



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS • SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Año 20 N° 27 - Santiago de Chile - 2019

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Año 20 N° 27 - Santiago de Chile - 2019

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

COMITÉ CIENTÍFICO

Presidente

Roberto Ríos Ossa

Oswaldo Contreras

Hernán Corral

Hugo Botto

Emilio Sahurie

Pedro Zelaya

Cristián Banfi

Oswaldo Lagos

Carlos Ruiz-Tagle (†)

Andrés Amunátegui

Marcelo Barrientos

Juan Luis Goldenberg

Rafael Illescas

Félix Benito

Robert Merkin

Director

Marcelo Nasser Olea

Editores

Carlos Villagrán Muñoz y Rodrigo Hayvard Bosoni

Colaborador de Edición

Felipe Martínez Aravena

La Revista Chilena de Derecho de Seguros es el órgano oficial de expresión de la Sección Chilena de AIDA, *Association Internationale de Droit des Assurances*. En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por especialistas que selecciona el Comité Científico. Domicilio: Ahumada 341, Piso 2. Teléfonos 2639 6175 - 2633 6720. Fax 2639 5072, Sede del Colegio de Abogados (Atención, Sra. Ana María Carbone)

<http://aida-chile.cl/publicaciones/>

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

EL DEBER DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS DE BRINDARLE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y ASISTENCIA AL ASEGURADO.....	P. 7
---	-------------

Oswaldo Contreras Strauch

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN EL RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS.....	P. 9
---	-------------

Roberto Ríos Ossa

II. ENSAYOS

PÓLIZAS ALEMANAS PARA EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS.....	P. 31
--	--------------

Claudio Barroilhet Acevedo y Moritz Dimter

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO DE SEGUROS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CHILENO.....	P. 48
---	--------------

Rodrigo Hayvard Bosoni

EVOLUCIÓN EN LA NOCIÓN DE RIESGO ASEGURABLE Y NUEVOS MERCADOS: EFECTOS Y DESAFÍOS PARA LA INDUSTRIA ASEGURADORA DESDE UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.....	P. 64
---	--------------

Vicente Ríos Urzúa

RIESGOS Y SEGUROS DE CAUCIÓN PARA GRANDES PROYECTOS.....	P. 78
---	--------------

Francisco Artigas Celis

EDITORIAL

TIEMPOS DE CAMBIO

La publicación de este nuevo número de la Revista Chilena de Derecho de Seguros, el primero en versión 100% en línea, nos sorprende en un país distinto. Como es de público conocimiento, desde octubre de 2019, numerosas ciudades del país han sido objeto de ataques a la propiedad pública y privada por parte de grupos más o menos organizados. Si bien antes de octubre habían ocurrido ciertos hechos vandálicos, éstos se habían centrado en establecimientos educacionales y, en ningún caso, habían alcanzado la magnitud y duración de los acontecimientos que experimentamos. El Gobierno ha decretado Estado de Emergencia y los Jefes de Zona, que en el país corresponden a delegados militares, han a su vez decretado toques de queda, interrumpiendo la libertad de movimiento con el fin de dar seguridad a la población. Con todo, los intentos por aplacar la violencia no han sido demasiado efectivos. Este conjunto de hechos más o menos constante en intensidad por los últimos meses, se ha denominado por la prensa “Estallido Social”.

Como es de suponer, también la integridad física y psíquica de las personas ha sido fuertemente afectada por el “Estallido Social”. En ese ámbito, la pérdida de fuentes laborales, destrozos y pérdida de propiedad en pequeño y medianos empresarios, y simplemente el temor han causado importantes alzas en consultas relativas a enfermedades mentales, licencias médicas incluso declaraciones de incapacidad parcial.

Las consecuencias de estos eventos para el mundo del seguro son muy importantes. Cuantiosos daños y análisis de cobertura que están en proceso. El Estado de Chile ha cuantificado preliminarmente las pérdidas en US\$ 1.400 millones sólo en infraestructura. Entre otras cosas, el señor Gerente General del Metro de Santiago, frente a los severos daños experimentados por dicha compañía (aproximadamente US\$ 400 millones), ha explicado que -por razones financieras y de baja siniestralidad histórica-, ni los trenes ni las estaciones contaban con seguros de propiedad, y que dicha empresa había preferido el “autoseguro” como mecanismo de gestión de riesgos. No hay, hasta ahora, una estimación final de los daños en el resto de los bienes nacionales de uso público, pero muy probablemente tendrá que ser soportada por municipios y directamente por el Estado.

Por su parte, la Asociación de Aseguradoras de Chile ha cifrado las pérdidas asegurables en cifras que van desde US\$ 2.000 millones y US\$3.000 millones sólo como “primera estimación”.

Queda por ahora, esperar la conclusión de los procesos de liquidación, la asesoría que durante este proceso deben dar los corredores de seguros y, finalmente, la postura de los aseguradores. En este contexto adquieren suma relevancia las normas sobre *suitability* consideradas por la Norma de Carácter General N° 420 (y mucho antes por el DFL N° 251) que obligan a los aseguradores, corredores y liquidadores de seguros a cumplir ciertos parámetros de trato justo, transparencia y celeridad en el pago de la indemnización.

Por ello, y por muchas otras razones, que pensamos que es necesario centrar la atención en la asesoría tanto el momento de contratar, como al momento del siniestro. La Comisión para el Mercado Financiero ha dado importantes pasos en este sentido. No sólo la NCG N° 420 de 2017 sino que -mucho antes-, la NCG N° 309 y las Circulares N°s 2123 y 2180 (y en asesoría previsional las NCG N°s 91 y 218), se han referido intensamente a esta materia.

Pensamos que el mercado asegurador chileno, muy acostumbrado a las catástrofes naturales, experimentará tras el “Estallido Social” una etapa de cambios y maduración relevante en materias distintas a terremotos, incendios y robos. Todos los incumbentes debemos cooperar para que así sea.

Marcelo Nasser Olea

Director

Roberto Ríos Ossa

Presidente

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

EL DEBER DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS DE BRINDARLE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y ASISTENCIA AL ASEGURADO

Osvaldo Contreras Strauch¹

RESUMEN: El presente estudio analiza la evolución normativa de una de las principales formas de protección que se le otorga al asegurado, consistente en los deberes de información, asesoría y asistencia. Para ello se estudia la evolución de la obligación que recae sobre los corredores independientes y el asegurador, observando al respecto la normativa comparada en Francia y Alemania. Posteriormente se reseña brevemente el estatuto legal de los corredores de seguros, para así examinar los efectos del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de asesoría o asistencia que contempla la ley, otorgando algunas reflexiones acerca del impacto normativo en la materia.

Palabras clave: seguro; deber de asistencia; deber de asesoría; derechos asegurado.

ABSTRACT: The present study analyzes the normative evolution of one of the main forms of protection granted to the insured, consisting of the duties of information, advice and assistance. For this, the evolution of the obligation of independent brokers and the insurer is studied observing, in this respect, a proper comparison between the regulations in France and Germany. Subsequently, the legal status of insurance brokers is briefly outlined, in order to examine the effects of the breach or defective fulfillment of the advisory or assistance duties contemplated by the law, granting some reflections on the regulatory impact on the matter.

Keywords: insurance; duty of assistance; duty of advice; rights of the insured.

1. ENTENDIMIENTO ACTUAL DEL PAPEL DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO

Siempre se ha sostenido que el seguro es un contrato de máxima buena fe (se habla de *uberrima bona fides* o *utmost good faith*).

Tradicionalmente, la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia, hacían énfasis en la buena fe que debe observar el asegurado en la contratación y durante la vigencia del contrato, y particularmente al momento del siniestro.

Si bien era corriente que, en teoría, se sostuviera que la buena fe es un principio rector que inspira y sobre la base del cual se construye y se cumple este contrato, y que, por ello, esa conducta deben observarla ambas partes, a la hora de poner ejemplos sobre la forma en cómo la buena fe se manifiesta o se expresa en el contrato de seguro, siempre se ponía el acento en el deber precontractual del asegurado de informar, fielmente y sin reticencias, los riesgos a que está expuesta la cosa que se quiere asegurar; la obligación de cuidar la cosa asegurada, no agravar los riesgos y comunicar al asegurador las agravaciones de riesgo que se produzcan, y el deber de informar, oportuna y lealmente, la forma como ha ocurrido un siniestro y las consecuencias que ha producido.

Casi como mera observancia del compromiso con la equivalencia y equilibrio que ha de observarse en las prestaciones recíprocas de las partes, se mencionaba que, por su parte, el asegurador debía, en observancia a la buena fe contractual, ofrecer seguros que fueran útiles para el asegurado y honrar su obligación de indemnizar los siniestros.

Esta situación ha ido cambiando, particularmente en lo que va del presente siglo XXI, como reflejo o consecuencia del principio *pro consumatore* que ha inspirado a la doctrina, la legislación y la

¹ Ex Vicepresidente de AIDA Mundial. Mail: Osvaldo.contreras@contreraslex.cl.

jurisprudencia y cuya primera manifestación ha sido la dictación de leyes de protección del consumidor², que constantemente se modifican, ampliando el alcance del amparo a los derechos de los consumidores.

El seguro no ha sido una excepción a este influjo proteccionista, y todas las leyes sobre el contrato de seguro que se han dictado, o que han sido modificadas en el último tiempo, han introducido normas que benefician la posición jurídica y los derechos de los asegurados-consumidores. El acento se ha trasladado sobre la buena fe que debe observar el asegurador en sus relaciones con el asegurado, y entendido su alcance de esta forma, asistimos a un fortalecimiento particularmente intenso del principio de la buena fe en el contrato de seguro y su aplicación por la jurisprudencia.³

En el presente trabajo nos referiremos a una de las principales manifestaciones de la protección al asegurado, en que éste fenómeno se ha observado: los deberes de información, asesoría y asistencia al asegurado, que recaen en los corredores de seguros y los propios aseguradores al momento de la negociación y celebración del contrato y durante toda su vigencia⁴.

Con normas extremadamente simples y eficaces, las leyes chilenas son un buen ejemplo de esta tendencia de protección al asegurado consumidor y de reorientación, en su favor, de la aplicación del principio de máxima buena fe que inspira al contrato de seguro⁵.

2. DEBERES DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y ASISTENCIA AL ASEGURADO, DE CARGO DE LOS CORREDORES DE SEGUROS INDEPENDIENTES.

La contratación de seguros puede hacerse con la intermediación de un corredor, o tomando contacto el asegurable, directamente con el asegurador o sus agentes, solicitándole la cobertura de los riesgos contra los cuales quiera protegerse.

Es importante hacer énfasis que, en la negociación de un contrato de seguro, el asegurable entra en un terreno de creciente especialidad económica, técnica y jurídica, en la cual carece de los conocimientos y la información necesaria para proteger adecuadamente sus intereses. Le es indispensable contar con asesoría e información.⁶

El legislador chileno se preocupó primeramente de proteger al asegurado cuando contratara seguros por intermedio de un corredor de seguros independiente. En efecto, por intermedio de la Ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994, modificó el artículo 57 del DFL 251, de 1931, que regula la actividad aseguradora, introduciendo el siguiente inciso:

² Particularmente luego de la modificación introducida por la ley 20.555, del 5 de diciembre de 2011.

³ Por ejemplo en los siguientes fallos recientes: “BASTIÁN CONTRERAS CORREA CON EUROAMERICA SEGUROS DE VIDA S.A. (2018); “TRANSPORTES TRAVASA LIMITADA CON HDI SEGUROS S.A.” (2017); “SAYARA RENT A CAR LIMITADA CON ASEGURADORA MAGALLANES S.A.” (2017); “BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A.” (2017); “VIVIANA ALVARADO CHOUPEY CON BBVA SEGUROS DE VIDA S.A.” (2017); “COMERCIAL SANTA ROSA LIMITADA CON ZURICH SANTANDER SEGUROS DE VIDA CHILE S.A.” (2016) “STP SANTIAGO S.A. CON RSA SEGUROS CHILE S.A.” (2016).

⁴ Hay otras manifestaciones de gran relevancia que no estudiaremos aquí, cómo, por ejemplo, las normas legales imperativas en protección de los derechos de los asegurados, y la aplicación del principio *in dubio pro consumatore*.

⁵ Los cambios han sido tan drásticos en algunas materias que, en un principio, nos pareció digno de analizar si estábamos en presencia del fin de la existencia, o al menos de la importancia del principio de la buena fe en el contrato de seguro. Como dijimos, el análisis nos condujo a verificar una potenciación de la importancia de este principio rector, pero enfocado en un sentido diferente al tradicional.

⁶ RÍOS (2013) apunta al respecto que “Los deberes de información en la etapa de formación del contrato, recogen las exigencias de la buena fe *in contrabando*, y buscan proteger al contratante que está en una situación de desventaja. Esta posición desmejorada durante el proceso formativo del negocio jurídico tiene su origen, entre otros factores, en la falta de simetría en materia de información. Ello, debe ser corregido. Consiente libre, quien lo hace informado”. p. 1. Luego agrega: “El deber de informar del asegurador se contextualiza en los datos que debe suministrar al tomador, y que permiten a este conocer de qué modo queda protegido o amparado por el seguro. Se trata de informar no sólo sobre el objeto del contrato (la cobertura o riesgo asegurado) sino de todo aquello que permita al tomador durante la vigencia del seguro, acceder a la satisfacción de su interés en el caso de ocurrencia de un siniestro”. RÍOS (2013) p. 2.

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

La misma ley modificó también el artículo 58, estableciendo que para ejercer su actividad, los corredores de seguro debían acreditar la contratación de una póliza de garantía que determine la Comisión para el Mercado Financiero (ex Superintendencia), *“para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los asegurados que contraten por su intermedio”.* Posteriormente se agregó la alternativa de contratar una boleta de garantía bancaria.

3. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN, ASESORÍA Y ASISTENCIA QUE RECAEN EN EL ASEGURADOR

El deber de asesoría y asistencia al asegurado, de cargo del asegurador, precisó de una evolución posterior.

De partida, la misma Ley N° 19.301, más arriba citada, introdujo dos incisos en el artículo 57 del DFL 251 de 1931, relativos a la contratación de seguros directamente con la entidad aseguradora, a través de sus agentes de ventas.

El primero señala que

“Los seguros pueden ser contratados ya sea directamente con la entidad aseguradora a través de sus agentes de ventas, o por intermedio de corredores de seguros independientes.

El otro (inciso cuarto), estableció que:

“Serán de responsabilidad de la entidad aseguradora las infracciones, errores u omisiones en que puedan incurrir los agentes de ventas en el desempeño de su actividad”.

No obstante esta disposición, la ley nada dijo respecto al tenor y alcance de las obligaciones del asegurador de prestar asesoría y asistencia al asegurado (causa de su consiguiente responsabilidad que estableció), cuando el seguro era negociado y contratado directamente con sus agentes de ventas, y así transcurrieron 24 años antes que esta situación cambiara.

Esta situación vino a ser remediada por la Ley N° 20.667 de 9 de mayo de 2013, que reemplazó la legislación chilena sobre el contrato de seguro, la cual introdujo dos normas que apuntan a establecer la obligación del asegurador de brindarle información precontractual, asesoría y asistencia al asegurado al momento de contratar, durante toda la vigencia del contrato, y especialmente al momento del siniestro.

La primera norma, que versa sobre la “información precontractual”, se encuentra en el artículo 514, el cual señala lo siguiente:

“La proposición de celebrar un contrato de seguro deberá expresar la cobertura, los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos.

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

La segunda norma, que contempla la obligación del asegurador de prestarle **asesoría y asistencia** al asegurado está en el Art 529⁷ N° 1), en los siguientes términos:

“Art 529.-el asegurador contrae las siguientes obligaciones: 1) Cuando el seguro fuere contratado en forma directa, sin intermediación de un corredor de seguros, prestar asesoría al asegurado, ofrecerle

⁷ Orígenes: Cámara de Diputados, indicaciones diputados BURGOS y CHAHIN; Antecedentes: Artículo 550 Código de 1865; Derecho Comparado: Artículo L 113-5 Ley francesa; Artículos 18, 19 y 20 ley española (mora totalmente regulada); Artículos 6, 7, 84, 85 y 91 ley alemana.

las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato y al momento del siniestro. Cuando el seguro se contrate en esta forma, el asegurador será responsable de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados”.

4. FUENTES DE ESTAS DOS NORMAS LEGALES

La versión original del Código (ni el primer anteproyecto elaborado a principio de los años 90), no contemplaban ninguna norma semejante a las que ahora establecen los artículos 514 y 529 N° 1) del CCom.

Más arriba hemos visto que en el DFL N° 251, que regula la actividad aseguradora, una modificación introducida por el legislador en 1994, puso de cargo de los corredores de seguros independientes, la obligación de prestar asesoría y asistencia al asegurado en términos similares a la norma que estamos analizando, y de una manera muy incompleta para el caso de los seguros contratados por el asegurado con agentes del asegurador, situación en la cual dicha norma legal contemplaba una referencia muy genérica a la responsabilidad de éste, sin precisar cuáles eran las obligaciones suyas o de sus agentes que pudieran originar dicha responsabilidad.

Se hacía necesario, entonces, completar el régimen de obligaciones y responsabilidades, abarcando a todos aquellos a los cuales puede recurrir el asegurado para asesorarse en materia de seguros, antes de la contratación, durante la vigencia del contrato que en definitiva se convenga y, muy especialmente, al momento del siniestro. Y lo que faltaba era extender la obligación de asesoría y asistencia al asegurado cuando el seguro se negociaba y atendía a través de los agentes de ventas del asegurador.

Para arribar a la solución definitiva que contemplan las dos normas legales señaladas se tuvieron en cuenta, como fuentes, las legislaciones sobre contrato de seguro de Francia y Alemania.

Desde hace largo tiempo, Francia, fiel a su tradición codificadora, tiene un “Código de Seguros”, originado en la ley de 1930, a la que se le han ido introduciendo a lo largo del tiempo, innumerables modificaciones, en forma continua.

Fruto de esta evolución es el texto actual del Artículo L112-2 del Código de Seguros francés, vigente a contar del 1° de noviembre de 2003:

Artículo L112-2: *El asegurador deberá obligatoriamente facilitar una ficha de información sobre el precio y las garantías antes de la conclusión del contrato.*

Antes de la conclusión del contrato, el asegurador remitirá al asegurado un ejemplar del proyecto de contrato y sus documentos anexos o una reseña de información sobre el contrato que describa precisamente las garantías acompañadas de las exclusiones, así como las obligaciones del asegurado. Los documentos remitidos al tomador del seguro deberán precisar la ley que es aplicable al contrato si ésta no fuera la ley francesa, las modalidades de examen de las reclamaciones que pudiera formular con respecto al contrato, comprendida, llegado el caso, la existencia de una instancia encargada en particular de este examen, sin perjuicio para él de intentar una acción legal, así como las señas del domicilio social y, llegado el caso, de la sucursal que se propone acordar la cobertura. Antes de concluir un contrato que comprenda garantías de responsabilidad, el asegurador entrega al asegurado una ficha de información, cuyo modelo es fijado por una orden ministerial, que describe en el tiempo el funcionamiento de las garantías iniciadas por la reclamación, así como las consecuencias de la sucesión de contratos que tengan modos de iniciaciones diferentes.⁸

Por su parte, a la fecha en que ingresó al Parlamento Chileno la moción conteniendo el proyecto de nueva ley sobre contrato de seguro, en Alemania regía la ley sobre contrato de seguro de 1908, pero se encontraba en etapa muy avanzada de elaboración el texto de una nueva ley, a cargo de una comisión

⁸ El texto transcrito es fruto de sucesivas leyes: Ley N° 89-1014 de 31 de diciembre de 1989 artículo 8 *Boletín Oficial* de 3 de enero de 1990 en vigor el 1° de mayo de 1990; Ley N° 94-5 de 4 de enero de 1994 art. 35 I *Boletín Oficial* de 5 de enero de 1994, en vigor el 1° de julio de 1994; Ley N° 2003-706 de 1° de agosto de 2003 artículo 80, VII *Boletín Oficial* de 2 de agosto de 2003.

de especialistas del más alto nivel, presidida por el Prof. Dr. Jur. JÜRGEN BASEDOW, del Instituto Max Planck de Hamburgo.

El 23 de noviembre de 2007 la nueva ley alemana sobre contrato de seguro (*Versicherungs Vertrag Gesetz*), fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Federal, para entrar en vigencia el 1° de enero de 2008.

En lo que al punto que nos interesa, la referida ley dispone lo siguiente:⁹

“§ 6 Asesoría al Asegurado¹⁰

1) El asegurador, teniendo en cuenta la complejidad del seguro ofrecido, la persona del asegurado y la situación misma del riesgo, está en la obligación de indagar cuales son los requerimientos y necesidades del asegurado y luego de considerar el apropiado balance entre los gastos de la consulta y el costo de la prima a pagar por el asegurado, está obligado a proporcionarle, por vía de asesoría, sus mejores consejos. Está también obligado a proporcionar sus consejos por escrito, considerando siempre la complejidad del contrato de seguro ofrecido.

2) Previo a la conclusión del contrato, el asegurador está obligado a proporcionar sus consejos fundadamente, en forma clara y amplia, por escrito. El consejo debe ser proporcionado oralmente, si el asegurado así lo desea, o en caso que el asegurador otorgue una cobertura provisoria.

3) De acuerdo con los párrafos 1 y 2, el asegurado puede renunciar a la consulta y a la documentación disponibles siempre que el asegurador le proporcione un documento separado explicativo, en el que le indique expresamente que tal renuncia puede ser perjudicial para el asegurado en caso de un posterior reclamo suyo en contra del asegurador, por perjuicios sufridos, de acuerdo a lo que señala el párrafo 5.

4) Reconociéndose su derecho a información y en concordancia con la primera frase del párrafo 1, esta obligación subsiste después de la conclusión del contrato y durante toda la duración de la relación contractual, a requerimiento del asegurado. El asegurado tiene siempre derecho a que su consulta sea respondida mediante una explicación por escrito.

5) El incumplimiento de las obligaciones señaladas en los párrafos 1, 2 y 4, le confieren al asegurado el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que a consecuencia de ello hubiere sufrido. Ese derecho no existirá si el asegurado no ha representado al asegurador su incumplimiento.

6) Lo dispuesto en los párrafos 1 a 5 no se aplica a los contratos de seguros de grandes riesgos en el sentido que indica el artículo 10 párrafo 1. Tampoco se aplica en caso que el contrato haya sido concluido a través de un corredor de seguros o por el asegurador mismo en el sentido que indica el párrafo 312 b), sub párrafo 1 y 2 del Código Civil (*Bürgerliches Buch Gesetz BBG*).”

§ 7 Información al Asegurado

1) Antes de la contratación y a su debido tiempo el asegurador tiene que entregar al asegurado, por escrito, las condiciones del contrato, las condiciones generales del seguro y las informaciones sobre el estatuto jurídico del seguro, según el apartado 2.

2) Las comunicaciones tienen que ser efectuadas y transmitidas clara y entendiblemente. Si el contrato, a pedido del asegurado, se hace por teléfono o por otro medio de comunicación que no permita la forma escrita antes que el contratante firme el contrato, la información escrita tiene que ser entregada lo más rápido posible después de la contratación. Eso también se aplicará si el contratante señala, explícitamente y por escrito, que renuncia a información antes de la contratación.¹¹

⁹ El texto proviene de la traducción de la ley alemana que mandó efectuar el Congreso Nacional durante la tramitación de la ley 20.667, con las correcciones y adaptaciones al lenguaje legal castellano que el introdujo el autor para su mejor comprensión.

¹⁰ En Alemania el signo” § “se usa para identificar los artículos (o párrafos) de un cuerpo legal.

¹¹ La Ley alemana agrega en este artículo, las siguientes disposiciones adicionales sobre el deber de información del asegurador: 3. El Ministerio Federal de Justicia está autorizado a determinar por reglamentoel deber de informar exhaustivamente al asegurado lo siguiente: - que aspectos del contrato hay que comunicar al asegurado, sobre el asegurador, sobre la prestación ofrecida, sobre las condiciones generales del seguro y sobre la existencia del derecho de revocación; - que informaciones sobre un seguro de vida hay que comunicarle al asegurado, sobre todo en relación a las prestaciones, cómo se calculan, los costos de contratación y de venta (en el caso de una liquidación

Puede advertirse que, con distinta forma de expresarlo, y mayor simpleza, las normas chilenas contenidas en los artículos 514 y 529 N° 1 del CCom, consagran los mismos deberes que debe cumplir el asegurador en pos de la debida asesoría y asistencia al asegurado al tiempo de la contratación y durante toda la vigencia de la relación contractual.

