⁷.

⁵ HERNÁNDEZ (2011) p. 71.

⁶ HERNÁNDEZ (2011) p. 69.

⁷ En el mismo sentido SCHECHLER (2015) p. 820 y SEPÚLVEDA (2014) p. 146.

La consecuencia práctica de tal exigencia es que **se descarta, para la configuración del delito, la procedencia de cualquier otro ánimo diverso al dolo directo** en el autor del mismo, no siendo castigable, en consecuencia, el dolo eventual, ni menos la Culpa.

III.2. Requisito objetivo - El aumento de pérdidas debe ser fraudulento

No cualquier aumento o reclamación exagerada de pérdidas será constitutiva de una modalidad delictual de “Fraude de Seguros”; debe tratarse de un aumento o reclamación de pérdidas llevado a cabo *fraudulentamente*.

Para la Real Academia de la Lengua Española (RAE), *fraudulentamente* es “*actuar con fraude*”, y, a su vez, define *fraude* como una “*acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra la cual se comete*”.

Así las cosas, *aumentar fraudulentamente las pérdidas* significará **aumentar las pérdidas** efectivamente sufridas por un siniestro, **faltando a la verdad**, esto es, a través del aporte de información (antecedentes, datos, documentos) falsa.

III.3. Reclamación exagerada delictiva

En razón de lo anterior, **habrá “Fraude al Seguro” en el contexto de una reclamación exagerada cuando el autor del mismo persiga, inequívocamente y desde el minuto en que realiza el denunció⁸, defraudar a la Compañía Aseguradora, propósito, objetivo, o intención que se canaliza a través de un aumento fraudulento de pérdidas.**

Lo anterior, impone a la víctima –aseguradora– que quiera perseguir penalmente este delito, y al Ministerio Público, la carga de tener que demostrar, durante la investigación penal que se origine, una intención psicológica específica en el autor del delito, de haber aumentado fraudulentamente las pérdidas para defraudar a la Compañía de Seguros, con las dificultades prácticas que ello conllevará.

Por lo mismo, confiamos en que la jurisprudencia que se comience a originar en torno a este delito, sea uniforme en el estándar que exigirá para dar por acreditado estos elementos, entregando señales de certeza jurídica hacia los intervinientes del mercado asegurador que necesitan darle también un tratamiento unívoco a los siniestros que les toque enfrentar.

⁸ Será crucial para determinar cuándo se da *principio a la ejecución* de este delito el momento en que comience la *comunicación engañosa* entre autor y víctima, lo que debiese tener lugar, la mayor de las veces, al momento en que el defraudador realice el respectivo denunció a la compañía con el objeto de requerir la respectiva indemnización. En este sentido PIÑA (2006) p. 135-136.

IV. IDENTIFICANDO UN AUMENTO FRAUDULENTO: EJEMPLOS TÍPICOS

El concepto de *“aumento fraudulento”* conlleva una exigencia adicional que se desprende de la interpretación del mismo: **la palabra aumentar da cuenta de una actitud positiva** que, en este contexto, se traducirá en que **el autor del delito debe realizar una acción de aumento o reclamo exagerado**, resultando imposible que estos se verifiquen a través de una omisión.

Junto con esto, **para que tales conductas positivas** orientadas a aumentar o exagerar las pérdidas reclamadas **puedan ser calificadas como fraudulentas, deben conllevar una falsedad o mentira.**

Teniendo estos dos aspectos en consideración, podemos ofrecer **dos ejemplos claros de “aumentos fraudulentos de pérdidas”:**

- A) “El aumento o reclamación exagerada de pérdidas por parte del asegurado, respecto de un incendio donde una industria de su propiedad resultó dañada”.

En este caso, **estaremos frente a un “Fraude al Seguro”**, cuando el asegurado, buscando engañar a la Compañía para obtener un pago que no le corresponde (dolo directo), efectúa una reclamación exagerada de pérdidas en el denuncia, que durante el proceso de liquidación respalda acompañando (actitud positiva) documentación falsa (fraudulenta), representada por presupuestos falsos de reparación de daños inexistentes.

Por el contrario, **no se verificará un “Fraude de Seguros”** cuando el asegurado efectúa, en el denuncia del siniestro, una reclamación exagerada de pérdidas ya sea por error, por desconocimiento exacto de las mismas al momento de la denuncia, o por ignorancia, que luego no buscó respaldar a través de documentación o testimonios falsos, por cuanto se trató de un mero “descuido” de su parte, lo que en términos legales se atribuye a culpa.

Tampoco será “Fraude al Seguro”, si es que el asegurado realizó en el denuncia una reclamación exagerada solo “por si acaso el Seguro pudiese darle cobertura”, pero siéndole indiferente si logra o no su objetivo, ya que, como señalamos, un caso así es atribuible a dolo eventual. Este es el típico caso del *“tejo pasado”*.

- B) “El propietario de un vehículo rompe el parabrisas o las luces traseras del mismo, para completar la pérdida total del mismo en el contexto de un choque”.

Esta hipótesis es aún más clara, toda vez que el aumento fraudulento se verifica por daños que el mismo asegurado (o un tercero) le provoca a su vehículo, que luego denuncia a la Compañía como si hubiesen sido

efectivamente consecuencias del choque. Acá, el ánimo del asegurado de obtener un pago indebido del seguro es inequívoco desde el principio de ejecución, por lo que, si durante el proceso de liquidación se mantiene impertérrito con su reclamación, y esta prospera con el pago de su póliza, estaremos ante un “Fraude al Seguro” consumado⁹.

El tenor del ejemplo es tan “grotesco”, que no admite error o ignorancia por parte del asegurado (culpa).

Incluso, imaginar una hipótesis de dolo eventual es prácticamente imposible, puesto que es difícil que una persona le provoque daños adicionales a su vehículo que acaba de sufrir un accidente, solo por si acaso el seguro pudiera cubrir la pérdida total del mismo. Si se los provoca, es porque quiere engañar derechamente a la Compañía, y esto es dolo directo, mas no eventual.

V. CONCLUSIONES

- 5.1. Debido al poco tiempo de vigencia del delito de “Fraude al Seguro”, que conlleva una casi inexistente jurisprudencia a su respecto, existe una situación de incertidumbre para los actores del mercado asegurador al momento de enfrentarse a situaciones complejas y sospechosas de fraude.
- 5.2. Esta situación de incertidumbre, genera la necesidad de ir delimitando las modalidades del tipo propuestas por el legislador.
- 5.3. Como punto de partida de este objetivo, estaremos frente a la modalidad objeto de este trabajo, cuando haya **ocurrido un siniestro** que haya generado **pérdidas** para el asegurado, **cuyo reclamo de las mismas ante la Compañía de Seguros es exagerado**, en comparación a las efectivamente sufridas.
- 5.4. Si no se verifican estos elementos, probablemente estaremos ante la modalidad del tipo “*simulando la existencia de un siniestro*”, pero en ningún caso frente a un “*aumento fraudulento de las pérdidas efectivamente sufridas*”.
- 5.5. **Son dos las directrices principales para diferenciar una reclamación o aumento exagerado de pérdidas constitutivas de delito, de una que no lo es:**
 - 5.5.i. Primero, que el asegurado tenga, desde el denuncia del siniestro, la intención de obtener el pago indebido del seguro, es decir, **que actúe con dolo directo**.

⁹ Respecto a las fases imperfectas del delito (tentativa y frustración), véase SEPÚLVEDA (2014) p. 147 y siguientes.

5.5.ii. Segundo, que el medio a través del cual busque conseguirlo sea el de un aumento fraudulento de pérdidas, esto es, a través de conductas positivas que falten a la verdad (acompañando documentación falsa, testigos falsos, o provocando el mismo la exageración o exceso de pérdidas en el bien asegurable).

BIBLIOGRAFÍA

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): Código Penal Comentado: Libro Primero (Arts. 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, primera edición).
- SEPÚLVEDA VERDUGO, Nibaldo (2014): El Nuevo Delito de Fraude de Seguros: análisis dogmático y práctico”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, N° 23.
- SCHEECHLER CORONA, Christian (2015): “Artículo 3 de la Ley N° 20.667 que modifica el artículo 470 del Código Penal”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Thomson Reuters).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2006): *Fraude de seguros: cuestiones penales y de técnica legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

INCOMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS SOBRE CONTRATOS DE SEGUROS

JOSÉ JOAQUÍN CARVALLO DE FERARI*

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Síntesis del problema

El presente artículo tiene por objeto analizar –desde una perspectiva tanto normativa como práctica– la competencia de los Juzgados de Policía Local, para conocer de las controversias suscitadas por un contrato de seguros.

Se ha transformado en una práctica usual, que los Asegurados ejerzan “*acciones de interés individual*”¹ ante los Juzgados de Policía Local, con ocasión de la ejecución de un contrato de seguros, denunciando la infracción por parte de las Compañías de Seguros y otros intervinientes del mercado asegurador, de las normas contenidas en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), y solicitando consecuentemente la indemnización de perjuicios respectiva.

El argumento de estas acciones es casi siempre el mismo: el estatuto tutelar de los derechos de los consumidores, junto con sus respectivas prerrogativas legales, han sido elevadas a la condición de *irrenunciables*, con el objeto de resguardar los ya habituales desequilibrios contractuales que se describen de las relaciones jurídicas habituales de consumo.

* Abogado de la Universidad Diego Portales. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal de la misma casa de estudios. Abogado asociado de Estudio Carvallo Abogados Ltda.

¹ “*Son acciones de interés individual aquellas cuyo ejercicio importa solo a la persona del consumidor. Este es el único interesado en que se desencadene el ejercicio de la jurisdicción para la tutela de su propio interés. Son, a no dudarlo, la regla general en la nueva ley. Ejemplo de ellas serían las acciones destinadas a tutelar el derecho del consumidor cuando este enfrentare una negativa injustificada de venta (art. 13) o aquellas destinadas a protegerlo cuando fuere defraudado en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio (art. 23), entre otras.*

Su titular es solo el particular afectado. Por excepción y mediando mandato expreso a una Organización para la Defensa de los Derechos de los Consumidores, de aquellas cuya constitución regula el párrafo 2° del Título Primero de la ley, es posible legitimar activamente a esta entidad en el ejercicio de la acción. La exigencia que en este caso impone la letra d) del artículo 8° es que quien otorgue mandato tenga la calidad de asociado a la respectiva organización”. PFEFFER (2012) p. 18.

Así las cosas, y si bien existen razones de texto legal para entender que este tipo de controversias deben necesariamente someterse ante la Justicia Ordinaria (vale decir, ante los Juzgados Civiles) o Arbitrales, lo cierto es que el carácter de “orden público” que revisten las disposiciones de la LPC, en orden a resguardar y tutelar el interés social de los consumidores, han complicado un poco este asunto, y particularmente a los Juzgados de Policía Local que conocen de estas acciones, según se ha podido analizar en esta investigación.