5. RESUMEN Y COMENTARIO SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL, ASESORÍA Y ASISTENCIA A QUE TIENE DERECHO EL ASEGURADO

Tanto si, para contratar sus seguros, el asegurado se ha entendido con un agente de la compañía aseguradora o con un corredor independiente, uno u otro tendrán las siguientes obligaciones, a la luz de lo dispuesto por la ley 20.667 y el artículo 57 del DFL 251, de 1931, respectivamente:

a) **Obligación de proporcionarle por escrito, toda la información relativa al contenido del contrato que se celebrará.** *Esta deberá contener, al menos, el tipo de seguro de que se trata, los riesgos cubiertos y las exclusiones; la cantidad asegurada, forma de determinarla y los deducibles; la prima o método para su cálculo; el período de duración del contrato, así como la explicitación de la fecha de inicio y término de la cobertura” (Art 514 del C. de Comercio).*

b) **Obligación de asesorarlo ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses e ilustrándolo sobre las condiciones del contrato.** *(Art 529 N° 1 en el caso de los agentes de la compañía y Art 57 del DFL 251 en el caso de los corredores); y*

c) **Obligación de asistirlo durante toda la vigencia del contrato, especialmente en las modificaciones que eventualmente correspondan y al momento de producirse un siniestro.** *(Art 529 N° 1 en el caso de los agentes de la compañía y Art 57 del DFL 251 en el caso de los corredores).*

Como consecuencia de la nueva norma del artículo 529 N° 1 del Código de Comercio, que se ha equiparado en los términos de la protección que otorga, con lo que contempla el artículo 57 del DFL 251 de 1931, en lo relativo a asesoría y asistencia y el nuevo artículo 514 del Código de Comercio, en lo relativo a poder disponer de información precontractual, el asegurado se encuentra legalmente protegido, en iguales términos, tanto si contrata con corredores independientes como si lo hace con los propios agentes de la compañía aseguradora.¹²

con primas) y otros costos; - cuales informaciones hay que comunicar sobre el seguro de salud, sobre todo las relativas al desarrollo y configuración de las primas, sobre los costos de contratación y de venta; - lo que hay que comunicar al contratante cuando el asegurador lo ha contactado por teléfono y de qué modo hay que entregar esas informaciones. 4. Al precisar los avisos a que se refiere el N° 1, hay que entregar las informaciones considerando las directrices de la Comunidad Europea de Economía y las directrices del Parlamento Europeo y del Consejo. 5. En el reglamento indicado en el apartado 3 hay que determinar, además, lo que el asegurador tiene que comunicar por escrito al contratante durante la duración del contrato. Eso es válido sobre todo en cuanto a las modificaciones de las informaciones entregadas, en cuanto a los aumentos de primas en los seguros de salud, y en cuanto los derechos del asegurado en los seguros de vida con capitalización. 6. El contratante puede, en cualquier momento durante la duración del contrato, pedir que el asegurador le entregue copia de las condiciones del contrato y las condiciones generales por escrito. El asegurador pagará los costos de la primera entrega de esos documentos. 7. Los apartados 1 a 4 se aplican a los contratos de seguro sobre grandes riesgos en el sentido del artículo 10, apartado 1, inciso 2, de la ley introductoria a la ley sobre contrato de seguros. Si en un contrato de esa especie, el contratante es una persona natural, el asegurador tiene que comunicarle por escrito y antes de la contratación, el derecho aplicable y la autoridad responsable”. La influencia de la ley alemana en la redacción final de los artículos 514 y 529 N° 1 del Código de Comercio, durante la tramitación de la ley 20.667 en el Congreso Nacional, nos consta personalmente, toda vez que participamos de su redacción y de la discusión en las Comisiones de la Cámara y del Senado. De ello quedó constancia, además, en la Historia de la referida Ley.

¹² Según BARRIENTOS (2015), al tenor de lo que dispone el inciso segundo del artículo 514, “hoy no queda duda que la oferta, como acto formador del contrato de seguro, consensual y de adhesión, descansa no en el tomador o asegurado consumidor, sino más bien en el asegurado proveedor. La carga de la prueba del cumplimiento de esta carga corresponde al predisponente, es decir, al asegurador. Se pretende con ello que el asegurado tenga la oportunidad de tomar conocimiento real de las cláusulas del contrato, antes de la celebración del mismo”. Agrega: La propuesta debe ser carga de la aseguradora, sino no se entenderían los términos planteados por la ley 20.667,

La aplicación de estas normas, en forma conjunta, conduce a dejar en claro que:

- a) El asegurador debe suministrar los antecedentes al tomador o contratante del seguro “*por escrito*”;
 - b) Que la información debe comprender todos los datos sobre la cobertura, por lo que, debe precisarse el riesgo cubierto, “tanto en su individualización por inclusión como su delimitación por exclusión”.¹³
 - c) Que el asegurado tiene derecho a solicitar y obtener, tanto al momento de contratar como durante la vigencia de la póliza, explicación y aclaración sobre las condiciones del contrato;
 - d) También a requerir asistencia durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato;
- y
- e) Por último, pedir, especialmente, orientación y asistencia al momento del siniestro.¹⁴

Las referidas normas del CCom y del DFL 251, se complementan, a su vez, por las disposiciones del artículo 17b de la LPC, que impone una serie de deberes de información al proveedor en favor del consumidor¹⁵. Pero, coincidiendo con la opinión de RÍOS (2013), es necesario

específicamente en el artículo 529 del CCom., que consagra como obligación del asegurador, en el número 1: "cuando el seguro se contrate de forma directa, sin intermediación de un corredor de seguros, prestar asesoría al asegurado, ofrecerle las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato y al momento del siniestro. Cuando el seguro se contrate en esta forma, el asegurador será responsable de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados." Avala esta postura el expreso énfasis con que, durante la tramitación de la ley, en el Senado se cuestionara cuál era el valor finalmente del contrato de seguro, ya que "[S]i todas las negociaciones se traducen, finalmente, en un contrato que las partes suscriben, lo esperable sería que la certeza jurídica generada no pueda ser alterada". Visto así, la propuesta misma puede crear incerteza jurídica, como se mencionó. Nos parece que en este *iter* de creación del seguro, la propuesta cumple una función de garantía imprescindible que precisa de manera clara "al menos, el tipo de seguro de que se trata, los riesgos cubiertos y las exclusiones; la cantidad asegurada, forma de determinarla y los deducibles; la prima o método para su cálculo; el período de duración del contrato, así como la explicitación de la fecha de inicio y término de la cobertura". Estimamos que la precisión de este contenido normativo, lejos de constituir un riesgo a la certeza jurídica, vincula al asegurador sobre las cosas esenciales en un seguro, el riesgo asegurado, la estipulación de prima y la obligación condicional del asegurador de indemnizar, lo que representa una clara ventaja para el asegurado. Aquí debieran quedar expresadas por las aseguradoras y los consumidores todas las delimitaciones temporales de cobertura, las cláusulas de cobertura retroactiva e incluso aquellas de cobertura posterior. La propuesta exige, en este sentido, de parte de la aseguradora, la inspección de los riesgos ya que asume una función de garantía de un deber precontractual de información, determinante para la celebración e interpretación posterior del contrato de seguro. Resulta, por lo tanto, insoslayable que el artículo 514 del CCom debe ser concordado con el Artículo 17, letra B de la Ley 19.496, ya que el asegurador deberá entregar al tomador, por escrito, toda la información relativa al contenido del contrato que se celebrará. En efecto, la norma del Art. 17 Letra B de la LPC señala expresamente que debe señalarse: "c) la duración del contrato o su carácter de indefinido o renovable automáticamente, las causales, si las hubiere, que pudieran dar lugar a su término anticipado por la sola voluntad del consumidor (...)" con sus respectivos plazos de aviso previo. En consecuencia, la denuncia de cláusulas abusivas que pudieran alterar lo preceptuado por el artículo 17 B de la LPC, tal cual expresa BARAONA, solo puede ser ejercida, para los efectos de pedir su nulidad por el consumidor y ellas no pueden ser invocadas por el proveedor para eximirse o retardar el cumplimiento parcial o total de las obligaciones que le imponen los respectivos contratos a favor del consumidor (artículo 17 E).

¹³ RÍOS (2013) p. 5.

¹⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago, interpretando el artículo 2 bis de la Ley de Protección del Consumidor estimó que “es indiscutible que el artículo 529 del Código de Comercio regula la información que debe suministrar el asegurador al asegurado en su calidad de tal. Sin embargo, dicha preceptivo no contempla los mismos deberes de información que consagra la Ley N° 19.496. Así, este último cuerpo legal ordena que la información debe ser veraz y oportuna -artículo 3° letra b)-, debiéndose otorgar un acceso claro, expedito y oportuno a la información básica comercial, y adicionando incluso requisitos de forma cuando se trate de un contrato de adhesión. Por lo tanto, dicha codificación debe complementarse, en esta materia, con lo que dispone el anterior texto normativo. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON RSA SEGUROS CHILE S.A. (2016).

¹⁵ Artículo 17 B. “Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural

hacer presente que los artículos 514 y 529 del CCom., priman por sobre el artículo 17b de la LPC, de modo que, esta última ley tendrá aplicación, sólo en lo que el Código de Comercio no regule.¹⁶

El asegurable puede prescindir de los corredores de seguros independientes y contratar sus seguros directamente con la compañía aseguradora, atendiéndose con sus empleados, o con sus agentes de seguros o agentes de ventas, dentro o fuera de las oficinas de aquélla y las actuaciones de estos encuentran el respaldo de la responsabilidad legal que el asegurador tiene, por los actos de sus dependientes.

Lo mismo ocurre si el asegurado se entiende con los empleados del corredor, pues estos actúan por cuenta y en representación de éste, que responde de sus actos por mandato de la ley.

En resumen, los principales (compañía aseguradora y corredor, respectivamente), serán responsables de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados, con ocasión del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones que establecen estas normas.

RÍOS también remarca que el artículo 529 N° 1 del C.Com. relativo a las obligaciones que contrae el asegurador respecto a la asesoría y asistencia al asegurado, redactado, según hemos visto, en similares términos que el artículo 57 del DFL 251, debe leerse en conjunto o complementariamente con la norma del artículo 514 inciso segundo del CCom, y además, que lo dispuesto en esta última disposición se aplica también para el caso de que el seguro se contratase con la intermediación de un corredor, puesto que no se puede entender que el corredor quede desligado de su obligación de hacer entrega y, de ser necesario, explicar al asegurado el texto escrito emanado del asegurador, que debe contener “... toda la información relativa al contenido del contrato que se celebrará. Ésta deberá contener, al menos, el tipo de seguro de que se trata, los riesgos cubiertos y las exclusiones; la cantidad asegurada, forma de determinarla y los deducibles; la prima o método para su cálculo; el período de duración del contrato, así como la explicitación de la fecha de inicio y término de la cobertura”.¹⁷

Lo que ha querido el legislador es uniformar el sistema de obligaciones y responsabilidades que asumen frente al asegurado todos aquellos con los que éste puede relacionarse comercialmente con miras

o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente: a) Un desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, incluso aquellos cargos, comisiones, costos y tarifas asociados que no forman parte directamente del precio o que corresponden a otros productos contratados simultáneamente y, en su caso, las exenciones de cobro que correspondan a promociones o incentivos por uso de los servicios y productos financieros. b) Las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor. c) La duración del contrato o su carácter de indefinido o renovable automáticamente, las causales, si las hubiere, que pudieren dar lugar a su término anticipado por la sola voluntad del consumidor, con sus respectivos plazos de aviso previo y cualquier costo por término o pago anticipado total o parcial que ello le represente. d) Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 17 H, en el caso de que se contraten varios productos o servicios simultáneamente, o que el producto o servicio principal conlleve la contratación de otros productos o servicios conexos, deberá insertarse un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios, estipulándose claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios, debiendo ser aprobados expresa y separadamente cada uno de dichos productos y servicios conexos por el consumidor mediante su firma en el mismo. E) Si la institución cuenta con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores y señalar en un anexo los requisitos y procedimientos para acceder a dichos servicios. F) Si el contrato cuenta o no con sello SERNAC vigente conforme a lo establecido en el artículo 55 de esta ley. G) La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor. Los contratos que consideren cargos, comisiones, costos o tarifas por uso, mantención u otros fines deberán especificar claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste. Estos últimos deberán basarse siempre en condiciones objetivas que no dependan del solo criterio del proveedor y que sean directamente verificables por el consumidor. De cualquier forma, los valores aplicables deberán ser comunicados al consumidor con treinta días hábiles de anticipación, al menos, respecto de su entrada en vigencia”.

¹⁶ RÍOS (2013) p. 6.

¹⁷ RÍOS OSSA (2017) p. 11.

a la contratación de seguros, y al ejercicio de sus derechos bajo la cobertura de estos, de manera tal que el asegurado tenga la garantía de que cuenta con un buen servicio y que estará protegido siempre, en todas esas alternativas, frente a los errores u omisiones de que sea víctima, cometidos por aquellos con quienes se entendió para la celebración del contrato.

6. ESTATUTO LEGAL DE LOS AGENTES DE SEGUROS

Toda vez que, cuando el asegurado se entiende con el asegurador para contratar el seguro que le interesa, lo hace a través de sus agentes, es útil una breve reseña del estatuto legal de éstos.

Los agentes de seguros son las personas que se dedican a la comercialización o venta de seguros por cuenta de una compañía de seguros, no pudiendo prestar tales servicios en más de una entidad aseguradora en cada grupo de seguros, a excepción de los agentes de ventas de compañías que cubran riesgos de crédito, los que podrán, conforme a lo señalado en el artículo 11 del DFL 251, prestar servicios en una entidad aseguradora del primer grupo que no esté facultada para cubrir estos riesgos (artículo 57 del DFL N° 251).

La misma disposición señala que los agentes de ventas deberán inscribirse en un registro especial que “llevará la Superintendencia o la entidad aseguradora”, según se determine mediante una norma de carácter general; quedarán sujetos a su fiscalización, y podrá exigírseles los mismos requisitos establecidos para los corredores de seguros en los artículos 58 y 59 siguientes.

La ley no es clara en este aspecto. No precisa si los agentes de ventas quedarán sujetos a la fiscalización de “la Superintendencia o la entidad aseguradora”. La SVS (actual CMF) dictó la Norma de Carácter General N° 49, de 9 de septiembre de 1994 en la que se atribuye la carga de llevar el registro de agentes de ventas a cada compañía aseguradora. También señala en ella que su actividad “deberá realizarse por las personas naturales que mantengan contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios con una entidad aseguradora y, en este último caso, con facultad de representar a dicha entidad en la labor de venta”.

Señala, además que, para prestar tales servicios, el agente podrá utilizar los medios físicos y sistemas tecnológicos de la compañía o los propios, y que en todo caso deberán dejar siempre constancia de que actúan por cuenta de la compañía aseguradora.

Esta misma norma de carácter general permite actuar como agentes de ventas a personas jurídicas constituidas en Chile, cuyo objeto y capacidad les permita desarrollar dicha actividad, previa calificación de la entidad aseguradora, y que cumplan con los requisitos que la norma contempla para inscribirse en el Registro, que, conforme a lo anteriormente anotado, deben llevar las entidades aseguradoras. Será preciso en tales casos la celebración de un contrato entre la entidad aseguradora y la referida persona jurídica, que regule las relaciones entre ellas, debiendo dejarse expresa constancia de lo previsto en el párrafo siguiente.

El inciso cuarto del artículo 57 del DFL 251 expresa, y la antes aludida norma de carácter general lo reitera, que las infracciones, errores u omisiones en que incurran los agentes en el desempeño de su actividad serán de responsabilidad de la entidad aseguradora de la que dependan o a la que presten servicios, sin perjuicio de ser sancionados por la SVS en conformidad a lo dispuesto en el artículo 45 del D.F.L N° 251 de 1931.

7. DERECHOS DEL ASEGURADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LOS DEBERES DE ASESORÍA Y ASISTENCIA QUE CONTEMPLA LA LEY

Examinaremos ahora, puntualmente, lo que ocurre en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones de información, asesoría y asistencia al asegurado, que recaen sobre el corredor de seguros o la compañía aseguradora (o sus dependientes o agentes) con quien haya negociado el contrato.

Entre las situaciones que pueden presentarse, están las siguientes:

- Que el seguro no sea apto para cubrir el riesgo que el asegurado quiere amparar;
- Que contenga cláusulas que no le fueron advertidas al asegurado o que este no consistió, y que afecten la cobertura del riesgo o, en general, que de cualquiera forma hacen más gravoso o menos útil al contrato;
- Que el seguro se tome por un monto insuficiente o, por el contrario, excesivo;
- Que se incluyan coberturas innecesarias y/o que el asegurado no estaba interesado en contratar;
- Que contemple deducibles o franquicias que disminuyan notablemente la eficacia de la cobertura;
- Que se demore la emisión de la póliza y que en definitiva se otorgue cuando ya se ha producido un daño o esta ha devenido inútil;
- Que la póliza se entregue sin el texto íntegro de sus condiciones¹⁸;
- Que no sea renovada oportunamente.

En cualquiera de estos casos el asegurado se verá expuesto, o de hecho sufrirá perjuicios económicos que pueden llegar a ser de mucha consideración.

El Ccom. no contempla normas especiales, por lo que habrá que recurrir a las que establece al efecto el Código Civil, que faculta a solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, o directamente la acción de perjuicios, en el caso que se trate del incumplimiento o cumplimiento defectuoso (o tardío) de una obligación de hacer, como sería el caso de que la póliza no sea emitida o sea entregada tardíamente al asegurado.¹⁹

Sujeto pasivo de dicha acción será el corredor de seguros, por si o por los dependientes suyos que incurrieron en la falta, y, en el caso de que el asegurado haya negociado directamente con los agentes de la compañía aseguradora, ésta última responderá de la conducta de éstos de acuerdo a lo que dispone el artículo 57 del DFL 251.

El asegurado puede recurrir también, si se dan las condiciones para que sea aplicable la Ley de Protección del Consumidor, lo dispuesto en el artículo 17 E de esta última, la cual contempla una regla especial que permite obtener la nulidad de la cláusula o estipulaciones defectuosas, y la adaptación del contrato por el juez, en su caso.²⁰

Dicha norma permite instar por la anulación de una cláusula en la alternativa que su ineficacia no afecte a la utilidad del contrato luego de excluida aquella, es decir, que la eliminación de la cláusula o estipulación defectuosa, no afecte la eficacia del contrato para proteger el interés económico que el contratante del seguro buscaba cubrir mediante el seguro. En caso que la nulidad de la cláusula o estipulación no permita que el contrato puede seguir subsistiendo, se otorga al juez la facultad de ordenar su adaptación y ello sin perjuicio de otorgar una indemnización al contratante afectado.

Basados en nuestra experiencia práctica y en lo que se puede investigar en la jurisprudencia, resulta difícil encontrar una situación en la que el juez pueda ejercer útilmente la facultad de adaptar el contrato. En efecto, la inmensa mayoría de las veces, los errores y omisiones que afectan los intereses del asegurado, vienen a descubrirse solo al momento de reclamarse la indemnización de un siniestro. En esa etapa es más práctico ejercer en contra de quien corresponda, las acciones de cumplimiento (raramente, también, la alternativa de la resolución), con indemnización de perjuicios.

¹⁸ Atendido el tenor de los artículos 519 y 527 del CCom, estimamos que es indudable que: 1) el deber consiste en entregar la póliza íntegra; y 2) que, salvo pacto en contrario, mientras el asegurador no haya entregado la póliza íntegra no nace la obligación del asegurado de pagar la prima. La normativa vigente en Chile no admite la llamada “incorporación por referencia”, esto es, que pueda completarse o entenderse completada una póliza, mediante la mera cita del código de registro de condiciones y cláusulas.

¹⁹ Un caso típico es la demora en la entrega de una póliza de seguro de garantía que el asegurable requería para presentarse a una licitación o perfeccionar un contrato para la ejecución de una obra.

²⁰ “Artículo 17 E “El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B. Esta nulidad podrá declararse por el juez en caso de que el contrato pueda subsistir con las restantes cláusulas o, en su defecto, el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiese determinar a favor del consumidor”.

En caso que el perjuicio provenga de la omisión o retardo en la entrega de la póliza (póliza íntegra), la acción pertinente se encaminará, derechamente, a solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos, de acuerdo al artículo 1555 del Código Civil.

8. IMPACTO DE LAS NORMAS ANALIZADAS EN LA PRÁCTICA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

Las normas legales que introducen derechos y obligaciones nuevas, en una materia tan especializada, como lo es el derecho de seguros, toman mucho tiempo en hacerse conocidas, entendidas en su utilidad y aplicadas.

Las que establecieron las obligaciones y responsabilidades de los corredores de seguros, que se remontan a 1994, tardaron más de diez años en servir de fundamento legal a demandas por incumplimiento dirigidas en contra de ellos.

En la actualidad, nuestra jurisprudencia registra varias sentencias dictadas en casos de responsabilidad civil de corredores, tanto a favor, como en contra de ellos. Muchas más son las denuncias ingresadas a la Comisión para el Mercado Financiero, y las sanciones aplicadas administrativas impuestas a corredores por ésta.

Las normas relativas a la información, asesoría y asistencia a los asegurados de cargo de las compañías aseguradoras datan de 2013, y no hemos encontrado aún, ningún caso judicial ventilado a propósito de ellas.

Específicamente en relación a la obligación de información contemplada en el inciso segundo del Art. 514, se nos ha indicado que, en la práctica las aseguradoras están entregando a los asegurables una especie de cotización bien detallada sobre la cobertura propuesta, aun cuando sin explicación de las causales de exclusión que se aplicarían, de concretarse el contrato. No sería una carencia menor.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2015): “Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, RDUCN, Vol. 22, N° 1.
- RÍOS OSSA, Roberto (2013): “El deber precontractual de información del asegurador”, en *Insurer's precontractual duty*.
- RÍOS OSSA, Roberto, (2017): “La obligación de asesoramiento a cargo del corredor en la fase de formación del seguro como contrato de consumo”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* N° 26, 2017.

JURISPRUDENCIA

- BASTIÁN CONTRERAS CORREA CON EUROAMERICA SEGUROS DE VIDA S.A. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 10 de mayo de 2018. Ingreso N° 19.354-2018.
- TRANSPORTES TRAVASA LIMITADA CON HDI SEGUROS S.A. Sentencia de la Corte Suprema (Primera Sala, civil) del 21 de marzo de 2018. Ingreso N° 5.100-2017.
- SAYARA RENT A CAR LIMITADA CON ASEGURADORA MAGALLANES S.A. Sentencia de la Corte Suprema (Cuarta Sala, Especial) del 5 de marzo de 2018. Ingreso N° 55.055-2016.
- BAYAS DEL SUR S.A. CON COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A. Sentencia de la Corte Suprema (Primera Sala, Civil) del 20 de junio de 2017. Ingreso N° 2.934-2017.
- VIVIANA ALVARADO CHOUPAY CON BBVA SEGUROS DE VIDA S.A. (2017) Sentencia de la Corte Suprema (Primera Sala, Civil) del 28 de noviembre de 2017. Ingreso N° 11.711-2017.
- COMERCIAL SANTA ROSA LIMITADA CON ZURICH SANTANDER SEGUROS DE VIDA CHILE S.A. (2016) Sentencia de la Corte Suprema (Primera Sala, Civil) del 28 de diciembre de 2016, Ingreso N° 76.321-2016.
- STP SANTIAGO S.A. CON RSA SEGUROS CHILE S.A. CORTE SUPREMA Primera Sala (Civil) del 30 de noviembre de 2016, Ingreso N° 16.929-2016.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON RSA SEGUROS CHILE S.A. (2016) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 8 de julio del 2016. Ingreso 594-2016.

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

Roberto Ríos Ossa*

RESUMEN: El deber de declaración del riesgo asegurado en el ordenamiento jurídico chileno transitó de un sistema de declaración espontáneo a uno guiado por cuestionario, según las nuevas exigencias legales introducidas por la ley 20.667 a la regulación del contrato de seguro, que recoge, además, el principio *favor contractus*. Para el caso de los seguros de personas, la declaración del riesgo debe ajustarse a reglas especiales referidas a la protección de datos o derecho a la intimidad de las personas, a la problemática de las enfermedades preexistentes, en ambos casos al uso de sistemas tecnológicos de obtención de información. Además, y en cuanto a los efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa, la ley 20.667 consagró el límite de la indisputabilidad.

Palabras clave: declaración del riesgo, cuestionario, preexistencias, indisputabilidad.

ABSTRACT: The Chilean law on insured precontractual duty changed to the questionnaire system. Additionally, the new regulation rescued the principle of *favor contractus*. In the case of the personal insurance, the insured precontractual duty has to adjust to the norms on the protection of information and preexisting illnesses. In addition, the breach of the precontractual duty has the limit of incontestability.

Keywords: declaration of risk, questionnaire, preexisting illnesses, incontestability.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2013 la regulación del contrato de seguro en Chile fue sustituida en su integridad al incorporarse un nuevo contenido normativo en el título VIII del libro II del Código de Comercio (en adelante C.com.) mediante la ley 20.667.¹ Es ineludible advertir que a pesar de las nuevas reglas que ha introducido el legislador chileno en materia de declaración del riesgo —que buscan superar el divorcio entre las disposiciones decimonónicas y el tráfico mercantil del seguro— el desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías de la información provocarán en un corto tiempo un desajuste de la vigente normativa, supuesto que obligará a la doctrina y jurisprudencia a interpretar de modo extensivo las normas o al nuestro legislador a introducir nuevas reformas.