Pese a lo anterior, como se verá a continuación, ocurre que en la materia específica de las controversias vinculadas con la ejecución de los Contratos de Seguros, existe una regulación o cuerpo normativo especial e incluso posterior, que –aparejado al presumiblemente adecuado funcionamiento de un organismo o entidad fiscalizadora como lo es la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)– debiese solucionar este problema, sin afectar la debida protección de los derechos de los asegurados.

1.2. Conclusiones Preliminares y objetivos de la investigación

En ese entendido, a juicio del autor, resulta improcedente y erróneo que –previa aplicación de las normas contenidas en la LPDC– se ejerzan acciones ante los Juzgados de Policía Local, pues ya existen criterios legales, administrativos e incluso prácticos para entender que estos son incompetentes.

Queremos dejar en claro desde ya, que el presente artículo no pretende, en caso alguno, denegar ni menos aminorar la necesidad de que exista una normativa integral y orgánica orientada a proteger los derechos de los consumidores, pues este autor también reconoce la necesidad de que impere el orden público, el equilibrio entre las partes y la autonomía de la voluntad en la suscripción y ejecución de contratos, sobre todo cuando se trata de una relación proveedor-consumidor.

Ahora bien, cabe señalar además que tampoco se pretende definir en esta investigación, si la relación de un asegurado y la compañía de seguros, constituye o no una *relación de consumo*, pues ello escapa a los fines prácticos del presente artículo, vinculándose –por lo demás– a materias más bien propias a la investigación del denominado Derecho de Consumo, y no al Derecho de Seguros propiamente tal.

II. ANÁLISIS DE FONDO

II.1. Razonamientos centrales de la investigación y explicación de por qué esta es una antinomia solo aparente, o en su defecto, fácil de solucionar

La única legislación o cuerpo normativo especialmente aplicable a las controversias suscitadas con ocasión de una Póliza de Seguros, se configu-

ra por el recientemente modificado **Código de Comercio**, el **Decreto Ley N° 3.538, de 1980** que contiene la Ley Orgánica de la SVS, el **Decreto con Fuerza de Ley N° 251**, que regula las facultades de la SVS en la materia, (en adelante, el DFL 251), el **Decreto Supremo N° 1.055 del año 2012**, que establece el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros y el Procedimiento de Liquidación de Sinistros (en adelante, simplemente DS 1.055), el **Decreto Ley N° 3.500 de 1980** sobre pensiones de sobrevivencia (DL 3.500) y los **Oficios, Normas Generales de Contratación** y otros instrumentos similares que son regularmente emitidos por la SVS, entre muchas otras².

Todas estas fuentes legales contienen verdaderos procedimientos y normas de competencia que someten las controversias vinculadas a la ejecución de un contrato de seguros al conocimiento de otros Tribunales y organismos, según veremos.

Por lo mismo, cabe preguntarse desde ya si las mismas resultan en conflicto con la LPC y el procedimiento especial ante los Juzgados de Policía Local que en la misma se regula. ¿Existe una colisión normativa entre las normas que regulan al Derecho de Seguros y la LPC?

Sobre una contradicción de normas, se ha señalado que:

“Para la solución de las antinomias o conflictos normativos los jueces se valen de ciertos criterios que evidencian que los sistemas jurídicos no son meros conjuntos de normas, sino conjuntos ordenados de ellas. Los criterios de resolución de antinomias clásicos son: jerárquico, cronológico y de especialidad”³.

Asimismo, y ahora entendiendo a la antinomia como aquel conflicto normativo en donde *“dos o más normas son formal o materialmente incompatibles”⁴*, cabe señalar de antemano que en el caso en estudio no se presenta tal situación, y que cualquier conflicto que se pueda llegar a pensar sería solo aparente, o bien, de fácil solución.

Todo ello, en razón de **cinco razonamientos o directrices centrales** que serán abordadas a lo largo de esta investigación y que podríamos resumir de la siguiente manera:

- (i) En primer lugar, aplicando los criterios generales de resolución de colisiones normativas, ocurre que la normativa vinculada al Derecho de Seguros es **especial y posterior a la LPC**, en lo que respecta a la regu-

² Solo por nombrar algunas más: LEY N° 18.490 de 1986, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por vehículos motorizados, DECRETO LEY N° 1.092, del año 1975, junto con el Artículo 7° de la LEY N° 18.660, ambos sobre Mutualidades de Seguros.

³ HENRIQUEZ (2013) pp. 459 a 476.

⁴ HUERTA (2007) p. 52.

lación del procedimiento que se sigue ante el ejercicio de acciones de interés individual.

- (ii) Asimismo, por expresa indicación legal, las normas que regulan el Contrato de Seguros en el Código de Comercio, son **imperativas**⁵, vale decir, de orden público.
- (iii) En un tercer orden de ideas, y ahora analizando el contenido específico de la LPC, no cabe sino destacar que su aplicación es eminentemente **supletoria**, vale decir, sus normas solo resultan aplicables cuando el asunto controvertido no se encuentre sujeto a una regulación específica, sectorial y que cuente con un procedimiento indemnizatorio regulado; todas condiciones o escenarios que se cumplen plenamente.
- (iv) En materia de responsabilidad infraccional que le pueda caber a una Compañía de Seguros o auxiliar, no resulta necesaria la intervención de los Juzgados de Policía Local ni menos aún, la aplicación de la LPC en esta materia. Ello se explica tanto por la concentración de facultades disciplinarias en la SVS –constituyéndose una manifestación clara del *Ius Puniendi* del Estado– como también en una eventual y posible transgresión de principios básicos del Derecho, como lo es el *non bis in idem*.
- (v) Finalmente, siguiendo criterios vinculados con la intención o finalidad legislativa, sucede que ambos estatutos normativos –tanto las normas del Contrato de Seguros como el de Consumidores propiamente tal– buscan el mismo objetivo, cual es la debida protección del contratante *más débil*⁶; resultando en consecuencia ambas normas compatibles.

II.2. El nuevo artículo 543 del Código de Comercio - Un norma Imperativa

Recién el día 1 de diciembre del año 2013⁷, entró en vigencia la Ley N° 20.667 que modifica el título VIII del Libro II del Código de Comercio, vale decir, que modifica el contrato de Seguros.

⁵ Artículo 542 del Código de Comercio. “*Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en estas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.*”

⁶ Es decir, el consumidor en términos de la LPC y, regularmente, el Asegurado en materia de seguros.

⁷ Se utiliza especialmente al expresión “*recién*”, porque esta Ley ha sido publicada de manera **posterior** a la promulgación de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, cuya fecha de publicación data del año 1997, existiendo algunas modificaciones legales de menor relevancia, destacando entre ellas, las del mes de julio del año 2004.

Dentro de las importantes modificaciones que esta reforma introdujo⁸, se encuentra **una nueva regulación en la manera de solucionar los conflictos que surgen entre el asegurado, el contratante o beneficiario y el asegurador**, constituyéndose una **verdadera norma sobre competencia**, que establece que las acciones judiciales con ocasión de un contrato de seguros o de siniestros posteriores a diciembre de 2013, se deben ejercer ante un Tribunal Arbitral o -para conflictos de inferior cuantía⁹- ante un Juzgado Civil.

En concreto, es el **artículo 543 del actual Código de Comercio**¹⁰ el que establece que, para conflictos suscitados por un contrato de seguros –de una cuantía inferior a diez mil Unidades de Fomento– deben tramitarse ante la Justicia Ordinaria o Arbitral; pero en ningún caso, ante un Juzgado de Policía Local.

En otras palabras, se establece una nueva regulación en la manera de solucionar los conflictos que surgen entre el asegurado, el contratante o beneficiario y el asegurador, **constituyéndose una verdadera norma sobre competencia**.

Lo más interesante de todo es que esta norma -como se anticipó– reviste de una **imperatividad** legalmente reconocida, en virtud del artículo que la precede en el Código de Comercio, y en consecuencia, debe primar en su aplicación ante otras normas que puedan resultar en conflicto con esta, entre ellas y en lo que a nosotros respecta, las que regulan el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local so pretexto de la LPC.

En palabras del profesor Roberto Ríos Ossa:

“La imperatividad debemos entenderla en el contexto del carácter de orden público de protección de la norma legal, categorización que im-

⁸ Que van desde la consagración de un nuevo tipo penal de fraude al seguro hasta el reconocimiento legal de la contratación colectiva de seguros, entre muchas otras importantes modificaciones.

⁹ Previo a la reforma del año 2013, el monto era de 300 Unidades de Fomento.

¹⁰ Artículo 543 del Código de Comercio: *“Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, este será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho. En ningún caso podrá designarse en el contrato de seguro, de antemano, a la persona del árbitro. En las disputas entre el asegurado y el asegurador que surjan con motivo de un siniestro cuyo monto sea inferior a 10.000 unidades de fomento, el asegurado podrá optar por ejercer su acción ante la justicia ordinaria”*.

pide a los contratantes establecer una regla diversa a la contenida en la ley. Esta inmovilidad del contenido normativo legal, busca tutelar al contratante en desventaja¹¹.

No se puede dejar de destacar además, lo que ya se ha señalado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en relación con la imperatividad de las normas del Código de Comercio que regulan el Contrato de Seguros, por cuanto esta ha señalado:

“Que, para efectos de resolver adecuadamente lo que nos ocupa, es menester tener presente que la Ley 20.667, que regula el Contrato de Seguro (publicada en el Diario Oficial el 9 de mayo de 2013, con vigencia a partir del 1 de diciembre del mismo año), significó un importante avance en la materia ‘constituyendo una real aproximación entre la normativa de seguros y la realidad que regula o disciplina (...).

Esto último justifica la disposición 542 del Código de Comercio, que otorga carácter imperativo a las disposiciones de la ley 20.667, ‘entendiéndose válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario’¹².

Eso no es todo. Analizando la Historia de la Ley N° 20.667, se puede ver que la intención de los redactores, expositores e intervinientes del proceso legislativo, consistía única y exclusivamente en proteger el asegurado.

En efecto, y si bien la profesora Vásquez Palma discrepa –en cierto sentido– del resultado o cumplimiento de dicha finalidad y su manifestación en la nueva normativa de seguros, es ella misma la que recoge e identifica un interés o intención legislativa en la protección del contratante “más débil”, cuestión que se conjuga plenamente con las exigencias o finalidades propias de la LPC:

“De acuerdo a la historia de la ley, tal modalidad se acoge con la intención de extrapolar la experiencia en materia de seguros marítimo y recoger los usos y prácticas contractuales que han operado precedentemente en la materia. Por otra parte, se advierte que el establecimiento del arbitraje obligatorio fortalecería la posición del asegurado”¹³.

Así las cosas, ya de manera preliminar se puede señalar que existe una norma **especial** y **posterior** que establece y regula el Tribunal que deberá conocer de una controversia vinculada a la ejecución del contrato de seguros, la que –por cierto– reviste el carácter de **imperativa** en los términos ya vistos, y por ende, en pos de proteger al propio asegurado, según se lee

¹¹ RÍOS (2015) p. 463.