Sobre la regulación del deber precontractual de declaración o de información del riesgo en el ordenamiento jurídico chileno, adelantamos lo siguiente: el legislador abandonó el mecanismo de la

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

¹ Señala la historia de la ley 20.667 lo siguiente: “El Proyecto de Ley se estructura, materialmente, en un nuevo Título VIII del Libro II del Código de Comercio, dividido en tres secciones, ocupando exactamente el mismo número de artículos que a la fecha contempla el Código para regular la institución. Se analizarán sus principales características y sus diferencias con las normas vigentes en su orden natural, partiendo por el Art. Primero del proyecto, que reemplaza, como está dicho, al actual Título VIII del Libro II del Código”. Ver historia de la ley 20.667 pp. 5-6.

declaración espontánea, por un lado, y por otro lado, reemplazó el tradicional sistema de vicios del consentimiento por uno nuevo² en el que el error como defecto pierde relevancia frente a la posibilidad de la conservación o mantención del contrato, recogiendo de esta modo el principio *favor contractus*. Por su parte, el dolo es desplazado por la mala fe en la declaración, único supuesto en el que procede la nulidad del contrato.

Nos abocaremos en esta oportunidad, a analizar el deber precontractual de información que recae en el contratante del seguro, con especial interés en las particularidades que se presentan en el caso de seguros de personas. Si bien este deber de información³ se rige por la reglas generales de los artículos 524 número 1, 525 y 539 de la sección primera del título VIII del libro II del Código de Comercio, la sección tercera de mismo título y libro contiene normas especiales para el caso de los seguros de personas que consideran la naturaleza del riesgo de fallecimiento y sobrevivencia vinculado a un evento de peligro sobre la salud del asegurado.⁴

Por otra parte, nuestro análisis sobre el deber precontractual de información que recae en el contratante del seguro, exige precisar la forma y contenido del deber como premisa necesaria para poder determinar un estado de incumplimiento, y consecuencia de ello, precisar los efectos que se derivan de la inobservancia de esta carga informativa.

De lo señalado, nuestro plan de exposición abordará en primer lugar (i) un análisis panorámico del deber precontractual de declaración del riesgo y su consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico, (ii) en segundo lugar analizaremos la forma y contenido de este deber de información, para (iii) finalmente, revisar los efectos derivados del incumplimiento de este deber y nuestras conclusiones. Todo lo anterior, apuntado a la problemática de la declaración del riesgo en los seguros de personas, como ya hemos advertido.

2. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO. CONCEPTO Y CONSAGRACIÓN LEGAL

Como comentario preliminar, es pertinente señalar que el deber precontractual de declaración del riesgo es una carga de origen legal o heterónomo que tiene por objeto la obtención de información relevante⁵ sobre el riesgo asegurable, y que permite al asegurador poner en marcha el proceso de determinación del riesgo con el objeto decidir la contratación, fijar la cobertura y determinar el valor o precio del seguro.

En el sentido indicado, el asegurador que recibe información del riesgo asegurable está en condiciones de preciar si el evento de peligro que el contratante del seguro busca traspasar –nos referimos al traspaso de los efectos dañinos del evento– se encuentra circunscrito en su planificación o políticas de

² En el derecho español ver SÁNCHEZ CALERO (2010) p. 291. En el periodo de la codificación, el deber precontractual de declaración del riesgo fue vinculado a una problemática de vicios del consentimiento y nulidad. VISINTINI sostiene que el artículo 348 del Código de Comercio francés de 1807, tendría su fuente en la *Ordonnance sur la marine* de 1861, específicamente en sus artículos 22 y 23. Según esta autora los comentaristas de las ordenanzas atribuyen gran importancia al dolo del asegurado bajo forma de reticencia. La misma ordenanza preveía explícitamente un caso particular de reticencia que provocaba la nulidad del contrato, cuando los bienes se aseguraban por un valor superior al efectivo, hecha deliberadamente por el asegurado. La discusión dogmática de la doctrina francesa, se centrará en si la norma citada se ajusta a los principios generales sobre vicios del consentimiento o constituye una regla especial del contrato de seguro, por la naturaleza misma del contrato y el rol de la buena fe. VISINTINI (1971) pp. 424 y ss.

³ Los deberes precontractuales de información tienen su génesis en la doctrina de la culpa *in contrahendo* de Ihering y la posterior evolución de la doctrina alemana en la materia, pasando por Leonhard hasta Larenz. Véanse ASUA (1989) pp. 55 y ss.; RÍOS (2014) pp. 14-15.

⁴ Ver TIRADO SUÁREZ *et al* (2006) p. 91.

⁵ Por relevante debemos entender aquellos datos capaces de provocar un influjo en la decisión del asegurador de llevar a término el contrato, a celebrarlo, y fijar por ello un valor. Son estas las razones o presupuestos que caracterizan las circunstancias que componen el riesgo como significativas (*erhiblich*, para los alemanes, *essenziales*, para los italianos, *influence*, para los franceses). Ver RÍOS (2014) pp. 49 y ss.

suscripción de riesgos, en primer lugar. En segundo lugar, ubicado el riesgo en la esfera de interés del asegurador, los datos sobre el evento peligroso serán descritos en detalle, para luego delimitarlos cualitativa y cuantitativamente.⁶ Concluido el proceso de determinación del riesgo asegurado, arribará la cobertura y la consiguiente prestación del asegurador una vez verificado el evento cubierto.

Dentro de los elementos que integran el riesgo asegurable, podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva. La primera se refiere a datos que componen el evento de peligro que se miden con independencia de la conducta o particularidades específicas del asegurado o contratante del seguro. La segunda, se refiere a los factores personales del asegurado.

A diferencia de los seguros de daños –en los que el elemento subjetivo del riesgo asegurable no es determinante, por lo general⁷– el componente subjetivo del riesgo en los seguros de personas es fundamental y no sólo está vinculado al estado de salud del asegurado, sino a sus conductas o estilos de vida, factores sociodemográficos, entre otros elementos de medición del riesgo de salud. En este contexto, la forma y el contenido del denominado deber de declaración del riesgo para este tipo de seguros tiene particularidades especiales que se apartan de los seguros de daños como veremos más adelante.

El deber precontractual de declaración del riesgo está reconocido expresamente en nuestro derecho en el artículo 524 N° 1 del C.com.⁸ Además, la forma, contenido y efectos derivados del incumplimiento de este deber están regulados en los artículos 525 y 539 del mismo código. Para los casos de seguros de personas las normas que hemos citado –ubicadas en la sección primera del título VIII del libro II del C.com.– quedan complementadas por los artículos 590, 591⁹ y 592 del referido código¹⁰, que se ocupan de regular expresamente la indisputabilidad y otros tópicos relacionados con la declaración del riesgo en los seguros personas, normas que constituyen, de igual manera que los citados artículos 524, 525 y 539 del C.com., una novedad de la nueva legislación de seguros chilena.

3. FORMA Y CONTENIDO DEL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO. EL CUESTIONARIO.

3.1. Consideraciones generales

En cuanto a la forma del deber de declaración del riesgo, nuestro legislador recoge la práctica del sistema cuestionario, abandonando el sistema de declaración espontáneo que dejaba¹¹, por lo general, abierta la posibilidad de invocar de parte del asegurador un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo, cuando a juicio de este el contratante del seguro infringiendo las exigencias de la buena fe no entregó información sobre el riesgo que conocía o debía conocer y era relevante.

Qué duda cabe, la moderna actividad del aseguramiento que lleva aparejada la práctica del cuestionario u otros medios de carácter tecnológicos de conocimiento del riesgo, dejaron obsoleta aquella obligación de ser exacto y preciso en lo que se declara o dice, por un lado, y por el otro, de decir o declarar todo lo que se sabe¹². Por el contrario, bajo el régimen legal vigente basta que el contratante del seguro responda el cuestionario que debe elaborar y proporcionar el asegurador.¹³ En este contexto, se trata de

⁶ Un detalle sobre el proceso de determinación del riesgo en RÍOS (2013) pp. 52 y ss.

⁷ Ver RÍOS (2014) pp. 52 y ss.

⁸ RÍOS (2014) p. 22.

⁹ Los textos del artículo 590 sobre declaraciones y exámenes de salud, y artículo 591 sobre dolencias y enfermedades preexistentes no formaban parte del proyecto original de la ley 20.667; fueron incluidos por indicación del ejecutivo. Ver historia de la ley 20.667 p. 51.

¹⁰ Las normas legales citadas que regulan este deber precontractual de información que recae en el contratante del seguro en nuestro derecho son sustancialmente diversas a los artículos 556 N°1 y 557 N° 1 –sustituidos–, tanto en la forma y contenido de este especial deber *in contrahendo*, como en los efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa.

¹¹ Ver HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 138.

¹² En este sentido señaló VIVANTE que: *Il codice impone all'assicurato due obblighi: 1° di dire esattamente tutto quello che dice; 2° di dire tutto quello che sa*. VIVANTE (1922) p. 176.

¹³ HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 148.

un deber responder como ha calificado la doctrina española este deber de información regulado en el artículo 10 de la Ley de contrato de 1980.¹⁴

No obstante lo señalado, es ineludible precisar que la rigidez del régimen de declaración contenido en los artículos 524 N° 1 y 525 del C.com. pareciera excepcionarse en el caso de los seguros de grandes riesgos. Para este tipo de seguros las exigencias de la buena fe *in contrabando* van más allá de lo prescrito en los citados artículos, justificado ello en la existencia de datos relevantes que integran el riesgo y que por las particularidades de la industria que ejerce el asegurado es este quien tiene una mayor proximidad de los elementos del evento de peligro.¹⁵ Para estos casos, el sistema rígido y objetivo de los artículos 524 y 525 citados queda morigerado y, en consecuencia, será un cuestión de *oficiu iudicis* la determinación del contenido del deber y si hay o no incumplimiento.

Para los casos de seguros de personas, la excepción aplicable a grandes riesgos no procede. En este tipo de seguros las reglas de protección o tutela a favor del contratante no pueden ser excluidas o morigeradas por voluntad de los contratantes al no ser considerados como una categoría de grandes riesgos, según el tenor del inciso segundo del artículo 542 del C.com. que dispone que **[E]xceptuándose 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.** Sólo los seguros de daños quedarían categorizados como grandes riesgos, en aquellos casos en los que la prima pactada sea superior a 200 unidades de fomento y que el contratante del seguro sea persona jurídica. Por consiguiente, en los seguros de personas, tendrá aplicación el sistema rígido y objetivo de los artículos 524 N° 1 y 525 del C.com. sin excepciones.¹⁶

A continuación abordaremos (i) el reconocimiento legal del sistema cuestionario en el ordenamiento jurídico chileno, (ii) en que consiste este mecanismo de declaración del riesgo, para (iii) finalmente abordar los tópicos sobre el derecho a la intimidad como limitación al contenido del formulario de preguntas y la problemática de las preexistencias.

3.2. El cuestionario

El cuestionario es un instrumento que el asegurador usa para obtener información sobre el evento asegurable que considera relevante, con el fin de decidir si asume el riesgo concreto o singular, o dicho de otra manera “el cuestionario sirve, por consiguiente, para indicar al tomador del seguro las circunstancias que el asegurador considera relevantes para la valoración del riesgo y también como límite de las circunstancias que debe declarar”.¹⁷

3.2.1. La consagración legal del sistema cuestionario

El artículo 524 N°1 al disponer como obligación del asegurado la de **[D]eclarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos,** por una parte, y por la otra, el inciso primero del artículo 525 al disponer que **[P]ara prestar la declaración a que se refiere el número 1 del artículo anterior, será suficiente que el contratante informe al tenor de lo que solicite el asegurador, sobre los hechos o circunstancias que conozca y sirvan para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión**

¹⁴ Ver SÁNCHEZ CALERO *et al* (2010) p. 282; RÍOS (2014) p. 48; HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 148; BENITO *et al* (2015) p. 99. En la tramitación parlamentaria de la ley 20.667, el ejecutivo presentó una indicación al artículo 525 sobre declaración del estado del riesgo que claramente sigue el texto del artículo 10 de la Ley de contrato de seguros española. El texto de la indicación es el siguiente: “Al celebrar el contrato de seguro, el contratante debe declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste disponga, las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete al cuestionario o cuando, aun sometiéndolo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en forma específica en dicho cuestionario”. Ver historia de la ley 20.667 p. 46.

¹⁵ Véanse DONATI (1954) p. 503; LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (2011) p. 127.

¹⁶ Revisada la historia de la ley 20.667, el legislador al delimitar los seguros de grandes riesgos no considera los seguros de personas. Véase historia de la ley 20.667 pp. 19-71-76-103.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO *et al* (2010) p. 293; en el mismo sentido BENITO *et al* (2015) p. 101.

del riesgo, lleva a concluir que el sistema cuestionario es recogido en nuestro Derecho.¹⁸ Basta que el contratante del seguro declare lo solicitado por el asegurador para dar por cumplido el deber.¹⁹ El incumplimiento de parte del contratante queda representado en la no respuesta o respuesta incompleta o defectuosa²⁰, que refleja una conducta contraria a la buena de *in contrabendo*.

De lo dicho pareciera quedar claro que como contrapartida al deber de declaración del riesgo que pesa en el contratante del seguro, en el asegurador recae el deber correlativo de confeccionar un cuestionario de preguntas sobre el riesgo asegurable.²¹ En consecuencia, el cuestionario debe ser preciso –sea este oral, verbal, presencial o a distancia– y completo. La imprecisión o el defecto de contenido de las preguntas son imputables al asegurador²²; no es posible atribuir incumplimiento del deber de declaración del riesgo en este supuesto, como no lo es si falta el cuestionario.

Por otra parte, debemos considerar que en la elaboración del cuestionario –especialmente en seguros de personas– los aseguradores pueden contar con información previa, pueden recurrir a sistemas de modelos predictivos²³, sistemas *bigdata* o *big data medicorum*²⁴, sistemas de control médico a distancia o por medios electrónicos²⁵, por nombrar algunos. Lo que si está claro, es un estado de tránsito de sistemas tradicionales a otros tecnológicos tanto en las formas de obtención de información del riesgo asegurable²⁶ como en el manejo de estos datos, con miras a la decisión del asegurador de asumir el riesgo, por una parte, y por la otra, con el fin de determinar o contextualizar el contenido final del contrato, en concreto, cobertura y precio.

Unido a lo anterior, el cuestionario puede ser insuficiente como instrumento de conocimiento del riesgo en los seguros de personas, particularmente por el desconocimiento del asegurado de determinadas enfermedades²⁷. Además, cuando se trata de seguros en los que suma asegurada pactada es alta, la tendencia es exigir una verificación con mayor detalle del estado de salud del asegurado por reglas de suscripción del riesgos elaboradas por los aseguradores.²⁸

En relación a lo que hemos señalado, consideremos que los datos que integran el riesgo asegurado en seguros de personas están asociados –además de la conducta de vida del asegurado– a posibles enfermedades o a su estado de salud. En este contexto, y para casos particulares, se podría requerir como complemento una verificación de datos obtenidos de la respuesta del cuestionario, mediante información adicional del médico tratante o de exámenes médicos específicos o generales según lo autoriza el artículo 590 del C.com. al disponer el asegurador puede [...] **solicitar la práctica de exámenes médicos de acuerdo a lo establecido en la ley**²⁹, exámenes cuyos resultados se integran al proceso de conocimiento del riesgo asegurable, o dicho de otra manera, la aceptación a la toma de exámenes por parte del asegurado forma parte del deber de declaración. Lo que hemos precisado, advierte aún más la presencia del principio autorresponsabilidad que recae en el asegurador en este tipo de seguros,

¹⁸ En su intervención en la tramitación legislativa, Osvaldo Macías, Intendente de Seguros de la Superintendencia de Valores y Seguros, precisa en el contexto de la solicitud de antecedentes relativos al estado de salud que puede requerir el asegurador lo siguiente: “esto es por la vía de un cuestionario específico”. Ver historia de la ley 20.667 p. 80.

¹⁹ En este sentido ver RÍOS (2014) p. 138.

²⁰ Ello impide al asegurador la antiselección de riesgos. MORILLAS (2016) p. 54. Una declaración del riesgo asegurado incompleta o defectuosa impide un correcto desarrollo del proceso de determinación del riesgo asegurado. RÍOS (2014) pp. 53 y ss.

²¹ En este sentido ver RÍOS (2014) pp. 38 y ss.

²² MORILLAS (2016) p. 67-68.

²³ Los modelos predictivos estructurados sobre la base de información previa que poseen los aseguradores facilitan o simplifican la elaboración de cuestionarios. Ver LARA *et al* (2015) p. 77.

²⁴ Sobre el influjo del *big data* en los seguros de personas ver por todos ILLESCAS *et al* (2015) pp. 121 y ss.

²⁵ Un detalle sobre este tipo de mecanismos en BENITO (2015) pp. 91 y ss.

²⁶ En este sentido ver BENITO *et al* (2015) p. 100.

²⁷ En este sentido ver TIRADO SUAREZ *et al* (2010) p. 2386.

²⁸ TIRADO SUAREZ *et al* (2010) p. 2389.

²⁹ HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 156.

considerando que podría existir información que el asegurado o contratante desconoce, datos que son relevantes para el asegurador quien “puede y debe enterarse del estado de salud del contratante”.³⁰

Este deber correlativo de conocimiento del estado de salud del asegurado que recae en el asegurador, provoca un influjo relevante si de efectos derivados de una declaración del riesgo se trata. En concordancia con lo que hemos señalado y de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 525 del C.com., los efectos de un incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo [...] **no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos [...]**. Entonces, la vulneración de la buena fe que exige al tomador declarar los datos que posee y conoce queda vulnerada cuando el asegurado no dice lo que sabe sobre su estado de salud al ser preguntado. Por otra parte, debe tratarse de datos relevantes, de tal manera que la divergencia entre lo declarado y la realidad provoque un desequilibrio contractual que justifique la aplicación de los remedios contemplados en la ley.³¹

3.2.2. El cuestionario y el derecho a la intimidad del asegurado

En el sentido que hemos apuntado con anterioridad, el artículo 590 del C.com. dispone que **[E]l asegurador sólo podrá requerir antecedentes relativos a la salud de una persona en la forma establecida en el artículo 525, pudiendo solicitar la práctica de exámenes médicos de acuerdo a lo establecido en la ley**; norma que tiene como límite el derecho a la intimidad del asegurado, la obligación de reserva que recae en el asegurador³², y las exigencias del denominado consentimiento informado³³, ajustándose de este modo a lo prescrito en la Ley 20.584 sobre Deberes y Derechos de los Pacientes, por una parte, y por la otra, al deber de custodia de las fichas clínicas de los Jefes de Servicio contenido en el artículo 134 del Código Sanitario.³⁴

3.2.3. El cuestionario y las preexistencias

El artículo 591 del C.com. de ocupa de las problemáticas derivadas de las preexistencias, al disponer que **[S]ólo podrán considerarse preexistentes aquellas enfermedades, dolencias o situaciones de salud diagnosticadas o conocidas por el asegurado o por quien contrata en su favor**.

La norma contenida en el citado artículo 591 del C.com. coincide con lo dispuesto en el artículo 33bis 6 de la ley 18.933³⁵ al disponer que **[P]ara los efectos de esta ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso**.

Consecuencia de lo señalado, las denominadas preexistencias –en tanto datos que integran el riesgo asegurable– deben cumplir dos requisitos: estar diagnosticadas médicamente y que tal diagnóstico sea conocido por el asegurado o contratante del seguro, de manera que el asegurado busca una cobertura sobre un riesgo de salud que existe y se conoce previo a la celebración del contrato.³⁶ Sólo en este supuesto, podríamos sostener que un contratante o tomador incumple el deber precontractual de

³⁰ RUIZ-TAGLE (2011) p. 171. Se trata de la dimensión profesional del asegurador, experto en riesgos. Véanse RÍOS (2014) p. 39; BENITO *et al* (2015) p. 100.

³¹ Ver MORILLAS (2016) p. 55.

³² En la doctrina chilena, señalan HOYL y RUIZ-TAGLE que el derecho a la intimidad de las personas consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República “[...] contribuye a impedir que las interrogantes que se realicen al tomador atenten contra su dignidad personal, e imponen a la compañía de seguros el deber de reserva y secreto de los antecedentes proporcionados”. HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 155. En el derecho español ver TIRADO SUAREZ *et al* (2010) p. 2395 y ss.

³³ Un detalle sobre el consentimiento informado en el derecho chileno en FIGUEROA (2012) pp. 1347-1351.

³⁴ RUIZ-TAGLE (2015) p. 774.

³⁵ La ley 18.933 crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley n° 3, de salud, de 1981.

³⁶ HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 155.

declaración del riesgo al no informar sobre una preexistencia contenida en el cuestionario o formulario de preguntas.³⁷ De esta manera, el desconocimiento de la preexistencia constituye un límite al deber de respuesta del tomador del seguro.³⁸ Por su parte, nuestra jurisprudencia aplicando el texto del citado artículo 591 del C.com. ha resuelto que “para estar en presencia de una enfermedad preexistente a la vigencia del contrato de seguro, se requiere, a lo menos, un diagnóstico médico o que dicha enfermedad por sus características o síntomas no haya podido pasar desapercibida con anterioridad a la contratación del seguro”.³⁹

En nuestra opinión, la sentencia citada omite el necesario requisito de conocimiento por parte del asegurado, considerando que el diagnóstico debe ser comunicado a este último, siendo insuficiente que el dato sobre la preexistencia sea entregado al asegurador. Es más, si en este último supuesto el asegurador consiente en la celebración del seguro, no procede la aplicación de los efectos de desistimiento, modificación del contrato o rebaja proporcional de la indemnización del artículos 525 del C.com. en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del citado artículo, como ya hemos advertido.

4. EFECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO AL DEBER PRECONTRACTUAL DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

4.1. Consideraciones generales

En cuanto de los efectos derivados del incumplimiento del deber de informar sobre el riesgo, nuestro legislador en los artículos 525 y 539 del C.com. recoge lo que hemos calificado como un nuevo régimen de vicios del consentimiento. La nulidad queda relegada sólo para declaraciones de mala fe. Luego, y para aquellos casos en los que la declaración no contiene el elemento de la culpa o inexcusabilidad nuestro legislador opta por la conservación del contrato⁴⁰, en caso contrario subiste un derecho de desistimiento a favor del asegurador en los términos del inciso final del citado artículo 525 del C.com.

De los artículos 525 y 539 podemos extraer dos tipos de incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo. Del citado artículo 525 la declaración errónea reticente a inexacta, y del artículo 539 la declaración de mala fe o sustancialmente falsa. Este tipo de declaraciones defectuosas las calificaremos como una unidad de supuesto básico que permiten abrir el sistema de remedios. Luego, tendremos que identificar un supuesto complementario o factor cronológico –si ha ocurrido el siniestro o no– por un lado, y por el otro, un factor o supuesto complementario de imputación o culpa que nuestro legislador ha enunciado con el vocablo inexcusables.⁴¹ Con ello podremos precisar el efecto que provoca el incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo.

4.2. Declaración inexacta, reticente o errónea. Concepto y efectos

De la lectura del artículo 525 del Código de Comercio podríamos sostener que el contratante del asegurado podría declarar de modo inexacto, reticente o erróneo. Ello tiene efectos.

³⁷ El citado artículo 33bis 6 de la ley 18.933 confiere –del mismo modo que lo hacen los artículos 524 N° 1 y 525 del C.com. – una función relevante al cuestionario o declaración de salud. Podríamos sostener que para estos casos el sistema de declaración cuestionario es rígido y objetivo si revisamos el texto de la citada norma que en parte dispone que “[...] La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente”.

³⁸ En este sentido ver RUIZ-TAGLE (2011) p. 169.

³⁹ JOSÉ MELLADO CID CON COMPAÑÍA DE SEGUROS VIDA SECURITY PREVISIÓN S.A, Rol: 17644-2016, Cita online (2016). CL/JUR/6528/2016; 136207_CL.

⁴⁰ DONATI ya advirtió sobre el reconocimiento del principio de conservación del contrato en su análisis de los artículos 1892 y 1893 del *Codice Civile*. DONATI (1954) p. 300.

⁴¹ Nuestra formulación recoge la propuesta de MORALES MORENO en materia de remedios derivados del incumplimiento contractual, que proponemos reconducir a la fase de formación del contrato. MORALES MORENO *et al* (2011) p. 409; BASOZABAL ARRUE *et al* (2012) p. 190.

Para nosotros, la declaración errónea es aquella que contiene datos que no corresponden a la realidad. Del mismo modo, la declaración inexacta obedece a un suministro de información que nos corresponde a la verdad.⁴² Ambos supuestos, error e inexactitud se funden en uno solo, apartándose del régimen común del error vicio del consentimiento que en nuestro derecho nos exige distinguir entre error esencial, sustancial y accidental para los efectos de determinar si procede la nulidad y si ésta es, absoluta o relativa.⁴³

En cuanto a la reticencia, podemos ver nuevamente un régimen especial apartado del sistema general de vicios del consentimiento. La declaración reticente del artículo 525 del Código de Comercio no queda, exclusivamente, vinculada al dolo. Se trata en este supuesto de una simple falta de entrega de información que fue requerida, no obstante el declarante omitió en todo o en parte lo preguntado.

Verificada la ocurrencia de la unidad de supuesto básico representada por la declaración errónea, reticente o inexacta –que constituye el incumplimiento al deber de declaración del riesgo en su base *in contrahendo*– debemos precisar si la inobservancia se verificó habiendo ocurrido el siniestro o riesgo asegurado o no –se trata del supuesto complementario o factor cronológico–, por un lado, y por otro lado, verificar si el contratante o tomador del seguro actuó de modo inexcusable⁴⁴ o no –se trata del supuesto complementario o factor subjetivo–.