¹² GARRETÓN RODRÍGUEZ CON RSA SEGUROS CHILE S.A. (2014).

¹³ VÁSQUEZ (2015) pp. 462 y 463.

de la Historia de la Ley, debe primar en su aplicación, incluso antes que las normas de la LPC.

II.3. La intervención de la SVS como organismo administrativo sancionador y la Protección del Asegurado

Es también la SVS –en su calidad de ente regulador del mercado de seguros– una de las autoridades competentes para conocer de las eventuales infracciones a la legislación de seguros.

Como es de público conocimiento, la SVS es una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda y que tiene entre sus objetivos principales “*velar por la transparencia de los mercados que supervisa, mediante la oportuna y amplia difusión de la información pública que mantiene y, colaborar en el conocimiento y educación de inversionistas, asegurados y público en general*”¹⁴.

Para efectos de la presente investigación, queremos enfatizar que esta entidad ejerce funciones de fiscalización, con facultades propias para establecer multas y sancionar a los actores del mercado de seguros ante los casos en que hayan incurrido en infracciones a la normativa de esta materia en particular.

Resulta especialmente relevante el **artículo 3 letra b) del DFL N° 251**, el que reconoce como una **atribución exclusiva de la SVS**¹⁵, el:

“b) Fiscalizar las operaciones de las compañías de seguros, hacer arqueos, pedir la ejecución y presentación de balances y otros estados financieros e informes en las fechas que estime conveniente, revisar sus libros y sus carteras y, en general, solicitar todos los datos y antecedentes que le permitan imponerse de su estado, desarrollo y solvencia y de la forma en que cumplen las prescripciones de esta y de las demás leyes vigentes...”

Lo anterior no deja de ser relevante, sobre todo en cuanto a la materia o análisis de la infracción normativa que le pueda ser imputable a un actor del mercado asegurador, en el marco de la ejecución de un contrato de se-

¹⁴ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015a).

¹⁵ Asimismo, la letra b) del artículo 4 de la Ley Orgánica de la SVS, señala que “*Corresponde a la Superintendencia velar por que las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, y, sin perjuicio de las facultades que estos le otorguen, está investida de las siguientes atribuciones generales (...) b) Absolver las consultas y peticiones e investigar las denuncias o reclamos formulados por accionistas, inversionistas u otros legítimos interesados, en materia de su competencia, determinando los requisitos o condiciones previas que deban cumplir para entrar a conocer de ellas*”;

guros, es decir, ante un reclamo o incumplimiento del mismo, y que pueda significar la configuración de una eventual responsabilidad infraccional.

Sobre todo cuando se consagra su atribución para establecer **multas a beneficio fiscal** en contra de estos intervinientes, de la manera como lo señala el artículo 44 del mismo DFL N° 251:

“En caso de incumplimiento de las órdenes que ella les imparta en ejercicio de sus atribuciones, o cuando las compañías no dieran cumplimiento a las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias que les incumban, la superintendencia podrá sancionarlas, debiendo comunicar por escrito la resolución correspondiente.

Las sanciones consistirán: (...) 2° En multa a beneficio fiscal, en la forma y montos previstos en el Decreto Ley N° 3.538, de 1980¹⁶;

A mayor abundamiento, sucede que incluso en otras normas que regulan especialmente a otros actores del mercado, hacen **expresa referencia** a estas facultades. Un ejemplo concreto se produce respecto de Corredores o Liquidadores de Seguros, según lo dispone el artículo 33 del DS 1.055 del año 2013:

“Las sanciones que se apliquen a las entidades aseguradoras o a los corredores o liquidadores de siniestros que no den cumplimiento a las disposiciones de este Reglamento, serán las establecidas en el decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, y en el decreto ley N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros”.

En suma, ¿cuál es la relevancia de todas estas atribuciones para efectos de este estudio?

La respuesta es sencilla: la aplicación de la LPC y la intervención de los Juzgados de Policía Local, para efectos de determinar la responsabilidad infraccional que le pueda merecer a un actor del mercado asegurador, ya se encuentra plenamente cubierta y especialmente regulada respecto de la SVS, razón por la cual nos aventuramos a señalar que resulta inoficiosa.

En otras palabras, es la SVS y no otra entidad o Tribunal, la llamada a resolver las eventuales infracciones reglamentarias o legales que puedan

¹⁶ Que contiene la Ley Orgánica que crea la SVS, cuyo artículo 28 señala: “Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por esta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones: (...) 2) **Multa a beneficio fiscal**, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 15.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado”.

surgir respecto de un contrato de seguros y no, por el contrario, un Juzgado de Policía Local.

Existe, por lo demás, una consecuencia práctica de entender las cosas de esta manera, que dice relación con el principio del *non bis in idem* según se vino anunciando, pues resulta contrario a derecho y hasta contraproducente que existan dos organismos –la SVS y los Juzgados de Policía Local– sancionando y multando una misma conducta, que pueda haber significado una infracción legal.

Constituye un imperativo legal inherente del derecho administrativo sancionador, que se encuentre materialmente unificado en una sola entidad u organismo, para efectos de evitar la infracción de este tipo de principios, y no, por el contrario, disperso en múltiples procedimientos seguidos en contra de una misma parte en razón de una conducta determinada.

El profesor Alejandro Vergara Blanco no puede ser más claro a este respecto:

“El ius puniendi del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad, y sus derivados (culpabilidad y non bis in idem).

En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo ius puniendi del Estado. Entonces, los principios conocidos generalmente como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador”¹⁷.

En resumidas cuentas, podemos señalar que la materia vinculada a la responsabilidad infraccional que una conducta de la Compañía de Seguros o algún otro interviniente en la ejecución de este tipo de contratos, se encuentra especialmente regulada y –más aún– reconocida respecto de la SVS y no, como podría pensarse al tenor de la LPC, en los Juzgados de Policía Local.

En otras palabras, la facultad de fiscalizar y ejecutar medidas disciplinarias que resulten pertinentes, se encuentran especialmente reguladas y consagradas como un ejercicio exclusivo de este organismo autónomo, siendo inaplicable e improcedente que la misma conducta sea sancionada por otro organismo o Tribunal adicional, so pretexto de la aplicación de una norma genérica como lo es la LPC.

¹⁷ BLANCO (2004) p. 146.

Por último cabe destacar que, al igual que la LPC, todas las atribuciones, facultades y deberes que se concentran en la SVS, **tienen por objeto y única finalidad el otorgar protección** a la –comúnmente reconocida– como la parte más débil del contrato, esto es, el asegurado.

He aquí un criterio adicional vinculado con la eficacia en el ejercicio de funciones de fiscalización: la SVS **concentra mayores e incluso mejores facultades que los Juzgados de Policía Local** al momento de conocer y aplicar eventuales medidas de orden disciplinario, sobre todo cuando está dentro de sus posibilidades el *“requerir, en cualquier momento, al asegurado o reasegurador informe sobre sus negocios, inspeccionar sus oficinas, examinar su documentación, libros, impartir normas relativas a la preparación y presentación de balances, estados financieros y a la forma de llevar su contabilidad; ordenar la designación de auditores externos para que informen sus balances generales y, designar ella misma, auditores externos para que realicen actividades específicas en los fiscalizados”*¹⁸.

II.4. Supletoriedad de la LPC - El Artículo 2 Bis de la LPC con la Normativa del Contrato de Seguros

La infracción de normas contenidas en la LPC, son de carácter eminentemente **supletorio**, vale decir, solo resultan aplicables cuando el asunto controvertido no se encuentra sujeto a una regulación específica.

Ello se confirma con el **artículo 2 bis** de la Ley en cuestión, la que establece que:

“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:

a) En las materias que estas últimas no prevean;

b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y

c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”

¹⁸ SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015b).

Si bien la doctrina autorizada en materia del Derecho del Consumo ha señalado¹⁹ que esta *supletoriedad* no es tan evidente o manifiesta respecto de ciertas actividades económicas en donde, pese a estar reguladas por leyes especiales, igualmente admiten la aplicación de la LPC; igualmente creemos que el conocimiento de controversias vinculadas a materias de seguros no corresponde su plena aplicación, pues según se ha visto, la debida protección de la *parte más débil*, junto con la gran cantidad de facultades de fiscalización y disciplina, permiten y dar a entender que la LPC es netamente supletoria.

De esta misma manera, por lo pronto, se han pronunciado otros Juzgados de Policía Local:

“2.- Que no obstante lo señalado en el artículo 2 bis de la LPC, en su letra C, aparece que las normas aplicables son las contenidas en el Código de Comercio, DFL N° 251 sobre Compañías de Seguros, DL 3538 referidos a la materia, por cuanto se contempla un proceso indemnizatorias (...) 4.- Que, en estas circunstancias, y como se ha resuelto en oportunidades anteriores por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, deberán, en el caso de autos, operar plenamente las normas señaladas, por lo que, en consecuencia, el incidente de Incompetencia del Tribunal, deberá ser acogido”²⁰.

Así, en definitiva, la normativa del Derecho de Seguros contiene procedimientos especiales para las materias vinculadas con una Póliza de Seguros, ya sea para perseguir la indemnización de perjuicios que resulte pertinente²¹, ya sea para perseguir la responsabilidad infraccional que una determinada conducta genere.

II.5. Inexistencia de referencia expresa de la normativa de Seguros a la LPC

Para finalizar este capítulo sobre análisis normativo, no podemos dejar de mencionar que la tendencia legislativa en los últimos años, ha sido

¹⁹ “Esta tendencia a aplicar la LPC a actividades económicas reguladas por leyes especiales parece ser mayoritaria, especialmente si consideran también aquellos fallos que admiten su aplicación ya no a la letra a) del artículo en examen, sino a la letra c) de la misma norma, que como se señaló, faculta al consumidor a recurrir al procedimiento especial contenido en la LPC para la indemnización de los perjuicios causados por un proveedor; siempre que la legislación no contemple procedimientos indemnizatorios, lo cual por cierto es la regla general”. MOMBERG (2013) p. 79.

²⁰ PAOLINI CON COMPAÑÍA DE SEGUROS CORPVIDA S.A. (2014).

²¹ En esto, el tenor del artículo 543 del Código de Comercio es claro: “Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador...”

explícita en la remisión expresa a las normas y procedimientos contenidos en la LPC, a la hora de regular ciertos mercados o actividades económicas.

Un ejemplo reciente de ello se puede ver en la Ley N° 20.831 que Modifica el Código Aeronáutico en materia de Transporte de Pasajeros y sus Derechos, publicada recién el día 30 de abril del año 2015, en donde se realiza una **remisión y referencia expresa a la plena aplicabilidad de las normas y procedimientos de la LPC** para el ejercicio de acciones –a título individual o colectivo– que tengan por objeto sancionar infracciones a las normas reguladas en dicha Ley.