En el sentido que hemos señalado, si se verifica un supuesto de no ocurrencia del siniestro y conducta inexcusable, el asegurador podrá rescindir el contrato. Por rescisión entendemos una facultad de desistimiento⁴⁵ del contrato que opera de pleno derecho⁴⁶. Para aquellos casos en los que la conducta del contratante o tomador del seguro no es inexcusable, la ley recoge el principio *favor contractus* o de conservación del negocio jurídico, al disponer el artículo 525 del C.com. que [...] **el asegurador podrá proponer una modificación a los términos del contrato, para adecuar la prima o las condiciones de la cobertura a las circunstancias no informadas**. Para los casos en los que el asegurado no acoge o acepta la propuesta de modificación del contrato subsiste la facultad rescisoria a favor del asegurador, al disponer en la parte final del citado artículo 525 que **[S]i el asegurado rechaza la proposición del asegurador o no le da contestación dentro del plazo de diez días contado desde la fecha de envío de la misma, este último podrá rescindir el contrato. En este último caso, la rescisión se producirá a la expiración del plazo de treinta días contado desde la fecha de envío de la respectiva comunicación**.

4.3. Declaración de mala fe o sustancialmente falsa

El artículo 539 del C.com. contempla bajo la rúbrica “Otras causales de ineficacia”, la declaración a sabiendas sustancialmente falsa. A nuestro juicio, esta norma considera tanto conductas dolosas como de mala fe, aspecto que estimados relevante destacar, ya que no toda mala fe involucra dolo; por el contrario, todo dolo es mala fe.⁴⁷

Para este caso de declaración del riesgo de mala fe, nuestro legislador deja subsistente la nulidad del contrato, que opera de acuerdo a las reglas generales, salvo el efecto *ex nunc*, que permite al asegurador retener la prima pagada al disponer el inciso final del citado artículo 539 que [...] **pronunciada la nulidad o la resolución del seguro, el asegurador podrá retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya corrido riesgo alguno [...]**.

No es necesario para el caso de la declaración del riesgo de mala fe del artículo 539 del C.com. la concurrencia de supuestos complementarios –en especial el factor cronológico de ocurrencia del riesgo asegurado– por cuanto sólo se contempla la nulidad por mala fe en la declaración, que es repudiada en

⁴² RÍOS (2013) p. 106.

⁴³ Ver ALESSANDRI (1998): pp. 222 y ss.; VIAL (2003) pp. 84 y ss.

⁴⁴ Sobre el sentido del vocablo inexcusables del artículo 525 del Código de Comercio ver RÍOS (2014) pp. 112 y ss.

⁴⁵ No se trata de un derecho de retracto. El derecho de retracto es absoluto y no requiere expresión de causa.

⁴⁶ El vocablo rescisión en nuestro derecho no es unívoco de nulidad relativa. Ver por todos ALCALDE (2009) p. 77. En sentido contrario a propósito del artículo 525 del Código de Comercio véanse ARELLANO (2013) p. 70; HOYL y RUIZ-TAGLE (2014) p. 80.

⁴⁷ Ver RÍOS (2014) p. 119.

todo supuesto por el legislador.

4.4. La indisputabilidad

Los efectos derivados de una declaración del riesgo incompleta o defectuosa en el contexto de la unidad de supuesto básico del artículo 525 del C.com. –declaración errónea, reticente o inexacta– pueden quedar excluidos en razón de la denominada indisputabilidad o incontestabilidad.⁴⁸ Se trata de una regla de origen convencional –nacida de la práctica del aseguramiento de los seguros de vida–⁴⁹ que impide al asegurador invocar una infracción del deber precontractual de declaración del riesgo transcurrido cierto plazo desde la celebración del contrato⁵⁰, salvo en el caso de declaraciones dolosas. En este sentido, el artículo 592 del C.com. consagra la denominada indisputabilidad al disponer que **[T]ranscurridos dos años desde la iniciación del seguro, el asegurador no podrá invocar la reticencia o inexactitud de las declaraciones que influyan en la estimación del riesgo, excepto cuando hubieren sido dolosas**. En cuanto al vocablo dolosas del citado artículo 592, se trata a nuestro parecer de las declaraciones de mala fe o sustancialmente falsas del artículo 539 del C.com.

El texto legal que hemos citado, queda vinculado no solamente al artículo 525 del C.com. sino al régimen imperativo del artículo 542 del mismo Código. Y es relevante destacarlo, por cuanto la inmovilidad del contenido normativo del artículo 592 del citado código impide a los aseguradores excluir del contrato la indisputabilidad, por un lado, y por el otro, modificar el plazo de dos años en perjuicio del contratante del seguro o del asegurado. Sí podría ser abreviado este plazo legal por pacto entre las partes, al establecerse condiciones más beneficiosas para el asegurado o beneficiario.

5. EPÍLOGO

A modo de conclusión, el legislador chileno en las modificaciones introducidas por la ley 20.667 a la regulación del contrato de seguro, introduce un sistema de declaración del riesgo por medio del cuestionario como un mecanismo rígido y objetivo, ineludible en el caso de los seguros de personas. Este sistema cuestionario regulado en los artículos 524 y 525 del C.com., debe ajustarse a ciertas exigencias derivadas de los tópicos sobre exámenes médicos, enfermedades preexistentes y el derecho a la intimidad como límite a este deber correlativo del asegurador de preguntar para obtener información sobre el riesgo asegurable.

Por otra parte, en cuanto a los efectos que acarrea un incumplimiento el deber precontractual de declaración del riesgo que recae en el contratante del seguro, nuestra tesis apunta a la superación del sistema tradicional de vicios del consentimiento, al quedar relegada la nulidad a supuestos mínimos y favorecer la mantención del contrato. Con todo, el efecto rescisorio del artículo 525 del C.com. queda limitado por la indisputabilidad del artículo 592 del referido Código. De esta manera, y para los casos de seguros de personas, se completa un sistema de vicios del consentimiento con particularidades especiales, propias de la regulación del contrato de seguro.

⁴⁸ En este sentido en el derecho español ver BENITO *et al* (2015) p. 102.

⁴⁹ Señala TIRADO SUAREZ que “[...] con una finalidad principalmente comercial de dotar de certeza jurídica al tomador del seguro de que la póliza de seguro de vida no va a ser objeto de impugnación a consecuencia de una declaración inexacta o errónea, la praxis aseguradora anglosajona ha propiciado las cláusulas de incontestabilidad o inimpugnabilidad”. TIRADO SUAREZ *et al* (2010) p. 2406. Ver VISINTINI (1971) p. 432.

⁵⁰ En este sentido, la exposición de motivos de la ley 20.667 señala que “Especial mención cabe hacer, en lo que a esta sección se refiere, el que se haya regulado la institución de la indisputabilidad, que significa que, luego de transcurrido cierto tiempo, el asegurador no puede invocar las reticencias o inexactitudes sobre el estado de salud de la persona asegurada en este tipo de seguros”. Ver historia de la ley 20.667 p. 205.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Arturo *et al* (1998): Tratado de derecho civil, Parte preliminar y general, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE, Jaime *et al* (2009): La rescisión en el Código Civil chileno, en *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Lexis Nexis).
- ARELLANO, Sergio (2013): La ley de Seguros (Santiago, Thomson Reuters).
- ASUA, Clara (1989): Culpa in contrahendo (San Sebastián, Universidad de País Vasco).
- BASOZABAL ARRUE, Xabier *et al* (2012): Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CÉSL, en CÁMARA, Sergio (Director) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, (Madrid, Thomson Reuters).
- BENITO, Félix *et al* (2015): El contrato de seguro y las tecnologías aplicadas a la medicina y la salud, en *IV Congreso de Nuevas Tecnologías, La influencia de internet, genética y nanotecnología en la medicina y en el seguro* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- DONATI, Antigono (1954): Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private (Milano, Guiffré).
- FIGUEROA, Rodolfo (2012): Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes, en *Revista Médica de Chile*, 140, pp. 1347-1351.
- HOYL, Rodrigo y RUIZ-TAGLE, Carlos (2014): El contrato de seguro, análisis de las coberturas de vida e incendio en la nueva ley 20.667 (Santiago, Thomson-Reuters).
- ILLESCAS, Rafael *et al* (2015): Big data medicorum y la nueva legislación española sobre tratamientos de datos por la entidades de seguros, en *IV Congreso de Nuevas Tecnologías, La influencia de internet, genética y nanotecnología en la medicina y en el seguro* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- LAMBERT-FAIVRE, Ivone y LEVENEUR, Laurent (2011): *Droit des assurances* (Paris, Dalloz).
- LARA, Eduardo *et al* (2015) Impacto de los grandes datos y el análisis inteligente en el seguro de vida y salud, en *IV Congreso de Nuevas Tecnologías, La influencia de internet, genética y nanotecnología en la medicina y en el seguro* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- MORALES MORENO, Antonio *et al* (2011): ¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo, en DOHRMANN, Albiez K. J. (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier).
- RÍOS, Roberto (2014): El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños (Santiago, Thomson-Reuters).
- RUIZ-TAGLE, Carlos (2011): La buena fe en el seguro de vida (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando *et al* (2010): Artículo 10, Deber de declaración del riesgo, en SÁNCHEZ CALERO (director) *Ley de contrato de seguro, comentarios a la ley 50/1980 de 08 de octubre y sus modificaciones* (Madrid, Thomson-Reuters).
- TIRADO SUAREZ, Francisco Javier *et al* “a” (2006): Los seguros de personas, en OLIVENCIA, Manuel (Director) *El seguro, volumen 3, Tratado de Derecho Mercantil* (Madrid, Marcial Pons).
- TIRADO SUAREZ, Francisco Javier *et al* “b” (2010): Artículo 89, El riesgo en el seguro de vida, en SÁNCHEZ CALERO (director), *Ley de contrato de seguro, comentarios a la ley 50/1980 de 08 de octubre y sus modificaciones* (Madrid, Thomson-Reuters).
- VIAL, Víctor (2003): Teoría General del Acto Jurídico (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VISINTINI, Giovana (1971): La reticenza nel contratto di assicurazione, en *Rivista di Diritto Civile*, pp. 423-458.
- VIVANTE, Cesare (1922): Del contratto di assicurazione (Torino, Unione Tipografica, Editrice-Torinese).

ENSAYOS

PÓLIZAS ALEMANAS PARA EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Claudio Barroilhet Acevedo¹
Moritz Dimter²

RESUMEN: Uno de los factores del desarrollo y la prosperidad de las naciones es el comercio internacional, que permite el intercambio de bienes y servicios, desde quienes los tienen en exceso hacia quienes los necesitan. El grueso de este intercambio se efectúa por vía marítima. El mar, rico en recursos y bello en sus formas y paisajes, es un cuerpo poderoso, impredecible e invencible, capaz de absorber y destruir cualquier artificio inventado por el hombre para navegarlo. De ahí la importancia del seguro marítimo, y en especial, del seguro de transporte marítimo de mercancías. Este artículo efectúa una somera exposición de las coberturas de seguros de transporte marítimo que ofrece el mercado alemán.

Palabras clave: Transporte marítimo; Mercancías; Tránsito; Seguros; Cobertura; Nave; Pérdida; Daño; Indemnización; Siniestro; Incidente.

ABSTRACT: One of the elements of the development and the prosperity of the nations is the international trade, which allows the exchange of products and services, from those who have surplus to those who need them. Most of this exchange is made by the seas. The sea, wealthy in resources and beautiful in shapes and landscapes, is a powerful body, unpredictable and undefeatable, capable of absorbing and destroying any device created by the man to navigate it. Thus the importance of the marine insurance, and specially the carriage of goods by sea insurance. This paper makes a concise presentation of the insurance coverage for the marine transportation offered by the German market.

Keywords: Marine transport; Goods; Transit; Insurance; Coverage; Ship; Lost; Hurt; Compensation; Sinister; Incident.

1. PRESENTACIÓN

El seguro marítimo es casi tan antiguo como el transporte marítimo propiamente tal. En palabras del Doctor Sr. FREIHERR VON LIEBIG (1914), quien empezó su libro sobre el seguro marítimo el año 1914 (lit. del mar en original *Seeversicherung*) “ningún instituto en el amplio campo del derecho merece una descripción tanto y tan detallada como el seguro marítimo, la forma más antigua de los seguros, la madre y el modelo de muchas especies...”³. Denominado como “la madre de los seguros”, desde entonces no solamente abrió las puertas para nuevas formas de seguros sino que también evolucionó y desarrolló nuevas soluciones para los riesgos del transporte marítimo que fueron apareciendo con el tiempo, más allá de una mera “hermandad de la más débil humanidad contra los efectos devastadores de las tremendas fuerzas de la naturaleza”⁴.

Unos 2.300 años después de su nacimiento, durante el Imperio Fenicio y en la antigüedad griega en la isla de Rodas, en el siglo III A.C., nos enfrentamos con constructos lógicamente mucho más complejos y amplios, donde el primer concepto de seguro en forma de una “comunidad de peligro/riesgo”, conocido hoy en día como avería gruesa, es solamente una pequeña parte de las dimensiones del seguro marítimo moderno⁵.

El objetivo de este artículo es presentar una visión simple y sistemática de las principales cláusulas que conforman las coberturas de seguros ofrecidas por el mercado alemán para el transporte marítimo de mercancías. Las pólizas que analizaremos fueron generadas a partir de una recomendación

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, LL.M. Admiralty Law, Tulane University, U.S.A. Profesor de Derecho Marítimo PUCV. Correo electrónico: claudio@barroilhet.cl.

² Comparative and European Law, Hanse LAW School, Bremen, Alemania, moritz.dimter@fis.cl

³ FREIHERR VON LIEBIG (1914) p.1.

⁴ FREIHERR VON LIEBIG (1914) p.1.

⁵ MAURER (2012) p. 8. y LINDEMANN (2004) p. 9.

no vinculante de la Asociación Alemana de Seguros (*GDV – Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*),⁶ y son conocidas por su sigla DTV Cargo 2000/2008.⁷

En este artículo comentaremos la póliza todo riesgo, la póliza de cobertura limitada, sus adicionales y ciertas modalidades de cobertura.

Desde ya, en este contexto, es importante distinguir entre la cobertura todo riesgo y la cobertura limitada, no solamente debido a su nombre y alcance, sino también al contenido dogmático de cada una, que demuestra puntos claves del funcionamiento general de las pólizas alemanas, desde su base (contenida en las cláusulas impresas), hasta sus extensiones especiales (que constan en las cláusulas escritas)⁸.

La cobertura todo riesgo es general, abarca todos los posibles riesgos que puedan afectar a la materia asegurada (carga), dentro de los contornos naturales de la póliza (como seguro de cosas materiales), salvo los riesgos excluidos. Por su parte, la cobertura limitada se circunscribe únicamente a los riesgos específicamente enumerados en el texto de la póliza.

Esta distinción se proyecta hacia la carga de la prueba (*onus probandi*) en caso de un siniestro y su denuncia: mientras en la póliza todo riesgo es el asegurador quien debe probar la exclusión o el riesgo no cubierto, en la póliza de riesgos enumerados, es el asegurado quien debe acreditar que opera un riesgo determinado para obtener cobertura del siniestro que denuncia⁹.

En el contexto legal y legislativo se puede mencionar brevemente que el seguro de transporte y la pólizas respectivas encuentran su base y regulación principalmente en dos leyes, la Ley de Contrato de Seguro (VVG) y la Ley de Supervisión de Seguros (VAG), ambas siguiendo tres ideas básicas con respecto a las pólizas de transporte: (i) El asegurado y el asegurador son dos partes comerciales que tienen experiencia en transacciones comerciales, y de los cuales el asegurado no tiene derecho a la protección de una ley estatal especial, ya que el asegurador no puede impedir una cobertura sino se negocia. (ii) Al igual que con el manejo de transacciones comerciales, los efectos del contrato de seguro de transporte no se mantienen dentro de los límites de un solo país, por lo que el asegurador de transporte debe adaptarse a las leyes extranjeras y al derecho mercantil internacional. (iii) Como en ninguna otra rama del seguro, el seguro de transporte conlleva tantas variedades de riesgos, que implica la necesidad de la mayor libertad de contrato posible para cubrir dichos riesgos de la forma más amplia e individualizada posible.¹⁰ Tener presente estas ideas básicas y principios legales del seguro de transporte recién detallados ya sirve para poner, entender e integrar las recomendaciones del DTV que se analizan a continuación, a un contexto y una estructura más lógica.

2. COBERTURA TODO RIESGO

a) Materia asegurada e interés asegurable

Esta Póliza Todo Riesgo (*All Risks*) cubre todo interés monetario que una persona tiene y que consiste en que los bienes asegurados sobrevivan a los riesgos del transporte y del almacenaje asociado a

⁶ El GDV une a 460 compañías de seguros alemanas, con más de 435 millones de pólizas vigentes, entidad que funciona como una organización paraguas de las aseguradoras, teniendo dentro de sus fines, varios enfoques principales, dentro de los cuales destacan proporcionar a sus miembros información y estadísticas actuales de todo tipo de seguros y siniestros, también cumple con la función de establecer condiciones preliminares y tipo, que funcionan como base para distintos productos de seguros.

⁷ La sigla DTV tiene su origen en la federación de seguros alemanes de transporte (*Deutscher Transport-Versicherung Verband*) que se fusionó en 1996 con el GDV. Tras la fusión, la sigla se mantuvo para denominar las cláusulas generales para el transporte de mercancías.

⁸ Puesto que los DTV son una recomendación no vinculante, se tiene que distinguir entre dos tipos de cláusulas o condiciones: impresas y escritas. Una vez adoptados los DTV como base de una póliza, ellas conforman las condiciones impresas o base, las cuales, se pueden ampliar, extender y modificar a través de las cláusulas escritas, con el efecto de que las condiciones escritas prevalecen por sobre las impresas. Como puede apreciarse, traducido a la técnica aseguradora local, las condiciones impresas equivalen a nuestras condiciones generales, mientras que las escritas, a las especiales.

⁹ SCHWAMPE (2011) p. 26.

¹⁰ ENGE (2012) p.38.

éste. El lenguaje utilizado es bastante preciso, ya que distingue a la materia asegurada (básicamente, bienes o mercancías) del interés asegurable de alguna persona en su buen arribo al destino de la travesía, como dos elementos distintos del contrato de seguro, sin circunscribir éste a la propiedad de aquellas, de manera que no sólo sus propietarios pueden tomar válidamente este seguro, sino otras personas que se encuentren en una relación de interés con la misma, por ejemplo, un comprador que aún no adquiriera la propiedad, un consignatario o un intermediario (*trader*).

Respecto a la materia asegurada, se cubren los bienes o mercancías identificados en la póliza de seguros, y se permite asegurar otros gastos y costos, así como también otros intereses asegurables, los que incluyen: ganancias anticipadas, valores incrementados, aranceles aduaneros, flete, impuestos y recargos, y otros costos. Estos gastos, costos e intereses no pertenecen, conceptualmente, a la materia asegurada, pero se permite anexarlos a ésta para efectos de ampararlos por la cobertura que la póliza ofrece.

b) Valor de la materia asegurada y suma asegurada

Ambos conceptos se distinguen perfectamente, así como su interacción.

La primera interrelación que existe entre ambas nociones es que la suma asegurada debería corresponder al valor de las mercancías aseguradas.

A renglón seguido, se señala que el valor de las mercancías aseguradas es el justo precio de mercado¹¹ o, a falta del mismo, el valor de mercado en el lugar de partida, al comienzo de la cobertura, más el costo del seguro, los costos incurridos hasta que las mercancías sean entregadas al transportador y el flete que se pague por su transporte en definitiva.

Los siguientes intereses asegurables se cubren sólo en virtud de un pacto especial, y sujeto a que sean parte de la suma asegurada o que correspondan al valor asegurado de las mercancías: ganancias anticipadas, valores incrementados, aranceles aduaneros, flete, impuestos y recargos, y otros costos. Se incluye la ganancia anticipada del comprador que asciende a un 10% del valor asegurado. Tal como se adelantó, se exige que exista una relación o nexo entre estos intereses asegurables y la materia asegurada.

Si el valor asegurado se ha fijado convencionalmente, éste determinará el valor de la materia asegurada. Sin embargo, el asegurador podrá demandar que el valor asegurado sea reducido, si excede al verdadero valor asegurado por un monto substantivo. Si la suma asegurada es menor al valor asegurado así acordado, el asegurador deberá indemnizar sólo en aquella proporción que la suma asegurada tiene respecto al valor asegurado acordado, aún si éste se ha disminuido.

c) Riesgos cubiertos

Se cubre todo riesgo al cual la materia asegurada está expuesta mientras dure el seguro y, cualquiera sea su porcentaje, el asegurador indemnizará al asegurado las pérdidas o daños que provenga de un riesgo asegurado.

En especial, se cubre la materia asegurada antes de que se inicie el transporte, o en los casos que ella sea devuelta, en las mismas condiciones que se cubren las demás mercancías. Ello no afecta a la obligación del asegurado de probar que el daño ocurrió durante el transporte asegurado.

Si las mercancías ya están dañadas al inicio del seguro, el asegurador indemnizará la pérdida o daño, sólo si el daño ya existente no tuvo una influencia en el daño que haya ocurrido durante el período asegurado¹².

También se cubren los siguientes gastos y costos:

¹¹ Concepto que en inglés se conoce como *fair market value* y en alemán como *Gesundwert der Ware*, y corresponde al precio normal o medio que habría alcanzado la mercancía asegurada en el mercado de destino, si hubiera arribado en buenas condiciones y consumado su comercialización.

¹² Esta regla es una demostración de la importancia que en la mecánica de esta póliza se le otorga a la relación de causalidad que existe entre alguna circunstancia que afecta a la materia asegurada, al riesgo o a una infracción del asegurado, y a la extensión de la pérdida que resulte del siniestro. Aquéllas se castigan sólo en la medida que se reflejen en ésta.

- Contribuciones en avería gruesa, basadas en una liquidación que se haya efectuado de acuerdo a derecho, en las Reglas de York y Amberes, las Reglas del Rhin¹³, o cualquier otra regla de avería gruesa que esté reconocida internacionalmente, siempre que la medida haya estado destinada a evitar una pérdida o daño asegurados. Si el valor a contribuir excede el valor de la materia asegurada, y éste es equivalente a la suma asegurada, el asegurador indemnizará hasta el límite de la suma asegurada. Dentro del ámbito de esta cláusula, el asegurador se obliga a rechazar los reclamos que se efectúen en contra del asegurado para la compensación y gastos que surjan de la cláusula de colisión con culpa compartida.¹⁴
- Gastos en que se incurra para evitar, disminuir o determinar el grado de daño, tales como los gastos en que se haya incurrido razonablemente:
 - Para evitar o minimizar una pérdida asegurada, cuando tal pérdida o el daño ha ocurrido o está siendo amenazada directamente; o
 - Por el asegurado, en virtud de una instrucción del asegurador, cuando una pérdida o daño asegurado haya sucedido; o
 - El asegurador soportará estos gastos y costos, aún si las medidas adoptadas no han sido exitosas, y ellos serán indemnizados, aún si en conjunto con los demás gastos, exceden la suma asegurada.
- Gastos adecuados y razonables para cuantificar o determinar la pérdida o daño asegurado, así como los costos incurridos por una tercera parte que se haya designado para efectuar esta tarea, en cumplimiento a una instrucción del asegurador.
- Gastos adecuados y razonables para transbordar, almacenar temporalmente o re-expedir las mercancías tras el acaecimiento de un evento o accidente asegurado que involucre los medios de transporte, en la medida en que se haya incurrido en ellos en cumplimiento a una instrucción del asegurador.

El asegurado podrá requerir al asegurador que asuma las contribuciones en avería gruesa por medio de garantías, anticipos, o avances de los montos requeridos para evitar, minimizar o determinar el monto de una pérdida.

d) Riesgos no cubiertos

No se cubren los siguientes peligros:

- Guerra, guerra civil u hostilidades similares, así como los peligros que –haya o no sido declarada la guerra- provengan del uso hostil de armas de guerra y de la existencia de armas de guerra abandonadas a consecuencia de dichos peligros. Este riesgo se cubre mediante el adicional de guerra¹⁵, que ampara los riesgos de guerra, guerra civil, eventos bélicos, y aquellos que (aún sin un estado de guerra) provengan del uso hostil de armas de guerra, o de la presencia de armas abandonadas, como consecuencia de algunos de tales riesgos.
Este adicional cubre también la confiscación, captura, embargo, privación y otros actos de autoridad que provengan de los riesgos señalados. No se cubren la pérdida o daño a los bienes asegurados que provengan de la captura, embargo, privación y otros actos de autoridades, basados en leyes o regulaciones en vigor al momento en que se inicia la cobertura, ni los que provengan del

¹³ El IVR (*Internationalen Vereinigung des Rheinschiffahrt Registers - Asociación Internacional del Registro de Navegación del / por el Rhin de 1874*) funciona como fórum de navegantes de aguas internas, aseguradores y expertos, e intenta armonizar los transportes internacionales por aguas internas desde 1956, debido a la importancia económica y geográfica del río *Rhein*. Parte de esta armonización son las reglas con respecto a la avería gruesa, incluyendo definiciones de los costos que se pueden cubrir para dentro del salvamento de carga y nave.