El artículo 133 letra f) de esta Ley es clara y no admite lugar a segundas interpretaciones:

“Las acciones individuales o colectivas destinadas a sancionar las infracciones a las normas contenidas en este Párrafo y a la obtención de las prestaciones, reparaciones e indemnizaciones que en él se establecen, se tramitarán conforme al procedimiento y ante los tribunales señalados en el Título IV de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y para efectos de lo dispuesto en esta ley, será también competente, a elección del pasajero, el tribunal de su domicilio”.

¿Qué sucede en materia de seguros? Todo lo contrario, pues no existe un artículo que se remita o ni siquiera regule la competencia de los Juzgados de Policía Local para infracciones o reparaciones vinculadas con una Póliza.

Así, *a contrario sensu*, queda absolutamente claro que la finalidad o intención normativa en uno u otro caso es radicalmente distinta, cuestión que se ve por lo demás corroborada en algunas razones de orden práctico que analizaremos a continuación.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

III.1. Existen razones de orden técnico que implican que sea la Justicia Ordinaria, Arbitral o la SVS quienes conozcan de las controversias o infracciones vinculadas a un Contrato de Seguros

Sin desmerecer ni menos desestimar la capacidad jurídica que pueda tener un Juez de Policía Local, sobre todo para conocer de una gran cantidad de asuntos o controversias de diversa índole, ocurre que en materia de seguros las disputas o discusiones pueden llegar a ser extremadamente complejas, requiriendo de un conocimiento especial y técnico que no resulta exigible ni menos aconsejable que se siga ante este tipo de Tribunales.

En efecto, recordemos que toda ejecución de un contrato de seguros implica la intervención de una serie de actores –públicos o privados– que

se encuentran especialmente regulados e incluso fiscalizados –según lata-mente hemos visto– obedeciendo al desempeño de una serie de funciones de orden técnico y especializado²².

De modo ejemplar: un siniestro de choque vehicular puede no ofrecer mayores problemas de resolución para un Juez de Policía Local, incluso aplicando de manera exclusiva la LPC.

Pero, una cuestión sumamente distinta puede resultar la determinación del monto indemnizable de un siniestro en base a una Póliza que cubra los riesgos daños de Perjuicios por Paralización de una Central Termoeléctrica; o bien, los problemas derivados de un Seguro de Renta Vitalicia, del cual depende la pensión de por vida de una persona, cuestión que está además contemplada en una norma más específica aún, como es el DL 3.500. Qué decir de la posibilidad de declarar la nulidad de una Póliza de Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos²³ (conocidas comúnmente como “D&O”), en razón del incumplimiento del deber precontractual de informar.

Estos últimos ejemplos, por más burdos que parezcan, dan a entender que son otros los Tribunales y/u organismos de carácter especializados, los llamados a conocer y resolver de todas las eventuales diferencias –ya sean

²² Así por ejemplo, conviene destacar a ciertos Auxiliares del Registro de Comercio, especialmente regulados en el DS 1.055 del año 2012, quienes desempeñan funciones sumamente técnicas, complejas y a la vez necesarias para el adecuado funcionamiento de esta actividad económica en particular.

En primer lugar, el corredor de Seguros, quien legalmente ha sido definido como aquellas personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la SVS, actúan como **intermediarios independientes** en la contratación de pólizas de seguros con cualquier entidad aseguradora, **obligándose a asesorar e informar a las partes** 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.

Por otro lado, destacamos al Liquidador de Seguros, quien también ejerce una función sumamente especial al momento de ajustar las pérdidas indemnizables al tenor de una Póliza de Seguros, con ocasión de un siniestro, al punto que la doctrina de Seguros los ha definido como *“personas que por sus conocimientos técnicos y experiencia, son designados por la Superintendencia para informar sobre las circunstancias de los siniestros y el monto de los perjuicios, por lo que su testimonio es el de un testigo hábil e, incluso necesario”*. CONTRERAS (2002) p. 909.

²³ A este respecto, resulta sumamente interesante de mencionar el juicio caratulado CHUBB DE CHILE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. CON EMPRESAS LA POLAR S.A. Y OTROS, ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, el que se encuentra a la fecha de esta investigación, pendiente de resolución. La complejidad jurídica y técnica de la discusión de ese juicio, da a entender a todas luces que resulta de un absurdo y una inutilidad práctica impresionante, el someter las controversias de seguros a los Juzgados de Policía Local, máxime cuando son las mismas Pólizas o la Ley –según hemos visto– las que someten la competencia a la Justicia Ordinaria o Arbitral.

extremadamente técnicas o complejas o no— que se susciten en el marco de un Contrato de Seguros.

Una aproximación acertada —pero quizás no tan específica— se ha visto en ciertos fallos de algunos Juzgados de Policía Local, quienes han llegado a afirmar que este tipo de asuntos, dada su complejidad, requieren de las garantías de la controversia y de las pruebas propias del procedimiento ordinario, y no del breve y sumario, como lo es el procedimiento especial contenido en la LPC:

*“4.- Que, asimismo, el Tribunal competente para conocer del cumplimiento del contrato de seguro es el Juez de Letras en lo Civil, toda vez que el incumplimiento del contrato es de **Lato Conocimiento**”²⁴.*

III.2. Gran parte de los Condicionados Generales establecen exactamente la misma regla Competencia del ya analizado artículo 543 del Código de Comercio

En efecto, más allá de lo que diga la Ley, los Reglamentos, Decretos o Circulares que existen sobre el tema, sucede que la gran cantidad de Condicionados Generales de las Pólizas de Seguros, denominados como formatos POL y recientemente adaptados a las indicaciones y exigencias de la Ley 20.667, establecen expresa y exactamente la misma norma dispuesta en el artículo 543 del Código de Comercio la que, según vimos, regula la competencia para este tipo de controversias.