¹⁴ La cláusula de colisión con culpa compartida (*both-to-blame collision clause*) es una cláusula común en los conocimientos de embarque, que (explicada en términos simples) regula los efectos de un abordaje entre dos naves causado por la negligencia de ambas, en el sentido que los propietarios y armadores de ambas naves deben soportar las pérdidas y responsabilidades en proporción a su grado de negligencia en la colisión, aún si –producto de los contratos de transporte que existan entre los transportadores y sus cargadores- alguno de aquellos tiene derecho a eximirse de responsabilidad ante su respectivo cargador.

¹⁵ DTV Cargo 2000/2008.

uso o existencia de energía nuclear, radiación ionizante, sustancias químicas, biológicas o bioquímicas u ondas electromagnéticas, que se usen como armas de guerra.

Existe un adicional de armas abandonadas¹⁶, que ampara la pérdida o daño a los bienes asegurados que provengan de armas de guerra abandonadas, durante el transporte de las mercancías por tierra y/o ríos, o durante su almacenamiento intermedio en el curso ordinario del tránsito, sujeto a que el estado de guerra haya terminado y que la ruta del transporte se haya declarado libre de armas de guerra abandonadas, y se haya retomado el tráfico normal por dichas rutas. Tampoco se cubren los riesgos que provengan del uso o existencia de energía nuclear, radiación ionizante, sustancias químicas, biológicas o bioquímicas u ondas electromagnéticas, que se usen como armas de guerra;

- Huelgas, cierres patronales, disturbios industriales, actos de violencia por grupos terroristas o políticos –cualquiera sea el número de personas involucradas-, revueltas y otras conmociones civiles. Este riesgo se cubre mediante el adicional de huelga¹⁷, que ampara las pérdidas o daños de los bienes asegurados, causados por huelgas, cierres patronales, trabajadores o personas involucradas en disturbios laborales, actos terroristas, actos políticos de violencia, revueltas o conmociones civiles, cualquiera sea el número de personas involucradas, así como los que sean consecuencia de la intervención de autoridades con poderes gubernamentales (fuerzas policiales o brigadas de incendios) en relación con tales eventos asegurados;
- Confiscación, privación de la posesión u otros actos de autoridades. Este riesgo se cubre mediante el adicional de confiscación¹⁸, que ampara las pérdidas y daños a los bienes asegurados, que provengan de confiscación, privación u otro acto de autoridad, salvo que ellos se efectúen a consecuencia de la condición de las mercancías aseguradas, o que resulten de órdenes judiciales que se relacionen a procedimientos civiles;
- El uso de sustancias químicas, biológicas, bioquímicas o de ondas electromagnéticas como armas que constituyan un peligro público, sin considerar otras causas contributivas;
- Energía nuclear u otra radiación ionizante. Este riesgo se cubre mediante el adicional de isótopos radioactivos¹⁹, que cubre la pérdida o daño de los bienes asegurados por isótopos radioactivos (que no sea combustible nuclear), en la medida que los isótopos sean preparados, transportados, almacenados o utilizados para propósitos comerciales, agrícolas, médicos, científicos u otros propósitos pacíficos similares;
- Insolvencia o incumplimiento financiero del armador, fletador u operador, o con respecto a otra disputa financiera que involucre a tales partes, a menos que el asegurado pueda probar que ha ejercido la debida diligencia de un hombre prudente de negocios para seleccionar a tales partes o un agente transitario responsable, o el tomador o asegurado es el comprador y, de acuerdo con los términos del contrato de compraventa, no tenía control sobre la elección de las personas involucradas en el transporte.

Algunos de los riesgos anteriores pueden ser asegurados como adicionales dentro del ámbito de las Cláusulas DTV.

e) Exclusiones

El asegurador no será responsable por las pérdidas o daños que provengan de:

- Demora en el transporte y/o en la entrega de la mercadería;
- Vicio inherente o de la naturaleza de los bienes;
- Diferencias o pérdidas usuales en números, peso o medidas de los bienes. Sin embargo, si se ha pactado un deducible, tales diferencias o pérdidas se considerarán cubiertas;
- Humedad ordinaria o fluctuaciones de temperatura, o

¹⁶ DTV Cargo 2000/2008.

¹⁷ DTV Cargo 2000/2008.

¹⁸ DTV Cargo 2000/2008.

¹⁹ DTV Cargo 2000/2008.

- Embalaje inapropiado o inadecuado, o estiba incorrecta, en la medida que el tomador haya actuado con intención o negligencia grave.

El asegurador no será responsable por pérdida o daño indirecto, cualquiera sea su forma.

Después de haber visto los riesgos no cubiertos y a continuación las exclusiones, tenemos que efectuar una distinción dogmática entre el riesgo/peligro y el daño. El peligro se define como la amenaza de que ocurra un evento que sea perjudicial para la relación del asegurado con una carga, mientras el daño es la consecuencia de un peligro ocurrido.²⁰ Siguiendo ese tenor, un riesgo cubierto puede provocar un daño excluido.

Algunos de los riesgos anteriores que las cláusulas generales (impresas) no cubren, pueden ser asegurados como adicionales a través de cláusulas recomendadas por la misma GDV y los daños expresamente excluidos se pueden incluir dentro de las cláusulas especiales (escritas) en cada póliza.

f) Causalidad

En el evento de una pérdida o daño que, bajo las circunstancias, pueda también haber sido causado por un riesgo o peligro no asegurado, el asegurador está obligado a indemnizarlo si la pérdida o el daño fue, en toda probabilidad, causado por un peligro asegurado²¹.

g) Culpa del asegurado

El asegurador no está obligado a indemnizar si el riesgo asegurado es causado por un acto intencional o con negligencia grave del asegurado.

h) Duración del riesgo

Desde el punto de vista espacial, la póliza cubre de almacén a almacén, y se inicia desde el momento en el cual los bienes son tomados para su transporte inmediato desde el lugar de almacenaje,²² y termina en cualquiera de las siguientes circunstancias, la que ocurra primero:

- Al arribo de los bienes al lugar de su entrega final que haya sido estipulado por el consignatario;
- Al momento en que los bienes son reexpedidos, después de la descarga en el puerto o aeropuerto de destino, hacia un lugar de entrega que no esté señalado en la póliza, si este cambio agrava el riesgo;
- A la expiración del plazo de cv ... días²³ después de que los bienes se han descargado desde la nave oceánica o aeronave al puerto o aeropuerto de destino. Sujeto a que el interés del asegurado permanezca involucrado, la cobertura no terminará al término del período estipulado, tras la descarga de los bienes desde la nave oceánica o la aeronave en el puerto o aeropuerto de destino, si un riesgo cubierto retrasó el viaje asegurado y el asegurado reportó la demora de inmediato. El asegurador podrá cobrar una prima adicional que sea razonable, a ser acordada;

²⁰ ENGE (2012) p.109.

²¹ Estamos ante otra demostración de la importancia que en estas pólizas se le da a la relación de causalidad que existe entre las condiciones de la materia asegurada, el riesgo y las infracciones del asegurado, por una parte (como causa), y el contenido y extensión del siniestro (como efecto), por la otra, aún en el evento que la causa del siniestro haya sido, a nivel de probabilidad (pero no de certeza), un riesgo asegurado.

²² En cuanto al término de la cobertura, la regulación DTV es bastante detallista, en comparación con el inicio de la cobertura, que no se encuentra regulado al mismo nivel de detalle que el término. Por esta razón, es frecuente observar aclaraciones en las condiciones escritas, indicando que el interés asegurable se inicia en el momento en que los bienes se encuentran listos/aptos para el transporte, y son trasladados desde el lugar donde estaban depositados dentro de un almacén, para el comienzo del transporte.

²³ Esta cantidad debe rellenarse en cada póliza.

- Si los bienes son transportados de acuerdo a los incoterms FOB²⁴ o CFR²⁵, cuando son embarcados a bordo de una nave oceánica;
- Si los bienes son vendidos cuando un peligro asegurado ha acontecido y el riesgo ha pasado, o
- Al término del período de almacenaje, cuando los bienes son almacenados temporalmente por orden del asegurado.

i) Almacenaje

Si los bienes necesitan ser almacenados durante la vigencia de la póliza, la cobertura se limitará a... días²⁶ de período de almacenaje.

Para el almacenaje en el curso ordinario del tránsito, que no sea en virtud de una orden del asegurado, la cobertura se extiende más allá del período antes acordado, sólo si el asegurado puede probar que no tenía conocimiento que el período de almacenaje había excedido, o no podía influir en la duración del almacenaje, de acuerdo con los cabales principios comerciales.²⁷

El asegurado deberá notificar al asegurador, de inmediato cuando llegue a su conocimiento, que el período de almacenaje ha expirado. El asegurador podrá cobrar una prima adicional que sea razonable, a ser acordada.

Si los bienes son transportados por mar o por aire, el plazo arriba designado (en la cláusula de duración) para el transporte se aplica de manera suplementaria.

Los períodos de almacenaje antes indicados incluyen los días de llegada y partida.

j) Alteración del riesgo

El asegurado puede modificar el riesgo, o permitir que un tercero lo cambie; en especial, puede agravarlo, sin que el asegurador pueda cancelar la póliza por esta razón. Si el asegurado cambia el riesgo, o toma conocimiento de un cambio del mismo, deberá informar al asegurador sin demora.

Existirá una alteración en el riesgo, en particular, cuando:

- El inicio o término del transporte asegurado está sujeto a una demora considerable;
- Existe una desviación mayor de la ruta de transporte especificada o acostumbrada;
- El puerto o aeropuerto de destino es cambiado, o
- Las mercancías son estibadas sobre cubierta;

El asegurador no está obligado a indemnizar al asegurado si éste no comunicó una agravación del riesgo, siempre que tal falta de comunicación no haya sido intencional o con negligencia grave, o no haya influido en la ocurrencia del siniestro, ni en el monto pagadero por el asegurador.²⁸

El asegurador tiene derecho al cobro de una prima adicional que sea proporcional al riesgo agravado, a menos que el aumento del riesgo haya sido efectuado en el interés del asegurador o por razones humanitarias, o fue causado por un evento asegurado que amenazaba a los bienes.

k) Alteración o abandono del transporte

²⁴ *Free on Board*, franco o libre a bordo: el vendedor asume los costos, riesgos y trámites aduaneros hasta que la mercancía se embarca en la nave que designe el comprador, en el puerto de embarque.

²⁵ *Cost and Freight*, costo y flete: el vendedor asume los costos (incluyendo al flete) para hacer llegar las mercancías al puerto de destino, los trámites aduaneros, y el riesgo se traspa al comprador desde que las mercancías están a bordo de la nave que las transporte.

²⁶ Esta cantidad debe rellenarse en cada póliza.

²⁷ *Sound commercial principles*, en inglés, y *ordentlicher Kaufmann*, en alemán, es un concepto bastante establecido y delineado, no solamente en el área del seguro, sino también en el Derecho Comercial alemán, en general. Se entiende que el “comerciante ordinario” según el Código de Comercio alemán, tiene un cierto estándar de cuidado, exactitud y esmero en su forma de actuar; dicho estándar se atribuye a los comerciantes y se define *inter alia* a través de las costumbres de cada negocio.

²⁸ Nuevamente, presenciamos una aplicación del principio de la causalidad, esta vez, entre la alternación del riesgo y la ocurrencia o monto del siniestro: debe existir una influencia entre aquella alteración (causa) y esta ocurrencia o cuantía del siniestro (efecto).

El asegurador no está obligado a indemnizar si los bienes son embarcados en medios de transporte distintos a los denominados en la póliza, o son descargados, pese a que se ha estipulado un transporte directo. Lo mismo se aplica si un medio específico de transporte o una ruta específica son designados en la póliza.

No se afectará la obligación del asegurador de indemnizar si, luego del inicio de la cobertura, el transporte es alterado o abandonado como consecuencia de un evento asegurado, o sin el consentimiento del asegurado.

Las disposiciones que rigen la alteración del riesgo se aplicarán en lo que corresponda.

l) Póliza

A requerimiento del asegurado, el asegurador estará obligado a emitir un certificado firmado que documente el contrato de seguro (póliza de seguro).

Si se emite una póliza de seguro, el asegurador no estará obligado a indemnizar hasta que dicha póliza sea presentada. El pago efectuado al portador de la póliza libera al asegurador de ulterior responsabilidad.

Si la póliza se pierde o destruye, el asegurador estará obligado a indemnizar al asegurado una vez que la póliza sea declarada inválida, o se haya proporcionado alguna garantía. Lo mismo se aplica a la obligación del asegurador de emitir una póliza de reemplazo, cuyo costo deberá ser asumido por el asegurado.

El contenido de la póliza se considerará aprobado por el asegurado, sin necesidad de advertirle las consecuencias legales, si no es controvertido de inmediato tras la emisión. El derecho del asegurado a controvertir dicha aprobación fundado en un error permanecerá a salvo.

m) Prima

La prima, más los costos adicionales y el impuesto sobre el seguro se deben pagar de inmediato a la conclusión del contrato de seguro.

Se considerará que el pago se efectúa a tiempo si es hecho inmediatamente al recibir la póliza de seguro y/o la factura.

Si el asegurado es responsable por no pagar a tiempo, se considerará que ha incumplido en el momento que reciba un cobro por escrito. El asegurador efectuará un cobro escrito del pago de la prima y colocará un plazo para el pago, de al menos, dos semanas.

Si el asegurado permanece en incumplimiento, transcurridas las dos semanas, el asegurador se liberará de su obligación de indemnizar cualquier evento asegurado que ocurra antes que el pago sea efectuado. El asegurador podrá cancelar el contrato de seguro sin aviso, si el asegurado permanece en mora tras las dos semanas. Sin embargo, el asegurador aún tendrá derecho al pago de la prima pactada.

El asegurador no estará habilitado para invocar las estipulaciones de esta póliza, a menos que haya notificado por escrito al asegurado.

n) Deberes del asegurado

i) Deber de revelación antes del inicio del seguro

Antes del inicio del seguro, el asegurado está obligado a revelar todos aquellos hechos y circunstancias materiales, y responder de manera completa y fidedigna a todas las preguntas que le haga el asegurador.

Un hecho material es una circunstancia que podría influir en que el asegurador tome sobre sí, decline o avalúe el riesgo. En caso de dudas, se entiende que un hecho material es aquél sobre el cual el asegurador ha preguntado de manera expresa o por escrito. Si un representante designado por el asegurado concluye la negociación de la póliza y está consciente de un hecho material, se considera que el asegurado también ha estado consciente del hecho material por sí mismo.

El asegurador no está obligado a indemnizar si le ha sido revelada información incompleta o imprecisa. Esto también se aplica si la información no fue entregada a consecuencia de la ignorancia del asegurado de un hecho, y ella fue causada por una negligencia grave de su parte.

Si el siniestro ya ha ocurrido, el asegurador no puede rehusar a cubrirlo si el asegurado prueba que la información incompleta o imprecisa que fue revelada no influyó en el acaecimiento del riesgo asegurado, ni en el tamaño o magnitud de la obligación del asegurador de pagarlo.²⁹

Si el asegurador rehúsa indemnizar al asegurado, éste puede cancelar la póliza. El derecho a cancelar la póliza expira si el asegurado no lo ejerce dentro de un mes de haber recibido la notificación de la decisión del asegurador de rehusar la indemnización.

El asegurador está obligado a indemnizar si estaba consciente de los hechos materiales o de tales hechos que fueron revelados de manera inadecuada. Lo mismo se aplica si el asegurado puede probar que ni él ni sus representantes eran responsables por la revelación incompleta o imprecisa de la información. Si el asegurador requirió por escrito al asegurado que revelara hechos y éste no reveló una circunstancia que no le fue preguntada expresamente por el asegurador, éste quedará exento de responsabilidad sólo si prueba que él, o su representante, escondió información con la intención de engañar.

Si el asegurador está obligado a indemnizar ante la ausencia de falta de parte del asegurado o de su representante, el asegurador tendrá derecho a una prima adicional, a ser acordada, de manera proporcional al riesgo agravado. Lo mismo se aplica si ninguna de las partes contratantes estaba consciente de un hecho que es material, previo a la conclusión de la póliza.

El derecho del asegurador a renegar del contrato por una representación fraudulenta del asegurado de hechos que son materiales permanece inalterado.

ii) Obligaciones previas a la ocurrencia del siniestro

Si no se ha pactado un medio específico para el transporte de los bienes, el asegurado deberá, en la medida que pueda ejercer alguna influencia en la elección de tales medios, emplear medios de transporte que sean adecuados para estibar y transportar los bienes.

Más aún, las naves oceánicas son consideradas adecuadas sólo si reúnen las condiciones de Clasificación y Antigüedad de DTV y, cuando se necesite, sean certificadas de conformidad con el Código Internacional de Administración de Seguridad (*International Safety Management Code, ISM Code*) o, si el armador está en posesión de un Documento válido de Cumplimiento (DoC), según lo requiere la Convención de SOLAS³⁰ de 1974 y sus modificaciones.

iii) Consecuencias legales del incumplimiento de las obligaciones

Si el asegurado incumple esta o cualquier otra de las obligaciones contractuales, por medio de un acto deliberado o cometido con negligencia grave, el asegurador no estará obligado a indemnizarlo, a menos que el incumplimiento no sea considerado la causa del riesgo asegurado o no tenga repercusión en la extensión de la indemnización³¹.

Si se emplearon medios de transporte inadecuados, los bienes permanecerán cubiertos si el asegurador fue incapaz de ejercer alguna influencia en la selección de tales medios, o ejerció la debida diligencia de un hombre prudente de negocios al elegir al transportador o al agente transitario.

Si el asegurado conoce la falta de aptitud de un medio de transporte, deberá informar de inmediato al asegurador y pagarle una prima adicional a ser acordada con el asegurador.

o) Venta de la propiedad asegurada

i) Antes de producirse el siniestro

²⁹ Otra manifestación de la importancia de la causalidad, ahora, entre la infracción del deber de revelación (causa) y la ocurrencia o cuantía del siniestro (efecto).

³⁰ “Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en el Mar” o SOLAS (*Safety of Life at Sea*), es una convención cuya primera versión data de 1914 (en reacción a la catástrofe del Titanic) y su quinta versión es de 1974, aprobada en una conferencia internacional convocada por la Organización Marítima internacional (OMI).

³¹ Una nueva manifestación de la causalidad, en este caso, en un enfoque negativo, consistente en un incumplimiento del asegurado que no influye en la producción o cuantía del siniestro, razón por la cual no afecta a la obligación del asegurador de indemnizarlo.

Si el asegurado vende el bien asegurado, el comprador tomará el lugar del asegurado en los derechos y obligaciones que emanen del contrato de seguro, mientras dure su propiedad.

El vendedor y el comprador serán solidariamente responsables³² del pago de la prima por el período del seguro que rija al momento en que ocurra la transferencia. El asegurador deberá soportar las consecuencias de la transferencia sólo desde el momento que toma conocimiento de ella.

Si la póliza se ha emitido, la responsabilidad solidaria del comprador por el pago de la prima y otros costos anexos no se aplicará. Una vez que la póliza se ha emitido, el asegurador no podrá liberarse de su obligación de indemnizar el siniestro, alegando que la prima no se ha pagado, a menos que el comprador del bien asegurado sepa o haya debido saber la causa de esta excepción.

El asegurador no estará facultado para cancelar la póliza fundándose en la venta del bien asegurado.

El asegurado no está obligado a reportar la venta del bien asegurado al asegurador. El comprador está facultado para cancelar la póliza con efecto inmediato. Este derecho para cancelar la póliza se extingue si el comprador no lo ejerce dentro de un mes de adquirir la mercancía asegurada o, si él no estaba consciente de la existencia de la póliza, dentro del mes posterior a tomar conocimiento de la existencia de la póliza.

Si la póliza se cancela de conformidad a lo anterior, el vendedor deberá pagar la prima, el comprador no tiene responsabilidad respecto del pago de la prima.

ii) **Antes del término del transporte asegurado**

Después del inicio de la cobertura de la póliza, si se abandona el transporte o no se completa por cualquier razón, y el asegurador sigue obligado a indemnizar, éste estará facultado para requerir al asegurado que venda las mercancías con su asistencia, sea en venta directa o en pública subasta, si los bienes no puede re-expedirse a costos razonables o dentro del período de tiempo acordado. Si el asegurador solicita que los bienes sean vendidos, la venta se llevará a efecto de inmediato.

En caso de venta, el asegurado podrá pedir un reembolso de la diferencia entre la suma asegurada y el fondo que sea producto de la venta. Lo mismo se aplica si los bienes en tránsito deben ser vendidos como producto de una indemnización que es reclamada del asegurador por un siniestro.

Si las condiciones de la venta requieren que el vendedor pague o entregue por adelantado, el asegurador garantiza el pago del precio de la venta, sólo si ha accedido a la venta.

p) **Disposiciones aplicables en caso de siniestro**

i) **Declaración del siniestro**

El asegurado deberá notificar de inmediato al asegurador de cualquier pérdida o daño.

ii) **Detención o disminución de la pérdida o daño**

En el evento de pérdida o de daño, el asegurado deberá evitar o disminuir la pérdida o el daño, lo más que pueda. Deberá cumplir con cualquier instrucción del asegurador y deberá requerir tales instrucciones, siempre que las circunstancias se lo permitan.

iii) **Instrucciones del asegurador o del inspector**

El asegurado deberá cumplir con las instrucciones del asegurador relativas a la pérdida, consultar de inmediato con el inspector designado en la póliza o en el certificado de seguros, para cuantificar el daño, y entregar el informe del mismo al asegurador.

Si existe una buena razón, deberán ser solicitados los servicios del agente del Lloyd's más cercano, en lugar del inspector designado en la póliza.

iv) **Entrega de información**

El asegurado deberá proporcionar al asegurador toda la información que se requiera para acceder a la pérdida y la extensión de la indemnización que se deba. Estará obligado a proporcionar y colocar a

³² Es interesante cuestionarse si, respecto del tercero que adquiere la mercancía asegurada, es fuente válida de la solidaridad un contrato del cual aún no es parte. Tal vez, la figura puede explicarse en que esta responsabilidad solidaria es parte de un contrato que constituye un todo indivisible, y al que el tercero adquirente accede, y si quiere gozar el beneficio de la cobertura, debe soportar la obligación del pago de la prima.

salvo toda la prueba que pueda ser relevante para una posterior clarificación de los eventos que causaron el siniestro, o que sean necesarios para ejercer reclamos o recuperos.

v) Consecuencias legales del incumplimiento de obligaciones

Si el asegurado no cumple con sus antedichas obligaciones, sea con intención o culpa grave, el asegurador quedará liberado de su obligación de indemnizarlo, sin que sea necesario explicar por separado las consecuencias legales de dicho incumplimiento al asegurado.

El asegurador permanecerá obligado a indemnizar, siempre que el incumplimiento de la obligación no haya influido en la determinación del siniestro, o en la determinación de la extensión de la indemnización que sea pagadera al asegurado.³³

q) Derecho a subrogación

En el evento de un siniestro, el asegurado deberá poner a salvo el derecho a recuperlo en contra de terceros que sean o puedan ser responsables del siniestro, así como asistir al asegurador en los procedimientos de recuperlo.

Si el asegurado incumple esta obligación, con intención o con culpa grave, el asegurador quedará liberado de su obligación de indemnizar, si no es capaz de reclamar una indemnización de terceros.

r) Reclamos y pérdida del derecho a indemnización

El asegurado deberá reclamar en caso de un siniestro dentro de los 15 meses posteriores al término del riesgo cubierto, y si el medio de transporte ha desaparecido y se presume perdido, antes de que expire del período de la pérdida presunta. El cumplimiento del plazo se determinará por el timbre de correo.

El asegurado perderá su derecho a ser indemnizado si el reclamo no se efectúa a tiempo.

s) Indemnización

i) Pérdida de bienes

Si las mercancías se pierden en todo o parte, si ya no se encuentran disponibles y no existe posibilidad de retorno, o si en la opinión del experto, el estado original de las mercancías se ha destruido, el asegurado tendrá derecho a reclamar la parte de la suma asegurada asignada a las mercancías, menos el valor de los bienes salvados.

ii) Desaparición

Si los bienes y los medios de transporte han desaparecido, el asegurador indemnizará al asegurado por la pérdida total, a menos que pueda asumirse con toda probabilidad, que la pérdida fue causada por un riesgo no asegurado.

Los medios de transporte se presumen perdidos en 60 días después de la fecha esperada de llegada (plazo que es de 30 días para los viajes dentro de Europa), sin que se hayan recibido noticias en la fecha en que el reclamo se efectúa.

Si los medios de comunicación se interrumpen a consecuencia de una guerra, eventos hostiles, guerra civil o conmoción civil, el período se extiende de acuerdo con las circunstancias, hasta por un máximo de 6 meses.

iii) Daño a los bienes

Si los bienes se dañan en todo o en parte, se deberá determinar el justo precio de mercado, o a falta del mismo, el valor de mercado que tendrían en el lugar de descarga, de no haber ocurrido el siniestro (valor en buen estado).

La indemnización que se deba deberá tener la misma proporción respecto de la suma asegurada, que el valor bruto dañado tenga respecto del valor bruto en buen estado.

Inmediatamente después de la notificación de los hechos materiales a la extensión del reclamo, el asegurador deberá requerir que se determine el valor dañado en una venta privada o en una pública subasta. En este caso, el producto bruto de la venta tomará el lugar del valor del daño. Si las condiciones

³³ También aquí presenciamos una aplicación de la relación de causalidad, entre un incumplimiento de las obligaciones del asegurado (causa) y la producción o extensión del siniestro (efecto).

de la venta requieren que el vendedor entregue por adelantado, el asegurador garantiza el pago del su precio, siempre que haya aceptado los términos de la venta.

iv) Reparación y reemplazo del bien siniestrado

En el evento de pérdida o daño de parte de los bienes, el asegurado puede, en lugar de parte del valor asegurado, reclamar una indemnización por los costos necesarios incurridos al momento del siniestro para reparar o reemplazar los bienes perdidos o dañados.

En el caso de pérdida o daño a los bienes que formen parte de una entidad asegurada³⁴, el asegurador indemnizará la pérdida total si la reparación o reemplazo es imposible o no es expedita. Cualquier valor residual deberá ser tomado en cuenta.

El asegurador reembolsará los costos necesarios de reparación o reemplazo de máquinas, aparatos, equipos, vehículos o sus componentes usado, al momento del siniestro, sin deducción por concepto de “nuevo por viejo”. Si el valor actual del monto de los equipos antes mencionados asciende a menos del 40% de su valor nuevo, el reembolso pagadero no deberá exceder al valor actual.

t) Infraseguro

Si la suma asegurada es menor al valor del bien asegurado, el asegurador es responsable por la pérdida y gastos sólo en la proporción que exista entre la suma asegurada y el valor del bien asegurado.

u) Interés no materializado y ahorro de costos

Si un interés asegurado o una ganancia anticipada, valor incrementado, arancel aduanero, flete u otros costos no se materializan cuando el siniestro acontece, la parte correspondiente de la suma asegurada no se considerará al determinar la extensión de la pérdida. Lo mismo se aplica si a cualquier costo que sea ahorrado a cuenta de un siniestro que ha acontecido.

v) Otros recuperos

Cualquier otro recuperero que haya sido recibido por el asegurado con respecto a un siniestro, será compensado y descontado por el asegurador del monto de la indemnización a pagar.

w) Subrogación

Si el asegurado requiere el pago de la suma asegurada, el asegurador podrá decidir si los derechos o títulos sobre los bienes le sean o no transferidos al pago de la misma. Este derecho se aplica sólo si es ejercido inmediatamente por el asegurador cuando se le notifique las circunstancias del siniestro.

Si el asegurado opta por la subrogación, el asegurado estará obligado a minimizar la pérdida, si el asegurador es incapaz de hacerlo por sí mismo.

El asegurado está obligado a revelar toda la información que sea necesaria para ejercer los derechos, suministrar documentos y pruebas, así como asistir al asegurador en recuperar y evaluar los bienes. El asegurador deberá soportar los costos relevantes y pagarlos por adelantado, a solicitud del asegurado. El asegurado recibirá la parte de los fondos netos de la venta que exceda a la suma asegurada.

Si el asegurador no opta por la subrogación, el asegurado le pagará al asegurador el justo precio de mercado de los bienes recuperados o el valor neto del producto de su venta.

La subrogación de los reclamos en contra de terceros y el derecho del asegurador al abandono permanecen inalterados.

x) Abandono por el asegurador

En caso de un siniestro, el asegurador estará habilitado para liberarse de todas sus responsabilidades mediante el pago de la suma asegurada. No obstante cualquier liberación de responsabilidad, el asegurador permanecerá obligado a indemnizar al asegurado por los costos de evitar o minimizar la pérdida, o de reparar o reemplazar la cosa asegurada, en que se haya incurrido

³⁴ “*Sachgesamtheit*” es el término general para referirse a varios objetos independientes, que están conectados por un propósito económico común y solo pueden desarrollar su valor como una unidad, lo que en Chile se conoce como una universalidad de hecho o *universitas facti*.

adecuadamente antes que haya sido notificado de la intención del asegurador de liberarse de su responsabilidad, mediante el pago de la suma asegurada. Esto también incluye los costos asegurados, que el asegurado se haya obligado a pagar.

El derecho del asegurador de exonerarse de responsabilidad por el pago de la suma asegurada cesa si el asegurado no recibe la notificación de su intención dentro de una semana con posterioridad a que el asegurador tome conocimiento del siniestro y sus consecuencias directas.

El pago de la suma asegurada no hace que el asegurador adquiera derechos sobre la cosa asegurada.

y) Procedimiento de expertos

Si existe disputa acerca de la causa o extensión del siniestro, cada parte estará facultada para solicitar su determinación por un experto.

En este caso, cada parte nominará un experto sin tardanza. Al nominar a un experto, cada parte estará facultada para requerir que la otra parte haga lo mismo. Si el segundo experto no es designado dentro de las cuatro semanas posteriores a recibir la solicitud escrita, la parte que lo requiera podrá pedir que este sea designado por la Cámara de la Industria y Comercio (o alternativamente, por el consulado de la República Federal Alemana) del distrito en que los bienes están situados.

Antes que la inspección comience, ambos expertos designarán a un tercero que sea representante. Si las partes no acuerdan algún representante, una o ambas podrá pedir que el representante sea nominado por la Cámara de la Industria y Comercio (o alternativamente, por el consulado de la República Federal Alemana) del distrito en que los bienes están situados.

Los informes que produzcan los expertos deberán contener toda la información que, dependiendo de la tarea que se trate, sea requerida para determinar la causa del siniestro y establecer la cuantía de la indemnización que se deba pagar.³⁵

Los expertos presentarán simultáneamente sus conclusiones a sus partes. Si ellas difieren, el asegurador reenviará los informes al representante, sin demora. El representante resolverá los puntos en disputa, dentro de los límites de las conclusiones de los expertos y presentará su decisión a ambas partes, a un mismo tiempo.

Cada parte asumirá los costos de su experto y pagará la mitad de los costos del representante. Esto se aplica aún si ambas partes acuerdan en un procedimiento de expertos. Si ha sido el asegurador quien haya solicitado este procedimiento, éste asumirá el costo total del procedimiento.

Las conclusiones de los expertos o del representante son vinculantes, a menos que sea obvio que de se han desviado substancialmente de los hechos del caso.

Si los expertos o el representante no son capaces o no desean producir conclusiones, o si se demoran el procedimiento de manera indebida, se procederá a nombrar nuevos expertos.

z) Limitación de responsabilidad

La responsabilidad del asegurador por los siniestros que hayan acontecido durante la vigencia de la póliza se limita a la suma asegurada. Ello se aplica igualmente a los siniestros posteriores. Si se han efectuado pagos para cubrir las reparaciones o reemplazos, o para el pago de gastos y costos incurridos de acuerdo a la póliza, o si el asegurado ha resultado obligado a pagar gastos de este tipo, la suma asegurada no se reducirá por el monto de tales pagos y obligaciones.

aa) Fecha y pago de la indemnización

El asegurador está obligado a indemnizar dentro de las dos semanas de la determinación final de la pérdida. Si el monto de la indemnización no puede determinarse dentro del mes posterior al reporte del siniestro, el asegurado tendrá derecho a demandar un pago de parte del monto mínimo que sea aplicable de acuerdo con las circunstancias.

³⁵ Esta es una manifestación de la regla de la causalidad, a nivel de la prueba y liquidación del siniestro.

La fecha en la cual surja el derecho al pago parcial se diferirá de acuerdo con el período de tiempo que haya tardado la determinación del siniestro y la extensión de la obligación del asegurador de indemnizarlo, si esta demora se debe a falta del asegurado.

La indemnización deberá ser pagada en la misma moneda de la suma asegurada.

bb) Transferencia de reclamos por pérdidas o daños

Si el asegurado está facultado para reclamar en contra de terceros, estos derechos se transfieren al asegurador al indemnizar al asegurado.

Esta transferencia no puede ser en perjuicio del asegurado. En este evento, el asegurado estará obligado a proporcionar al asegurador la información necesaria para ejercer estos derechos, y entregarle los certificados que evidencien el reclamo que estén en su poder, y los documentos que evidencien la transferencia de derechos, certificados por un notario público. El asegurador deberá soportar estos costos.

Lo anterior será aplicable en caso de avería gruesa. Sin embargo, el derecho del asegurado a una contribución en caso de avería gruesa pasará al asegurador al momento que surja, si éste es responsable por sacrificios. Si la indemnización excede a los daños y gastos pagaderos por el asegurador, ese exceso será pagadero al asegurado.

El asegurador se liberará de su obligación de indemnizar, en la medida que el asegurado no sea capaz de reclamar en contra de un tercero que sea responsable por el transporte, a consecuencia que su responsabilidad legal esté limitada más allá del monto acostumbrado o sea excluida contractualmente. Esto no se aplica si la limitación o exclusión esté más allá del control del asegurado.

Incluso con posterioridad a que el derecho a recupero haya sido transferido al asegurador, el asegurado estará obligado a minimizar la pérdida, y si es necesario, reteniendo pagos tales como el flete. El asegurado estará obligado a colaborar con el asegurador en ejercer el reclamo y reenviarle inmediatamente toda información, mensaje y documentos que sean relevantes. El asegurador deberá soportar los costos y efectuar avances de pago de serle requerido.

cc) Período de limitación

Los reclamos que surjan de la póliza están sujetos a un período de limitación de tres años. El período de limitación comienza al término del año en que el pago puede ser requerido. En caso de avería gruesa, el período comienza al término del año en que la contribución del asegurado puede ser solicitada por medio de la liquidación de la avería gruesa.

Si el asegurado ha denunciado un siniestro al asegurador, el período de limitación se suspende hasta que el asegurado recibe una decisión escrita del asegurador.

dd) Coaseguro

Si varios aseguradores suscriben una póliza, estarán obligados a indemnizar sólo por sus respectivas cuotas, sin solidaridad. Esto se aplica incluso si la póliza o certificado en particular ha sido suscrito por un asegurador en representación de los demás.

Los términos y condiciones acordados por el asegurado con el asegurador líder son vinculantes para los demás coaseguradores. Esto opera a favor del asegurado cuando los reclamos sean pagados. No obstante, sin el consentimiento de cada coasegurador en particular, el asegurador líder no está autorizado para hacer alguno de lo siguiente: (i) incrementar el límite de la póliza; (ii) incluir los riesgos excluidos de guerra y confiscación; (iii) cambiar la moneda de la póliza, ni (iv) cambiar los términos para la cancelación.

En ausencia del consentimiento de los coaseguradores, el asegurador líder es también responsable, en virtud de una declaración sin restricción, de las cuotas de los coaseguradores.

El asegurador líder está habilitado para litigar en representación de los demás coaseguradores. Esto se aplica de la misma manera para las causas ante los tribunales de justicia y los tribunales arbitrales. Sin embargo, un veredicto contra el asegurador líder sólo respecto a su parte, o una transacción efectuada después de un juicio o laudo arbitral, deberá ser reconocida por los coaseguradores como vinculantes, respecto de sus cuotas. Si la cuota del asegurador líder no alcanza al monto en disputa, el asegurado estará obligado, a solicitud del asegurador líder o de alguno de los aseguradores partícipes, a extender la acción

para incluir un segundo, y si es necesario, un tercero u otro asegurador, hasta que se alcanza la suma. Si el asegurado no cumple con lo solicitado, la primera sentencia será nula.

El asegurador líder deberá notificar inmediatamente y por escrito a los coaseguradores de algún cambio en el liderazgo. Esta revelación también deberá hacerse al asegurado. En este caso, cada coasegurador estará habilitado para cancelar su participación en la póliza con un aviso de cuatro semanas. El derecho a dar esta noticia se extingue si no se ejerce dentro de un mes de la notificación escrita de un cambio en el liderazgo.

Las revelaciones y declaraciones recibidas por el líder se considerarán también recibidas por los coaseguradores.

ee) Ley aplicable

Esta póliza se sujeta al derecho de la República Federal Alemana.

3. COBERTURA DE RIESGOS LIMITADOS

Ampara las pérdidas o daños a los bienes asegurados que provengan de los siguientes eventos:

- Cualquier accidente que involucre a los medios de transporte que acarreen tales bienes. También se considera que existe un accidente del medio de transporte, cuando la embarcación que los acarrea vara, toca fondo o encalla, se da vuelta, se hunde, colapsa o se daña por el hielo;
- Colapso de los almacenes;
- Incendio, relámpagos, explosión, terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas y otros desastres naturales, golpes o choques con objetos voladores o partes de los mismos, incluyendo su carga;
- Echazón, barrida de agua sobre la cubierta, o pérdida de objetos sobre cubierta como resultado del mal tiempo;
- Sacrificios de avería gruesa;
- Descarga, almacenamiento temporal y carga de bienes en puerto o aeropuerto de arribada forzosa, en el que haya ingresado como resultado de un peligro asegurado o a continuación de un aterrizaje de emergencia, y
- Pérdida total de los paquetes enteros, durante la carga o la descarga del medio de transporte, o durante el transbordo a o desde el medio de transporte.

Casos especiales: se cubre el período anterior al viaje de bienes o su retorno, en las mismas condiciones que los demás bienes, pero ello no afecta a la obligación del asegurado de probar que el daño ocurrió durante el transporte asegurado.

4. COBERTURA DE PÉRDIDAS CONSECUENCIALES

Ampara las pérdidas consecuenciales, entendiéndose por tal aquella situación en la que (i) producto de una pérdida cubierta de acuerdo con los términos de la póliza de transporte, (ii) las mercancías aseguradas no pueden ser usadas, o su uso está perjudicado, lo cual (iii) impide que se genere el ingreso normal para mantener el negocio en funcionamiento.

Cumpléndose tales requisitos, el asegurado será indemnizado sólo por los gastos y costos que sean legal o económicamente justificados, concepto en el cual no se incluye los costos de los materiales brutos, auxiliares o de procesamiento de los bienes asegurados, ni tampoco los impuestos y gravámenes.

5. COBERTURA DE PÉRDIDAS PURAMENTE FINANCIERAS (PURE FINANCIAL LOSSES)

Se cubren las pérdidas puramente financieras³⁶ que provengan de demoras o de errores en la percepción del pago a la entrega de las mercancías transportadas.

Además de las exclusiones tradicionales de la póliza de todo riesgo, se excluyen de cobertura las pérdidas financieras que provengan de lesiones corporales, daños indirectos o consecuenciales, penas contractuales, negligencia en incumplimiento de plazos o garantías, falta de reembolso de subsidios

³⁶ A diferencia de las pérdidas o daños físicos a las mercancías aseguradas.

estatales o devoluciones de impuestos, fluctuaciones de tipos de cambio o diferencias de precios, falta de órdenes de seguimiento, relacionadas al financiamiento, aranceles aduaneros o procedimientos judiciales.

6. COBERTURA ABIERTA (OPEN COVER)

Esta cobertura opera sobre la base de una declaración que efectúa el asegurado del transporte y almacenamiento que pretende asegurar, la que se realiza de acuerdo a un procedimiento de declaración, en que se individualiza el bien, su transporte o almacenamiento, y queda sujeta a la aceptación del asegurador del riesgo, cubriéndose dentro de ciertos límites monetarios.

7. SEGURO DE CONTINGENCIA

Se trata de una cobertura subsidiaria, que opera respecto de embarques por los cuales el asegurado tiene sólo parte del riesgo, o ningún riesgo, o de embarques en cuyos términos de entrega no necesitan que el asegurado obtenga cobertura de seguros, o aquellos en que la ley o la autoridad exijan que el asegurado obtenga cobertura de otro asegurador.

Se cubre sólo el interés asegurable del asegurado, y éste es el único que puede beneficiarse de esta cobertura.

También se cubren aquellas diferencias de condiciones o de límites de indemnización de otros seguros.

Tratándose de las importaciones, si existe otra póliza, o si no existe póliza (pese a que los términos de la compraventa internacional se la exigían al vendedor exportador), el asegurador deberá cubrir el siniestro, aunque el otro asegurador involucrado no lo haga.

En el caso de las exportaciones, el asegurador estará obligado a indemnizar al asegurado, en los casos en que éste no pueda obtener el pago del precio de la venta o de la contribución de avería gruesa.

No se permite al asegurado ceder los derechos que le concede esta póliza, a menos que sea al banco que adelantó el pago del precio de la compraventa de los bienes asegurados.

Dentro de los deberes del asegurado, se agrega uno especial: mantener en secreto y no revelar a terceros la existencia de este seguro, salvo al banco que le adelantó el precio de la compraventa de los bienes asegurados, o al comprador importador de los mismos. El incumplimiento intencional, o con negligencia grave, de esta obligación antes o después del siniestro, libera al asegurador de su obligación de indemnizar, sin que deba probar las consecuencias legales de dicha infracción al asegurado. No obstante, el asegurador sí deberá indemnizar al asegurado si dicha infracción no influyó en la ocurrencia del siniestro o en la determinación de la extensión de la indemnización a pagar por el mismo.

El asegurado está obligado a ejercer sus derechos en contra de terceros a su propio nombre, pero con el consentimiento del asegurador. Si existe otra póliza, el asegurado deberá proteger los derechos en contra del respectivo asegurador, o de su otra parte contratante. Si el otro asegurador o la parte contratante, contra quienes existía un derecho a recupero, efectúan un pago al asegurado, éste deberá colocar los fondos a disposición del asegurador de esta póliza de contingencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ENGE, Hans-Christoph y SCHWAMPE, Dieter (2012) *Transportversicherung*. Recht und Praxis. (Auflage Springer Gabler, Wiesbaden).
- FREIHERR VON LIEBIG, Eugen (1914) *Die Seeversicherung*, Systematische Darstellung des Seeversicherungswesens (Guttentag Verlag, Berlin).
- KOLLATZ, Peter (2017) *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 2. Auflage, Gesetz über den Versicherungsvertrag, en *Kapitel 3; Transportversicherung* (C.H Beck Verlag, München).
- LINDEMANN, Silke (2004): *Die Gefahrengemeinschaft bei der Seehandelsfahrt nach den mittelalterlichen Statutarrechten und ihre antike Grundlage* (Köhler-Druck, Tübingen).
- MAURER, Andreas (2012): *Lex Maritima* (Mohr Siebeck, Tübingen).
- SCHWAMPE, Dieter (2011): *Großkommentar zum VVG* 9. Auflage Band 6/1, en *Kapitel 3, Transportversicherung §§130-141 VVG*; DTV-Güter 2000/2011 (De Gruyter Verlag, 2011).

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO DE SEGUROS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CHILENO

Rodrigo Hayvard Bosoni**

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la relación de causalidad existente entre la ocurrencia de un daño indemnizable y el riesgo asegurado. Para ello se realizan ciertas delimitaciones conceptuales, que permiten orientar el análisis del estado del arte en forma previa a la dictación de la ley 20.667, y en forma posterior con el estudio de la historia de la ley, para finalizar realizando un análisis exegético de la norma actual contenida en el artículo 533 del Código de Comercio.

Palabras claves: contrato de seguro; causalidad; daño indemnizable; riesgo asegurado.

ABSTRACT: In this paper, the causal relationship between the occurrence of compensable damage and the insured risk is analyzed. For this purpose, certain conceptual delimitations are made, which allow the analysis of the state of the art to be guided prior to the enactment of the law 20.667, and later, with the study of the history of the law, ending by carrying out an exegetical analysis of the current standard contained in article 533 of the Commercial Code.

Keywords: insurance contract; causality; indemnifiable damage; insured risk.

I. INTRODUCCIÓN

No es un asunto controvertido el que entre la ocurrencia de un daño indemnizable y el riesgo asegurado debe existir una relación de causalidad, o dicho de otro modo, entre ambos debe verificarse naturalmente una relación de causalidad. Es este pues uno de los principios fundamentales que desde antiguo ha formado parte del derecho de seguros tanto en sede nacional¹ como en sede comparada². Asimismo, no resulta controvertido que la identificación de esta relación de causalidad es un asunto de interpretación contractual y sujeto, en consecuencia, a la casuística. No es tampoco controvertido que, en términos generales, existe consenso en la doctrina en torno a que la teoría causal aplicable en materia de seguros correspondería a lo que en derecho continental conocemos como la teoría de la causa inmediata³.

Si todos estos puntos son verdaderos, y consideramos que lo son, cabe entonces preguntarse cuál es el efecto, si es que alguno, ha tenido la introducción en nuestro derecho de la regla contenida en el Artículo 533 del Código de Comercio, que bajo el título de “Pluralidad de causas de un siniestro” lee:

“Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si cualquiera de las causas concurrentes corresponde a un riesgo cubierto por la póliza”.

II. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

Intentar siquiera cuantificar la tinta que se ha invertido en definir con alguna precisión el concepto de causa o en otras palabras, en delimitar los contornos de las distintas soluciones causales, es de por sí una tarea monumental y por lo demás, se trata de un objetivo en constante evolución y cuya respuesta obedece a distintas preguntas en distintas sedes⁴. Afortunadamente, nuestro propósito no

*Master of Laws in Financial Services Law and Postgraduate in Laws in Insurance Law (University of London by UCL and Queen Mary), Magister en Derecho de la Empresa (Pontificia Universidad Católica de Chile), Abogado (Universidad Marítima de Chile).

*Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen solamente al autor.

¹ CONTRERAS STRAUCH (2002).

² Véase HAYVARD (2015).

³ Ver p. 58.

requiere este ejercicio pues la causalidad en sede del derecho de seguros obedece a características propias que se sustentan sobre una base conceptual previa y sobre la cual existe relativo consenso. Nuestra preocupación aquí es exclusivamente con aquellas características propias de la causalidad en materia de seguros y dentro de estas, solo aquellas que son aplicables a la realidad nacional.

Conviene sin embargo acordar las delimitaciones conceptuales que servirán de base a lo propuesto en estas líneas⁵. Para nuestros efectos, obviaremos las distinciones de orden filosófico, las cuales se encuentran fuertemente influenciadas por el pensamiento de HUME⁶ y MILL⁷, para centrarnos en las diferencias entre condiciones y causas desde la óptica de la ciencia del derecho, lo cual nos permitirá luego identificar las instituciones propias de la causalidad en materia de seguros en general y nacional en particular. Con ello en mente y para facilitar la lectura, hemos incluido estas en el Apéndice a esta obra⁸, de modo de facilitar su consulta a lo largo de esta.

III. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO CHILENO DE SEGUROS DE SEGUROS PREVIO A LA LEY N° 20.667.

El Apéndice⁹ y las líneas que preceden nos permiten identificar los deslindes teóricos de las soluciones causales posibles y los conceptos relacionados en sede de seguros. No obstante, intencionalmente estos no resuelven la tarea de identificar bajo alguna de estas denominaciones la o las soluciones recepcionadas en nuestro derecho, tarea que debe tomar precedencia al análisis sobre el estado actual de nuestro derecho de seguros en términos de causalidad y en particular el efecto que entre nosotros tendría la introducción del nuevo Artículo 533 del Código de Comercio.

Previo a discutir la recepción positiva de una solución causal determinada y reservando expresamente el análisis exegético de la solución planteada en sede marítima por el Artículo 1184 del Código de Comercio para el capítulo que sigue, es imperativo reconocer que la identificación de una determinada solución causal descansa en cuatro pilares, cuyos requisitos informan su contenido.

Primero, en cuanto a la actitud regulatoria, en general, el legislador, tanto nacional como comparado, se ha mostrado cauteloso en adoptar por la vía positiva una solución causal determinada.

Segundo, aun en aquellos casos en que el legislador se ha inclinado por adoptar una determinada solución causal¹⁰, lo ha hecho por medio de una norma supletoria de la voluntad de las partes y no de forma imperativa¹¹. De esta manera, la regla adoptada en sede marítima bajo el mentado Artículo 1184 aplica de conformidad con el Artículo 1159 del mismo Libro, en defecto de las estipulaciones de las partes, salvo en las materias en que la norma sea imperativa. Sin perjuicio de lo anterior, es menester tener presente que, lo que más adelante llamaremos la sección tres del Artículo 1184, introduce una solución imperativa para el caso que no sea posible establecer cuál fue la causa principal o si varias causas determinantes fueron simultáneas y entre ellas hubiere una que constituyera un riesgo asegurado. Se trata empero de una solución secundaria de orden imperativo, pero no dirigida al problema de la identificación en forma primaria de la causa sino que orientada al problema de la concurrencia de causas, que es de por sí un problema secundario que se supone necesariamente la imposibilidad de encontrar una solución al primer problema.

⁵En lo que sigue hemos tomado la decisión consiente de depender fuertemente en las consideraciones advertidas por H.L.H Hart y Tony Honoré, cuyo tratado sobre la causalidad en el derecho es punto de referencia obligado de toda investigación sobre la materia. Ver en general HART y HORONE (2002).

⁶ Véase HUME (1978).

⁷ Véase MILL (1886).

⁸ Ver pp.58-61.

⁹ Ver p.58.

¹⁰ Véase la Sección 530 del Código de Seguros del Estado de California:

“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”.

¹¹ Véase la Sección 55 (1) de la Marine Insurance Act (Reino Unido):

“Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against”.

Tercero, la determinación de una solución causal es verdaderamente 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 cubiertos bajo el contrato de seguro, acuerdo que se verifica mediante la inclusión en este instrumento de un lenguaje causal determinado.

Cuarto, en mérito de todo lo anterior, resulta anticlimático pero forzoso reconocer que se trata de un asunto cuya solución se independiza muchas veces también de los contornos del contrato, transformándose su determinación en un asunto propio de la casuística.

En consecuencia, la tarea de la doctrina y jurisprudencia en general, y de la doctrina y jurisprudencia nacionales en particular, ha sido el interpretar el resultado que se sigue de aplicar estos pilares y encapsular este, en la medida de lo posible, dentro de una solución causal determinada. En lo que respecta a la doctrina nacional, existe consenso entre los autores en el sentido que este ejercicio se ha inclinado por identificar la solución causal aplicada con la causa adecuada¹².

En lo que respecta a la jurisprudencia nacional, se observa una coincidencia en sede arbitral y la opinión de la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), en identificar la solución causal que se sigue de aplicar estos pilares, con la causa adecuada, bajo la denominación de causa inmediata¹³. En esta línea, en sede arbitral, se ha dicho que uno de los principios generales que informan a la institución el seguro es el de la causa inmediata, léase causa adecuada¹⁴. La Superintendencia de Valores y Seguros, actuando como árbitro, reconocía a su turno que (1) no todas las condiciones tienen una equivalente eficacia causal, sino que es preciso reconocer entre ellas una o más que son generalmente adecuadas para producir el siniestro concreto que se trata; (2) considerando un criterio de probabilidad; (3) en consecuencia, es menester desechar la concepción de la equivalencia de las condiciones; y (4) es necesario excluir de la noción de causa directa aquellos efectos extraordinarios e incalculables, todo lo cual está de acuerdo con la concepción de la causalidad adecuada. Esta decisión es importante, no solo por cuanto identifica la solución causal con la causalidad adecuada sino porque enmarca la discusión en los mismos contornos que hemos definido previamente y que la doctrina en general ha requerido respecto de la causa adecuada¹⁵. En términos de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores de justicia, se observa un reconocimiento de este mismo raciocinio, pero, sin identificar una solución causal determinada¹⁶.

Podemos entonces coincidir con CONTRERAS en el sentido que podría sostenerse que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia chilenas se han inclinado hasta aquí, al igual que en Gran Bretaña, por utilizar la teoría de la causalidad adecuada¹⁷.

Adentrándonos ahora en el estudio de la recepción positiva de una solución causal determinada, con anterioridad a la reforma introducida en nuestro derecho de seguros, en sede de seguros no marítimos por la Ley N° 20.667, el legislador nacional se había mostrado reacio a adoptar una solución causal determinada. No obstante, el legislador no había desplegado la misma actitud en lo que respecta a nuestro derecho de seguros en sede marítima, siendo del caso que la reforma introducida por la Ley 18.680 sí considera la adopción de una solución determinada.

Este es el estado de la situación hasta la dictación de la Ley 20.667.

IV. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA INCORPORACIÓN DEL ARTICULO 533 DEL CÓDIGO DE COMERCIO POR LA LEY 20.667.

“Pluralidad de causas de un siniestro. Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si cualquiera de las causas concurrentes corresponde a un riesgo cubierto por la póliza”.

¹² Véase CONTRERAS (2014) pp.107-114; ARELLANO ITURRIAGA (2013) pp.86-91.

¹³ En esta sección hacemos uso extensivo de la magnífica recopilación que ha puesto a nuestra disposición el profesor CONTRERAS (1999).

¹⁴ CONTRERAS (1999) Fallo N° 256.

¹⁵ CONTRERAS (1999) Fallo N° 233.

¹⁶ CONTRERAS (1999) Fallo N° 174.

¹⁷ CONTRERAS (2014) p.112.

La regla precedente se encuentra hoy contenida en el Artículo 533 y fue fruto de la adopción en el debate parlamentario de una indicación hecha por la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, reemplazándose por completo el texto primitivo contenido en el proyecto, por el actual¹⁸. En consecuencia, el entendimiento tanto de la redacción primitiva de la regla como de las razones que motivaron su modificación resulta imperativo a la tarea de dilucidar el sentido de la regla en comento.

Antes de adentrarnos más en el asunto cabe hacer dos prevenciones. Primero, la regla hoy contenida en el Artículo 533 regula una situación no contemplada en el Código Decimonónico, previo a la dictación de la Ley 18.680 en lo que respecta a seguro marítimo, el cual dejaba la determinación de la causa y la solución al problema de causas concurrentes a la autonomía de las partes y a las reglas generales de interpretación sobre la materia. Segundo, el presente análisis persigue meramente delimitar el contenido de la regla actual mas no persigue, ni podría pretender hacerlo, informar el contenido actual de la regla en base a su contenido primitivo. Este último fue rechazado y no forma parte de la regla actual. Más, como decíamos, el racionamiento tras su rechazo y reemplazo es de toda relevancia por cuanto, asumiendo la formula legislativa recoge de forma efectiva dicho raciocinio, este sí informa el contenido de la regla actual.

Realizadas estas prevenciones, en su redacción original, bajo el título de “Causa del Siniestro” el Artículo 533 del proyecto leía:

“Se entiende por causa del siniestro aquella que lo ha provocado en forma directa y necesaria. Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si la causa principal o determinante corresponde a un riesgo cubierto por la póliza.

Si no fuere posible establecer la causa principal y si alguna de las causas concurrentes no constituye un riesgo amparado por el asegurador, este será responsable del siniestro sólo en la proporción en que racionalmente se pueda atribuir la pérdida a la causa cubierta por el seguro.”¹⁹.

La historia de la ley no entrega mayores antecedentes respecto de la fuente de la primitiva redacción, no teniendo parangón en el derecho francés o español, cuya influencia explicita e implícita puede verificarse a lo largo de la tramitación del proyecto de ley. No obstante, la natural inclinación de buscar en el derecho comparado la inspiración de nuestras normas nubla lo evidente. El hecho es que en su redacción original la regla pareciere haber sido recibida desde el propio derecho chileno de seguros, pero desde una sede distinta. Así, recordemos que el Título VIII del Libro II del Código de Comercio no agota la regulación nacional en materia del contrato de seguros pues el contrato de seguro marítimo no se encuentra regulado en el Libro II sino que bajo el Título VII del Libro III. En consecuencia, se sigue que la disposición que habría influenciado la redacción original de la mentada regla seria, proponemos, el Artículo 1184. Afortunadamente, la novedad de esta disposición al momento de ser incorporada mediante la Ley 18.680 transforma en fútil cualquier intento de buscar su antecedente directo, al menos en términos de su codificación. De ahí que esta debe reconocérsele por lo que es, una novedad²⁰.

Bajo el título de “Causa del Siniestro”, el Artículo 1184 del Código de Comercio lee:

“Cuando la pérdida o daño de la cosa asegurada provenga de varias causas, el asegurador será responsable si la causa principal o determinante es un riesgo cubierto por la póliza. Con todo, cualquiera que fueren las estipulaciones del contrato, si no fuere posible establecer cuál fue la causa principal o si varias causas determinantes fueron simultáneas y entre ellas hubiere una que constituyera un riesgo asegurado, el asegurador será responsable por el daño en los términos señalados por la póliza”.

Una hipótesis de recepción de esta regla desde el derecho de seguros en sede marítima a la no-marítima es coincidente por lo demás con el patrón natural de evolución a lo largo de la historia del derecho de seguros²¹, pero, además descansa en la existencia empírica de instancias expresas de fertilización cruzada en nuestra legislación actual. De esta forma, se puede citar el Artículo 577 en materia de Seguro de Transporte Terrestre el cual establece que en los casos no previstos en dicho párrafo se

¹⁸ Historia de la Ley N° 20.667, p.96.

¹⁹ Historia de la Ley N° 20.667 p.27.

²⁰ En este mismo sentido ACEITUNO ALDUNATE p.25.

²¹ Véase TRENERRY (1926).

aplicarán las disposiciones contenidas en el Título VII del Libro III, mientras que, en el sentido opuesto, el Artículo 1173 manda que la celebración y prueba del contrato de seguro marítimo se rija por lo dispuesto en el artículo 515 y el Artículo 1176 adopta en términos restringidos la regulación general contenida en el Artículo 525 sobre declaración sobre el estado del riesgo, manteniendo así una tradición marcadamente marítima sobre la materia, ambas disposiciones, los Artículo 515 y 525, se encuentran contenidas bajo el Título VIII del Libro II.

Con todo, solo un análisis exegético de ambas disposiciones permitirá probar nuestra hipótesis, a la vez que nos permitirá delimitar los conceptos aplicables al resto de este estudio. Antes de entregarnos a dicha tarea, es imperativo prevenir que estamos en presencia de reglas de naturaleza compuesta, esto es, de reglas que están conformadas por más de una sección donde, atendida su naturaleza, cada una de estas secciones tiene un sentido propio en forma aislada del resto de las secciones que la componen.

1. Regla contenida en el Artículo 1184

La regla es susceptible de ser dividida en 3 secciones.

Uno. *Cuando la pérdida o daño de la cosa asegurada provenga de varias causas, el asegurador será responsable si la causa principal o determinante es un riesgo cubierto por la póliza.*

Esta sección busca evidenciar una primera realidad ineludible en materia de causalidad, cual es que un siniestro, entendido este como la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato²², al igual que cualquier acontecimiento, puede encontrarse causalmente ligado a varias causas, donde “varias” está siendo utilizado en su dimensión de pronombre indefinido femenino plural²³ por cuanto supone necesariamente la intervención de más de una causa. Desde esa realidad, persigue luego introducir una regla de reserva en el sentido que, salvo se acuerde lo contrario en el texto del contrato de seguro, la causa de un siniestro debe responder al estándar de “causa principal o determinante”, el que en términos funcionales equivale al estándar de la causa inmediata. Es por lo demás una regla excluyente, en el sentido que, a *contrario sensu*, la identificación de una única causa principal y determinante excluye la aplicación de otras causas. Por último, la calidad de ser principal o determinante no denota dos calidades distintas sino que son utilizados aquí como sinónimos, refiriéndose a que la causa en cuestión es una explicación suficiente para el siniestro.

Dos. *Con todo, cualquiera que fueren las estipulaciones del contrato, si no fuere posible establecer cuál fue la causa principal o si varias causas determinantes fueron simultáneas y entre ellas hubiere una que constituyera un riesgo asegurado;*

La primera parte de esta sección busca identificar que el problema ha derivado de la imposibilidad de determinar la causa principal, esto es, el caso en que el liquidador ha sido incapaz de identificar de entre la pretora de causas necesarias para el daño una o unas que hayan tenido un rol preponderante en la producción del resultado. A su turno, la segunda parte, busca identificar el problema similar, derivado de la imposibilidad de determinar la causa principal, la identificación posible de una o más causas necesarias siendo del caso que una o más corresponden a un riesgo cubierto.

Se trata empero de supuestos similares pero distintos y de aplicación alternativa no copulativa.

Tres. *El asegurador será responsable por el daño en los términos señalados por la póliza.*

Finalmente, la tercera sección introduce la solución a la problemática identificada en las dos subsecciones de la sección precedente, esto es, ante la verificación de alguno de estos supuestos, el asegurador debe responder por la pérdida, pero, con una importante calificación, este debe responder por *el daño*, no por todo el daño, y solo *en los términos señalados por la póliza*, lo que implica al menos dos limitantes. Primero, el asegurador solo responderá por el monto asegurado contratado y nunca en exceso de aquel; y Segundo, el asegurador no responderá por aquella parte de la pérdida que corresponde a una exclusión, pues precisamente los términos de la póliza establecen que el asegurador no asumirá pérdida alguna derivada de la intervención de una exclusión.

La potencial relevancia de esta segunda limitante requiere de alguna distinción. No cualquier intervención de una exclusión en la cadena causal deriva en la negación de cobertura, sea total o proporcional. Debiendo el intérprete distinguir entre si se está en presencia del entre el fenómeno de la sucesión o el de la concurrencia de causas. En el primero, donde sucesión se utiliza en el sentido de una

²² Artículo 513 letra x) del Código de Comercio

²³ RAE (2019).

causa o condición necesaria que sucede o se sigue a otra, es necesario distinguir entre la posición de la exclusión en la cadena, de modo que el efecto de la regla es excluir la pérdida derivada de la sucesión exclusión -riesgo cubierto -pérdida, en el sentido que queda fuera del acuerdo entre asegurador y asegurado toda pérdida cuya causa adecuada sea una exclusión sin perjuicio que la operación de la misma pueda derivar consecuentemente en la verificación de un riesgo cubierto, pues el control de la cadena se reconduce a la verificación primaria y dominante de la exclusión, *a contrario sensu*, el asegurador debe responder de la pérdida que deriva de forma sucesiva de la verificación de la sucesión riesgo cubierto – exclusión -pérdida.

Por su parte, en el fenómeno de la concurrencia de causas, en el sentido de multitud, abundancia excesiva de algunos hechos, especies o individuos, la norma se limita a indicar que el asegurador responderá en los términos de la póliza, lo que significa que este no responderá por aquella proporción de la pérdida que pueda ser razonablemente atribuida a la acción de la exclusión, sin perjuicio, este ejercicio es complejo y propio de consideraciones casuísticas. Por esta razón, pareciere ser que la norma no sienta un principio fijo sino que resultará siempre necesario atender a las circunstancias particulares de cada caso a fin de determinar si aquellas condiciones necesarias que son a su vez materia de una o más exclusiones actuaron con independencia o interdependencia con otra u otras causas necesarias que son materia de riesgos cubiertos. En consecuencia, la regla dirige la investigación pero no la agota, siendo imperativo recurrir a la casuística.

2. Regla contenida en la redacción original del Artículo 533

La regla es susceptible de ser dividida en 4 secciones.

Uno. *Causa del Siniestro.*

La intención del legislador de la Ley N° 20.667 se revela en el título mismo del Artículo, se trata pues de una norma que perseguía introducir una determinada solución causal. Se trató por lo demás, dada su ubicación y técnica legislativa, de una norma imperativa de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 542 del Código de Comercio.

Dos. *Se entiende por causa del siniestro aquella que lo ha provocado en forma directa y necesaria.*

La segunda sección entrega el contenido y comunica la elección de solución causal, la causa debe revestir las características de ser directa y necesaria, que como hemos visto, son coincidentes con la concepción de causa adecuada.

Tres. *Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si la causa principal o determinante corresponde a un riesgo cubierto por la póliza.*

Su redacción es virtualmente idéntica a la primera sección del Artículo 1184, remitiéndonos a lo ya dicho respecto de este último.

Cuatro. *Si no fuere posible establecer la causa principal y si alguna de las causas concurrentes no constituye un riesgo amparado por el asegurador, este será responsable del siniestro sólo en la proporción en que racionalmente se pueda atribuir la pérdida a la causa cubierta por el seguro.*

Esta sección guarda una muy próxima relación con las dos subdivisiones de la sección tres del Artículo 1184, sin perjuicio, se advierten ciertas diferencias en énfasis las cuales resultan evidentes en una lectura horizontal de las subdivisiones de ambas disposiciones. Para estos efectos, regla del Artículo 533 deberá ser subdividida en dos, donde una parte concierne la condición de aplicación de la regla y la otra la aplicación de la solución respectiva. Para la sección tres del Artículo 1184 utilizaremos las subdivisiones referidas al analizar dicha sección.

Primero, la regla del Artículo 1184 es supletoria de la voluntad de las partes salvo se den los supuesto de la sección tres, mientras que la regla del Artículo 533 era siempre imperativa.

Segundo, si bien ambas reglas parten de la imposibilidad de establecer la causa principal y la existencia de causas concurrentes o simultaneas, la regla del Artículo 1184 opera en términos positivos, esto es, determina la existencia de cobertura bajo condición que una de las causas simultaneas, léase concurrentes, corresponda a un riesgo cubierto, mientras que la regla del Artículo 533 operaba en términos negativos, esto es, determinaba la existencia de cobertura reconocimiento que una o algunas de las causas concurrentes no correspondían a un riesgo cubierto, pero donde, implícitamente, al menos una de las restantes causas si correspondían a un riesgo cubierto.

Como resultará evidente, si bien su redacción difiere ligeramente, la regla hoy contenida en el Artículo 1184 y aquella contenida en la redacción original del Artículo 533 guardan una clara semejanza, tanto en consideración a la delimitación del problema, sus supuestos de aplicación y la solución propuesta.

Habiendo contribuido, esperamos, a dilucidar el contenido de la regla incluida en la redacción original del Artículo 533, corresponde ahora analizar las razones para su rechazo y sustitución, que sirven asimismo de soporte a la aceptación y adopción de la regla actualmente contenida en el Artículo 533. Con ello en mente, es una la intervención de relevancia que nos provee la Historia de la Ley 20.667, la intervención de Don Osvaldo Macías entonces Intendente de Seguros de la también entonces Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero²⁴, quien manifestó su objeción con el contenido de la regla en el sentido de que, al parecer de la institución que representaba, esta regla “*otorga cobertura sólo cuando la causa principal del siniestro está sujeta al riesgo, o si hay varias y no puede determinarse cuál es la causa principal, se establece que el asegurador responderá sólo proporcionalmente*” y en consecuencia, razona que esta regla “*resulta incompatible con la extensión que debe otorgarse a la cobertura. Por ello, se propone que la ocurrencia del siniestro por cualquiera de las causas previstas en la póliza, goce de plena cobertura, tal como ocurre hoy. De otra manera, la cobertura de un siniestro podría hacerse indeterminable por la imposibilidad de establecer cuál fue la causa primaria, debilitando así la certeza y seguridad jurídica de los asegurados*”.

La crítica está dirigida principalmente por tanto a lo que hemos denominado como la sección cuatro de la regla. Con el debido respecto, sostenemos que esta crítica obedece a un mal entendimiento de la misma derivado de su redacción en términos negativos. Esto pues, como veíamos arriba, la regla determinaba la existencia de cobertura reconocimiento que una o algunas de las causas concurrentes no correspondían a un riesgo cubierto, pero donde, implícitamente, al menos una de las restantes causas si correspondían a un riesgo cubierto, por tanto, no resultaba incompatible con la extensión que debe otorgarse a la cobertura, toda vez que la misma proponía que la ocurrencia del siniestro por cualquiera de las causas previstas en la póliza, gozara de plena cobertura, que es precisamente lo que el regulador pretendía se lograse. No obstante, podemos estar de acuerdo en que la interpretación correcta no fluía naturalmente de su contenido.

En base a lo anterior, es dable concluir que la justificación tras la sustitución de la regla original por el contenido actual del Artículo 533 descansa exclusivamente en la necesidad de expresar de forma clara y precisa la existencia de cobertura en los casos de concurrencia de causas, bajo la condición de que al menos una de estas causas corresponda a un riesgo cubierto. Este es el objetivo que debe informar el contenido actual Artículo 533.

V. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ACTUAL ARTÍCULO 533

“Pluralidad de causas de un siniestro. Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si cualquiera de las causas concurrentes corresponde a un riesgo cubierto por la póliza”.

Al igual que procedimos con el análisis de las reglas anteriores, corresponde dividir la regla en dos secciones.

Uno. *Pluralidad de causas de un siniestro.*

A diferencia de lo que sucedía con su antecedente, el título de la regla denota una intención más restringida, esto es, la regla actual persigue solamente regular el fenómeno de la pluralidad de causas y no persigue instruir la aplicación de una determinada solución causal. Lo anterior es de suyo interesante, pues este último objetivo no fue objeto de crítica a lo largo del debate, no obstante ser, a nuestro parecer, aquel que mayor reparo merecía, ello en consideración a que de haber prosperado habría rigidizado la materia de forma innecesaria. La determinación de la solución causal aplicable es, como hemos dicho, un asunto esencialmente entregado a la interpretación contractual sobre la base de la casuística.

Dos. *Si el siniestro proviene de varias causas, el asegurador será responsable de la pérdida si cualquiera de las causas concurrentes corresponde a un riesgo cubierto por la póliza.*

Una lectura horizontal revela que esta sección es casi idéntica en su redacción a la sección tres de su predecesora y a la primera sección del Artículo 1184. No obstante, son sus sutiles diferencias y no sus coincidencias con aquellas las que definen su contenido.

²⁴ Historia de la Ley N° 20.667, P.74.

Así las cosas, en atención a las coincidencias advertidas, resulta necesario repetir las consideraciones que hicieramos a raíz del análisis de la sección uno del Artículo 1184. Primero, en su sentido natural y obvio, la redacción reconoce de forma implícita que un siniestro, entendido este como la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato, al igual que cualquier hecho, puede encontrarse causalmente ligado a varias causas, donde “varias” está siendo utilizado en su dimensión de pronombre indefinido femenino plural por cuanto supone necesariamente la intervención de más de una causa. Segundo, operando sobre esta hipótesis, persigue luego introducir una regla de reserva en el sentido que la causa de un siniestro debe responder a una determinada calidad causal. Tercero, que la identificación de una causa con dicha calidad causal es excluyente, en el sentido que excluye la aplicación de otras causas en razón de ser una explicación suficiente para el siniestro.

La exegesis anterior revela la coincidencia absoluta entre dos de estas, la primera y la tercera a la vez que revela una diferencia esencial en la segunda, la calidad causal. La regla contenida en la sección tres de la redacción original del Artículo 533 y en la primera sección del Artículo 1184 requieren que la causa de un siniestro responda al estándar de “causa principal o determinante”, el que en términos funcionales equivale al estándar de la causa inmediata”, requerimiento que hace la sección dos de la redacción actual del Artículo 533. Esta última utiliza la denominación “cualquiera”, y sostenemos que lo hace en su dimensión de adjetivo indefinido denotando “uno u otro, sea el que sea”²⁵ en referencia a la elección de calidad causal aplicable que corresponda, esto es, la que corresponda según las reglas de interpretación y la casuística. En consecuencia, no existiría en la redacción actual de la norma la selección de una solución causal determinada como sí existía en su antecesora en la discusión parlamentaria y contrariamente a lo que existe en materia de seguro marítimo bajo el imperio del Artículo 1184, si bien la regla ahí establecida no lo es en términos imperativos.

Esta conclusión debe ser necesariamente momentánea y quedar supeditarse a dilucidar qué rol, si es que alguno, tiene la expresión “concurrente”, considerando que esta expresión no encuentra parangón en la sección tres de la redacción original del Artículo 533 o en la primera sección del Artículo 1184 pero sí en las secciones cuatro y dos respectivamente, donde causas simultaneas y concurrentes denotan un mismo concepto y cuyo objetivo es dar solución al problema que se sigue de imposibilidad de determinar la causa principal de un siniestro, estableciendo, sin perjuicio de la diferencia en redacción, una regla de indemnización proporcional por aquella parte de la pérdida que pueda atribuirse a un riesgo cubierto.

Una posible solución es plantear que mediante la incorporación de la expresión “concurrente” se ha pretendido regular precisamente el fenómeno de la concurrencia de causas, pero bajo un supuesto de lo que denominaremos “concurrencia desatada”, esto es, del concurso simultáneo de varias causas o condiciones necesarias sin el prerequisite de que haya sido imposible determinar la causa del siniestro de acuerdo con las reglas causales aplicables. Si esto fuera correcto, la crítica de CONTRERAS al texto actual en el sentido que la regla “*no pone ningún límite a las causas que puedan concurrir, de modo que puede pretenderse que encuentra cobertura un caso en el cual sólo ha concurrido una causa que no ha sido determinante sino muy lejana –incluso indirecta– en la ocurrencia del daño, lo que se va a prestar para innumerables conflictos*”²⁶ sería ineludible. Por otra parte, sería ineludible sostener asimismo que la norma sufriría de una suerte de esquizofrenia, aludiendo a su doble dimensión, en el sentido que desde una perspectiva perseguiría la triple finalidad que hemos identificado en las líneas precedentes a razón del análisis de la sección uno del Artículo 1184, objetivo general que comparte con la sección correspondiente de su predecesora, y por el otro, desconocería ese mismo propósito para adoptar una solución causal abierta que no requiere como paso previo a su aplicación el que haya sido imposible determinar la causa del siniestro de acuerdo con las consideraciones causales que resulten aplicables.

Por estas razones, y en una interpretación armónica de la disposición, bajo la hipótesis que se trata de una regla de naturaleza compuesta, esto es, de una regla que está compuesta por más de una sección donde, atendida su naturaleza, cada una de estas secciones tiene un sentido propio en forma aislada del resto de las secciones que la componen, sostenemos que la regla en comento no persigue

²⁵ RAE (2019).

²⁶ Historia de la Ley N° 20.667, P. 76.

regular el fenómeno de la concurrencia de causas tal como lo hemos identificado previamente, sino que la utilización de la expresión “concurrentes” obedece a un error en la técnica legislativa, debiendo ser remplazado en su lectura correcta por la expresión “múltiples”. No es casualidad que esta abstracción y sustitución logra la finalidad de alinear perfectamente el propósito de la norma actual con la triple finalidad a la que nos hemos venido refiriendo en las líneas precedentes.

Adicionalmente a estos argumentos, sustentamos nuestra posición en el hecho que el título mismo de la disposición traiciona su intención, toda vez que “pluralidad” está siendo utilizado en su acepción de “*multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas*”²⁷ compartiendo cercanía con el concepto de multiplicidad de causas, en cuanto “*multitud, abundancia excesiva de algunos hechos, especies o individuos*”²⁸, que es precisamente lo que recoge la primera finalidad de las tres a las que hemos aludido y que informa el contenido de las restantes dos. Recordemos que concurrencia, en el sentido de “*coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias*” y la de “*asistencia, participación*”²⁹ constituyen una especie del género multiplicidad o pluralidad de causas, pero no se identifican de manera absoluta con la primera. La concurrencia requiere pluralidad o multiplicidad de causas pero la sola verificación de pluralidad o multiplicidad de causas no denota la existencia necesaria de concurrencia de aquellas.

Finalmente, presentamos tres argumentos adicionales. Primero, si lo que postulamos es correcto, la regla se ve revista de simplicidad en su aplicación y se hace inteligible sin necesidad de recurrir a disquisiciones teóricas innecesarias que bordean en la eisegesis. Segundo, si lo que postulamos es correcto, la formula legislativa desplegada es efectiva en recoger la objeción planteada por la Superintendencia de Valores y Seguros al texto primitivo, en cuanto bajo el texto actual la ocurrencia del siniestro por cualquiera de las causas previstas en la póliza goza de plena cobertura. Tercero, reconoce que el fenómeno de la concurrencia de causas propiamente tal ya se encuentra regulado en Título VIII del Libro II del Código de Comercio, toda vez en dicha situación, la regla del Artículo 533 debe ser leída en forma conjunta con el Artículo 530³⁰, obteniéndose que al igual que sucede bajo la regla del Artículo 1184, se le garantiza al asegurado el derecho a recibir toda la indemnización que corresponda a la verificación del riesgo cubierto, excluyéndose de la pérdida aquella porción que corresponda a una exclusión. De esta forma, nuestro derecho de seguros no marítimo cuenta con regulación suficiente para responder al fenómeno de la concurrencia de causas.

VI. CONCLUSIONES

1. El estudio que precede nos ha permitido, primeramente, despejar los cuatro pilares que informan el fenómeno de la causalidad en materia de seguros.
2. El primero de ellos, denota la cautela del legislador en regular esta materia, siendo del caso que en general, se trata de un asunto que no ha recibido consagración positiva.
3. El segundo de ellos nos revela que en aquellos casos en que el legislador se ha inclinado por consagrar positivamente una determinada solución causal, lo ha hecho por medio de una norma supletoria de la voluntad de las partes y no de forma imperativa.
4. Como corolario de este primer pilar, hemos podido constatar que, en general, lo que ha recibido consagración positiva es la identificación de una solución causal, cuya aplicación es necesaria pero no suficiente para dar solución al problema de concurrencia de causas, pues este último supone el fracaso de la solución causal aplicable.
5. El tercero nos obliga a reconocer que, en consecuencia, la determinación de una solución causal es verdaderamente un asunto de interpretación contractual.
6. Mientras que el cuarto llama a la cautela en cuanto reconoce que la aplicación del pilar que le precede no es siempre suficiente, pues en general, la determinación de los asuntos de causalidad

²⁷ RAE (2019).

²⁸ RAE (2019).

²⁹ RAE (2019).

³⁰ Artículo 530 del Código de Comercio:

“El asegurador responde de los riesgos descritos en la póliza, con excepción de las situaciones expresamente excluidas por ella”.

se independizan de los contornos del contrato, transformándose su determinación en un asunto propio de la casuística.

7. Luego, el proceso de identificación de la solución causal de un caso o grupo de casos con una de las soluciones teóricas existentes, sea causa inmediata, próxima, adecuada, etc., es, en consecuencia, un proceso inverso, en que primero se identifica la solución aplicable en mérito de su calidad para resolver el caso en cuestión, para luego identificar esta con una o más de las denominaciones disponibles doctrinariamente, sin que esta parte del ejercicio sea siquiera mandatoria.
8. En cuanto a la realidad nacional, en línea con los postulados del primer y segundo pilar, nos encontramos con que, en cuanto a la regulación pertinente al contrato de seguro no-marítimo, el legislador no ha adoptado una solución causal determinada. Por el contrario, en cuanto a la regulación pertinente al contrato de seguro marítimo, sí ha considerado pertinente la adopción de una solución determinada, no obstante se trata de una norma imperativa.
9. En cuanto a los postulados del tercer y cuarto pilar, la solución adoptada por el legislador en relación con la regulación pertinente al contrato de seguro no-marítimo, es coincidente con aquellos en el sentido que la regla hoy contenida en el Artículo 533 del Código de Comercio determina que el contenido de la solución causal a desplegar es un asunto a ser resuelto con resorte a las reglas de interpretación contractual y la casuística. Mientras que si bien la solución adoptada por el legislador en relación con la regulación pertinente al contrato de seguro marítimo contiene la selección de una solución causal determinada, la causa principal, la regla del Artículo 1184 es, a este respecto, supletoria de la voluntad de las partes.
10. Que analizada la Historia de la Ley N° 20.667 hemos podido demostrar que tanto la regla actualmente contenida en el Artículo 533 como aquella en el proyecto son tributarias de la regla contenida en la primera sección del Artículo 1184.
11. El análisis exegético de la primera sección del Artículo 1184 nos ha permitido identificar en ella una triple finalidad. Primero, reconocer que un siniestro, entendido este como la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato³¹, al igual que cualquier hecho, puede encontrarse causalmente ligado a varias causas, donde “varias” está siendo utilizado en su dimensión de pronombre indefinido femenino plural, por cuanto supone necesariamente la intervención de más de una causa. Segundo, persigue introducir una regla de reserva en el sentido que, salvo se acuerde lo contrario en el texto del contrato de seguro, la causa de un siniestro debe responder al estándar de “causa principal o determinante”, el que en términos funcionales equivale al estándar de la causa inmediata. Tercero, persigue introducir una regla excluyente, en el sentido que, a contrario sensu, la identificación de una única causa principal y determinante excluye la aplicación de otras causas.
12. El análisis anterior nos ha demostrado que la regla actualmente contenida en el Artículo 533 participa de este mismo objetivo, pero con una prevención, la regla en comento no opera como una regla de reserva, sino que entrega la determinación de la solución causal aplicable a la interpretación contractual sobre la base de la casuística.
13. Clarificado de esta forma el sentido de la disposición y habiéndose demostrado que solo este sentido responde de forma adecuada a las observaciones que se plantearon durante el proceso de tramitación de la ley respecto de la redacción original de la regla, se obtiene que dicha disposición tiene por único objetivo el satisfacer esta triple función y en consecuencia, debemos descartar como objetivo de la misma el dar solución al problema de la concurrencia de causas.
14. A mayor abundamiento, tanto la redacción original del Artículo 533 como el Artículo 1184 contienen, perseguían o persiguen, respectivamente, en forma adicional la función de dar solución al problema de la concurrencia de causas, pero lo hacían mediante sus secciones cuatro y dos respectivamente, secciones que no forman parte de la regla hoy contenida en el Artículo 533.
15. Por otra parte, se advierte que esta ausencia de regulación del fenómeno de la concurrencia en el derecho de seguros no-marítimo no es tal, toda vez que este se encuentra regulado de forma

³¹ Artículo 513 letra x)

implícita, esto es, bajo el supuesto que la regla contenida en el Artículo 533 resulte insuficiente para dar solución al problema en cuestión, tendrá aplicación lo dispuesto en el Artículo 530, obteniéndose que al igual que sucede bajo la regla del Artículo 1184, se le garantiza al asegurado el derecho a recibir toda la indemnización que corresponda a la verificación del riesgo cubierto, excluyéndose de la pérdida aquella porción que corresponda a una exclusión.

16. En base a lo anterior, se concluye que la introducción de la expresión “concurrentes” obedece a un error en la técnica legislativa, debiéndose haber preferido la expresión “múltiples”, empero su inclusión no altera la finalidad y sentido de la regla en comento.

I. APÉNDICE

1. Condiciones y Causas

La distinción entre unas y otras es la pregunta causal por antonomasia. El concepto de condición no puede disociarse del de causa, siendo el primero el género y el segundo la especie. En consecuencia, el objetivo implícito de toda investigación causal en la ciencia del derecho es proveer el sustento a la distinción entre condiciones y causas de un fenómeno de relevancia jurídica, sea el incumplimiento de un contrato, daño a las personas o la pérdida de la cosa asegurada.

Más que adelantar un concepto de condición, resulta más útil a nuestro interés el identificar el distintivo esencial que informa la calidad de condición. Un hecho, una acción u omisión adquiere, tal calidad cuando son necesarios para la producción de un resultado, esto es, de no haber mediado su intervención el resultado no se hubiese verificado. En sede nacional, coincidimos con BARROS en que este distintivo no es otro que el que el hecho, la acción o la omisión sean una *condictio sine quanon* del daño y que, en consecuencia, la doctrina de la equivalencia de la condiciones no representa una solución causal sino que es mejor entendida como expresión de este atributo general³².

Desde esta perspectiva entonces, las condiciones son susceptibles de dividirse en condiciones normales o anormales, lo que en lenguaje causal se traduce en meras condiciones y causas. Existe relativo consenso en el sentido que las meras condiciones o condiciones normales corresponden a aquellas comúnmente presentes como parte del estado o modo de operación del fenómeno en estudio³³, por ejemplo, la presencia de oxígeno en un incendio y que, *a contrario sensu*, las condiciones anormales o causas serían aquellas condiciones que marcan la diferencia entre el resultado normal del fenómeno y el resultado observado. No se trata de una distinción estática, sino que la distinción entre normal y anormal es siempre relativa en relación con el contexto o a la sede en que se hace la pregunta causal.

2. Causa adecuada

Antes de intentar una definición, conviene precisar que a diferencia de lo que sucede con la doctrina de la equivalencia de la condiciones – no obstante sugerimos no es una solución causal propiamente tal, esta solución causal pertenece a la familia de teorías o soluciones causales llamadas “generalizadoras” y en consecuencia, postula toda aseveración causal es implícitamente general por cuanto su veracidad depende en la veracidad de una aseveración general de regularidades. En directa contraposición a esta familia se encuentran las denominadas teorías “individualizadoras”, es decir aquellas que no reconocen tal generalidad, y en consecuencia, postulan que la calidad de causa es primaria y no derivada de corresponder está a un tipo de hechos que regularmente llevan al mismo resultado.

En la formulación clásica de von Kries, un hecho, una acción u omisión serán considerados como la causa adecuada de un fenómeno de relevancia jurídica, sea el incumplimiento de un contrato, daño a las personas o la pérdida de la cosa asegurada si y solo si se cumplen dos condiciones copulativas. Primero, deben ser una *condictio sine quanon* del fenómeno. Segundo, deben aumentar la probabilidad objetiva de ocurrencia del fenómeno de forma significativa³⁴. Es del caso destacar que esta solución causal, al menos en la formulación primitiva de von Kries, esta solo preocupada con la relación de

³² BARROS Enrique (2007) § 244

³³ HART y HORONE (2002) p.35.

³⁴ HART y HORONE (2002) p.469.

probabilidad que ha de observarse entre la condición y el fenómeno, en cuanto consecuencia última, y no aquella que puede verificarse entre la misma condición y un tercer factor que contribuye a producir el fenómeno en cuestión³⁵.

Entre nosotros pero en distinta sede, BARROS correctamente señala que la calidad de adecuada se demuestra en que el hecho es apropiado, bajo un curso extraordinario y no extravagante de los acontecimientos, para producir el fenómeno en estudio³⁶. En sede de seguros, ACEITUNO es certero en señalar que es la causa eficiente es aquella que por sí misma constituye una explicación suficiente de la pérdida³⁷. En doctrina, se le llama también causa inmediata. En lo que sigue, causa inmediata o adecuada serán utilizados como sinónimos.

3. Causa Próxima

Esta es la solución causal utilizada en el *common law* y en el derecho estatutario inglés en materia de seguros. Sin perjuicio que, una definición apta es esquiva en atención a que dicha sede es notablemente reacia a proveer conceptos, no obstante, una voz autorizada³⁸ nos indica que esta calidad, el de la proximidad, debe ser entendida como sinónimo con dominante, efectiva o directa y en consecuencia, causa próxima no es sino la definición que más seguridad confiere al momento de requerir la existencia de una relación legal de causalidad entre el riesgo y la pérdida.

Sobre la misma, decíamos en el estudio que precede al presente³⁹ que la determinación de la causalidad próxima como solución causal de default obedece a un segundo estadio de desarrollo jurisprudencial discernible con claro énfasis a partir de 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 meramente temporal, primer estadio, para adoptar una posición basada en la eficacia, segundo estadio. Resulta ineludible referirse a los hechos a los que se enfrentó la corte⁴⁰ a fin de comprender el razonamiento subyacente. A mediados de la primera Guerra Mundial la nave *Ikaria* había sido asegurada, entre otros riesgos, contra “riesgos marítimos”⁴¹, 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 guerra⁴². 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 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 circunstancias⁴³. 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.

³⁵ HART y HORONE (2002) p. 479.

³⁶ BARROS (2007) § 256.

³⁷ ACEITUNO ALDUNATE (1997) p. 22.

³⁸ SONG (2014) p.11.

³⁹ HAYVARD (2015).

⁴⁰ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) AC 350.

⁴¹ De conformidad con la Sección 3 de la Marine Indurance Act:

“*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 detentions of princes and peoples, jettisons, barratry, and any other perils, either of the like kind or which may be designated by the policy”

⁴² BENNET (2006) § 9.08.

⁴³ En este mismo sentido BENNET (2006).

Decidiendo en favor de 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’”⁴⁴ (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. Que 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”⁴⁵.*

De esta manera, 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”⁴⁶.*

No obstante su origen, no es funcionalmente distinta a la teoría de la causa adecuada y guarda suficientes semejanzas como para permitirnos, a nuestros efectos, subsumirla en aquella para efectos del análisis que sigue⁴⁷. Ambas pertenecen a la familia de las teorías generalizadoras. Por esta misma razón, su énfasis en eficiencia no debe llevarnos a identificarla con la llamada teoría de la causa eficiente, pues esta última se identifica con la familia de las llamadas teorías “individualizadoras”.

4. Multiplicidad de causas

La multiplicidad de causas supone que, cualquiera sea la solución causal desplegada, por lo menos dos causas han sido identificadas⁴⁸ y el término está siendo utilizado por tanto en el sentido de *“multitud, abundancia excesiva de algunos hechos, especies o individuos”⁴⁹* y corresponde a aquel fenómeno de reciente data que identificásemos en el estudio que precede al presente⁵⁰, en virtud del cual los jueces y las partes han 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 entusiasmo⁵¹. Veremos más adelante que la multiplicidad es el género y la sucesión y concurrencia de causas, la especie.

El reconocer la influencia de diversas causas en la producción de un determinado fenómeno no es en sí mismo una solución sino simplemente una delimitación de las variables que la solución causal debe tomar en consideración al decidir sobre “la” causa del resultado. En este sentido, es necesario tener en consideración la aplicación de una primera regla de eliminación que opera en forma previa a la aplicación de la solución causal que corresponda.

Esto que hemos llamado “Regla de Eliminación Previa” no es otra cosa que eliminar aquellas “causas” que no dicen relación con el sentido de la pregunta causal en cuestión, pregunta que varía según la razón que la motiva, en otras palabras, la pregunta puede 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,

⁴⁴ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) pp. 350-370.

⁴⁵ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) p. 369.

⁴⁶ LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918) p. 369.

⁴⁷ En este mismo sentido MERKIN (2006) pp.114 y ss.

⁴⁸ BREWER (1961) p. 1141.

⁴⁹ RAE (2019).

⁵⁰ Véase HAYVARD (2015).

⁵¹ Véase el discurso de LORD CAIRNS en el caso de WAYNE TANK AND PUMP LTD V EMPLOYERS’ LIABILITY ASSURANCE CORPN LTD (1974) QB 57, p.69.

donde, por regla general, será necesario probar por ejemplo tanto que el vendedor falló en su obligación, e.g. de 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. En derecho de seguros, esta pregunta busca dar respuesta a la existencia y extensión del derecho a la indemnización en el contrato de seguros en base a las condiciones ahí pactadas y 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 naturaleza⁵². 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, la multiplicidad de condiciones que pudieren revestir la calidad de causa por aplicación de las preguntas enunciadas con ocasión de otras ramas del derecho, fundamentalmente la responsabilidad extracontractual, deberán ser eliminadas.

En materia de seguros, el intérprete cuenta de antemano con un listado de causas potenciales a su disposición, el contrato mismo⁵³.

5. Concurrencia de causas

En términos negativos, conviene separar el fenómeno de la concurrencia del de la sucesión de causas, así, las causas que dan origen a un fenómeno son múltiples, a veces concurrentes, a veces sucesivas pero nunca concurrentes y sucesivas a la vez.

De esta forma, a propósito del estudio de la concurrencia de causas en el derecho, la concurrencia es un concepto omnicomprensivo que abarca al menos tres situaciones diversas⁵⁴ pero que responden a un mínimo común denominador, se trata de causas que actúan de forma simultánea o virtualmente simultánea.

Primero, las llamadas causas contributivas, donde ambas causas son condiciones necesarias para el daño, por ejemplo, la situación regulada en el Artículo 2317 del Código Civil en materia de múltiples intervinientes en la producción de un daño en sede extracontractual. Segundo, la llamada causalidad adicional, donde se verifican dos o más condiciones suficientes para producir un determinado resultado, donde cada condición es independiente de la otra en el sentido que ninguna es condición necesaria de ninguna otra. Tercero, la llamada causalidad alternativa, donde una condición es suficiente en combinación con otra u otras para producir un resultado, pero el resultado se hubiera producido igualmente sin su intervención por acción de otra condición independiente.

La distinción que precede entre causas concurrentes y sucesivas se deriva del sentido natural y obvio de la palabra concurrencia, la cual viene del verbo concurrir, el que según la Real Academia de la Lengua Española admite cuatro acepciones, dos de las cuales son pertinentes a la búsqueda de la realidad causal, la de “coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias” y la de “asistencia, participación”⁵⁵. Por su parte el vocablo sucesivas, es un adjetivo que denota una cosa “que sucede o se sigue a otra”⁵⁶. Lo sucesivo y lo concurrente son conceptos distintos y en lo que sigue serán utilizados en forma separada.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEITUNO ALDUNATE, José Manuel (1997): *El Seguro de Transporte* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARELLANO ITURRIAGA, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Santiago, Legal Publishing).
- BARROS Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

⁵² Ver por ejemplo la definición de “riesgos marítimos” contenida en la sección 3 (2) de la Marine Insurance Act 1906.

⁵³ CLARKE (2009) §25-2

⁵⁴ HART y HORONE (2002) pp. 205-253.

⁵⁵ RAE (2019).

⁵⁶ RAE (2019).

BENNET Howard (2006): *Law of Marine Insurance*, (Londrés, Oxford University Press, Segunda Edición).

BREWER Willim Conant (1961): Concurrent Causation in Insurance Contracts, en *Michigan Law Review*, Vol.59, Junio, N° 8, pp.1141-1190

CLARKE, Malcolm (2009): *The Law of Insurance Contracts*, (Londres, Informa, Sexta Edición)

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (1999): *Jurisprudencia Sobre Seguros: Recopilación y Análisis, Tomos I-III* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CONTRERAS STRAUCH Osvaldo (2002): *El Contrato de Seguro* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley).

CONTRERAS, Osvaldo (2014): *Derecho de Seguros*. (Santiago, Thomson Reuters).

HART, Herbert y HORONE, Tony (2002): *Causation in the Law*, (Cambridge, Oxford University Press).

HAYVARD, Rodrigo (2015): “La Relación de Causalidad en el Derecho de Seguros: una mirada desde el Common Law”, en *Revista Chilena de Derecho de Seguros* Año 17 N° 24.

HUME David (1978): *A treatise of Human Nature*, (Londrés, Oxford University Press; Segunda Edición).

MERKIN Robert (2006): *Colinvaux's Law Of Insurance* (Londres Thomson).

MILL John Stuart (1886): *A System of Logic* (Londrés).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2019): *Diccionario de la lengua Española*. (España, Madrid).

SONG Meixiang (2014): *Causation in Insurance Contract Law* (Londrés, Routhledge Informa).

TRENNERY C.F (1926): *The Origin and Early History of Insurance, Including the Contract of Bottomry* (Londrés, P.S KING & SON Limited).

JURISPRUDENCIA CITADA

LEYLAND SHIPPING CO LTD V NORWICH UNION FIRE INS SY LTD (1918).

WAYNE TANK AND PUMP LTD V EMPLOYERS´ LIBABILITY ASSURANCE CORPN LTD (1974).

EVOLUCIÓN EN LA NOCIÓN DE *RIESGO ASEGURABLE* Y NUEVOS MERCADOS: EFECTOS Y DESAFÍOS PARA LA INDUSTRIA ASEGURADORA DESDE UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA

Vicente Ríos Urzúa¹

RESUMEN: La fuerte diversificación de mercados potenciales ha implicado en los últimos años un importante incremento en el volumen de transacciones y, como consecuencia, la necesidad de lograr un mejor y más profundo conocimiento de cada una de las industrias tomadoras tradicionales. En este sentido, los esfuerzos se han centrado en mejorar la conceptualización de ocurrencias transferibles, lo que ha devenido en nuevas categorías de riesgos asegurables, pero siempre en un contexto mayoritariamente comercial en términos de respuestas *taylor made*, lo que para el resto de la industria se traduce en esfuerzos regulatorios, normativos y contractuales que muchas veces no generan reacciones oportunas respecto de las expectativas del mercado. En este escenario, cobra valor contar con una visión dinámica de riesgo asegurable, lo que permite ex ante internalizar condiciones que pueden apoyar la automatización en la suscripción de riesgos atípicos como si fueran riesgos tradicionales.

Palabras clave: riesgo asegurable, nuevas industrias, transferencia, deberes precontractuales, riesgos atípicos.

ABSTRACT: The strong diversification of potential markets has implied in recent years a significant increase in the volume of transactions and, as a consequence, the need to achieve a better and deeper knowledge of each of the traditional industries. In this sense, efforts have focused on improving the conceptualization of transferable occurrences, which has resulted in new categories of insurable risks, but always in a mostly commercial context in terms of *taylor made* responses, which for the rest of the industry it translates into regulatory, normative and contractual efforts that often do not generate timely reactions with respect to market expectations. In this scenario, it is valuable to have a dynamic vision of insurable risk, which allows ex ante to internalize conditions that can support automation in underwriting atypical risks as if they were traditional risks.

Keywords: insurable risk, new industries, pre-contractual duties, atypical risks.

II. INTRODUCCIÓN

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

En términos generales, buscar darle contenido al actual Art. 513 inciso segundo del Código de Comercio de Chile o a sus equivalentes en las legislaciones comparadas que buscan conceptualizar la noción de *Riesgo Asegurable* no resulta un esfuerzo inoficioso, dado que justamente lo que las partes

¹ Artículo de reflexión desarrollado con miras a aportar una visión panorámica respecto de los efectos prácticos de aceptar una visión dinámica de riesgo y cómo eso influye en las técnicas de cumplimiento de las cargas o deberes que los contratantes de un seguro poseen, particularmente desde una visión precontractual.

^{**} Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Magíster en Derecho de los Negocios, LL.M.(c) UAI. Diplomado en Derecho Administrativo mención Derecho Económico, Universidad Católica de Chile (PUC). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) – Sección Chilena. Contacto: v.riosurzua@gmail.com

contratantes de un seguro entiendan como riesgo asegurable será lo que finalmente circunscriba los esfuerzos indemnizatorios en caso de siniestro, entre otros efectos que regularán la relación Asegurado-Asegurador.

Podemos afirmar que actualmente la Industria Aseguradora vive un proceso de evolución que viene dado no sólo por la aplicación de nuevas tecnologías a los modelos de negocios, sino también por la creciente especialidad de las Gerencias de Riesgos y la continua sofisticación de las metodologías de identificación, análisis y tratamiento de riesgos, lo que se ha traducido en múltiples acciones preventivas, que emanan desde la misma industria (Asegurados, Aseguradores, corredores de seguros, consultores, etc.) y que vienen a apoyar las labores propias de los departamentos de suscripción. Lo dicho se traduce en nuevas formas de analizar riesgos tradicionales o conocidos, además de surgir nuevas contingencias en fases productivas o de generación de valor que muy probablemente la industria Aseguradora no había percibido antes.

Lo indicado deviene, a priori, en mayores oportunidades de crecimiento para la industria Aseguradora, pero también en mayores deberes de diligencia. En este sentido, el presente trabajo busca hacer notar cómo influye desde el punto de vista de las cargas o deberes de los agentes contratantes de un seguro la existencia de nuevos riesgos en industrias tradicionales y no tradicionales, y qué técnicas podrían aplicar estos agentes para buscar asegurar el cumplimiento de estos deberes.

III. INDUSTRIA ASEGURADORA REGIONAL: CIFRAS DEL CRECIMIENTO

A diciembre del 2017, 19 compañías de seguros generales chilenas (considerando las nacionales y extranjeras con participación en el mercado local) presentaban variaciones positivas en términos de aumentos en primas directas transadas, esto implica que un 70% de la industria mostró números positivos de crecimiento en comparación a su último año, esto sin considerar al menos 5 nuevos actores en el mercado quienes no cuentan con números del año 2016 para realizar la comparación².

En