En ese entendido, cada vez que exista una iteración expresa del artículo 543, en un Condicionado General —que forma parte integrante de una Póliza de Seguros— lo evidente y lógico que debe considerarse, es que las partes **convencionalmente** han sustraído el conocimiento de la controversia, entregándolas al conocimiento de un Tribunal Arbitral o a la Justicia Ordinaria, cuestión que excluye, lógicamente, la competencia de los Juzgados de Policía Local.

De más está decir que los Condicionados Generales son siempre iguales, entre todas aquellas pólizas que los citen o convoquen; cuestión que obedece a la circunstancia la fijación de los derechos y obligaciones del mismo, no solo participan los contratantes, sino que existe una intervención del legislador y la propia SVS, con el objeto de aminorar o restringir el principio de autonomía de la voluntad, estableciendo estipulaciones obligatorias y/o irrenunciables para ambas partes; volviendo de esta forma, una vez más, a la idea o noción de protección del contratante más débil.

²⁴ Fallo del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago, en los autos rol 23088-5-2013, dictado el 27 de marzo de 2014.

IV. CONCLUSIONES

- IV.1. Las conclusiones de la presente investigación son relativamente simples y ya debiesen estar lo suficientemente claras en virtud de los preceptos normativos y razonamientos prácticos expuestos.
- IV.2. En efecto, las normas analizadas son claras y explican por sí mismas que cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador –ya sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo– **no puede someterse a conocimiento a Juzgado de Policía Local** mediante la cita y/o denuncia de aplicación de las normas de Protección de los Derechos del Consumidor contenidas principal en la LPC.
- IV.3. Como vimos, la exclusión de competencia o jurisdicción de los Juzgados de Policía Local para conocer de materias vinculadas al Contrato de Seguros, obedece a cuestiones inherentes al funcionamiento de esta actividad económica en particular, partiendo de la base que esta reviste de una especial complejidad tanto técnica como jurídica que justifica la incompetencia de estos Tribunales.
- IV.4. Para finalizar, es preciso reiterar que la estructura normativa así dispuesta, reconoce y tiene por objeto proteger al contratante más débil, quien usualmente es el Asegurado. Ello se manifiesta en razón de las amplias facultades de las que dispone la Superintendencia de Valores y Seguros, para fiscalizar e incluso emitir medidas de orden disciplinario sobre todos los actores o intervinientes del Mercado de Seguros; facultades que por cierto son más eficaces que las que podría adoptar un Juzgado de Policía Local conociendo de una denuncia infraccional o pretensión indemnizatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013): *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters).
- BLANCO VERGARA, Alejandro (2004): “Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 11, N° 2.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2002): *Jurisprudencia sobre Seguros. Recopilación y Análisis*, Tomo III (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Lorena (2013): “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, N° 1.

- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): “Artículo 2 Bis”, en BARRIENTOS CAMUS (edit.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Thomson Reuters).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2012): “Tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor”, *Gaceta Jurídica*, N° 205.
- RÍOS OSSA, ROBERTO, et al. (2015): “Artículo 542”, en *El contrato de seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (dir. Roberto Ríos O.; ed. Carolina Schiele M.), Santiago, Thomson Reuters, La Ley, pp. 442-455.
- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015): “Qué es la SVS”. Disponible en: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18501.html>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015.
- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2015b): “Resumen de la Normativa Legal del Mercado Asegurador Chileno”. Disponible en: https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-793_doc_pdf.pdf. Fecha de consulta: 8 de Septiembre de 2015.
- UERTA OCHOA, Carla (2007): *Conflictos normativos* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2015): “Artículo 543”. *El contrato de seguro. Comentarios al título VIII, Libro II del Código de Comercio* (Santiago, Thomson Reuters).

Normas citadas

CÓDIGO DE COMERCIO

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 251 (22/05/1931), Regula las facultades de la SVS.

DECRETO LEY N° 1.092 (11/7/1975).

DECRETO LEY N° 3.538 (23/12/1980).

DECRETO SUPREMO N° 1.055 (17/8/2012).

DECRETO LEY N° 3.500 (13/11/1980), Sobre pensiones de sobrevivencia.

DS 1.055 del año 2013:

LEY N° 18.490 (4/1/1986), Sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por vehículos motorizados.

LEY N° 18.660 (20/10/1987), Sobre Mutualidades de Seguros.

LEY 20.667 (9/5/2013), Regula el Contrato de Seguro.

LEY 20.831 (30/4/2015), Modifica el Código Aeronáutico en materia de Transporte de Pasajeros y sus Derechos.

Jurisprudencia

Fallo del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago, 27 de marzo de 2014, Rol 23088-5-2013.

CHUBB DE CHILE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. CON EMPRESAS LA POLAR S.A. Y OTROS, Cusa Rol 32.251-2011, Noveno Juzgado Civil de Santiago.

GARRETÓN RODRÍGUEZ CON RSA SEGUROS CHILE S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de junio de 2015, Rol 1731-2014

PAOLINI CON COMPAÑÍA DE SEGUROS CORPVIDA S.A., Primer Juzgado de Policía Local de Providencia, 28 de agosto de 2014 (ejecutoriado con el 23 de octubre del año 2014), Rol 12.509-1-2013.

Recursos electrónicos

“*Resumen de la Normativa Legal del Mercado Asegurador Chileno*” (2015). Disponible en: https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-793_doc_pdf.pdf. Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2015.

“*Qué es la SVS*” (2015). Disponible en: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18501.html>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2015.

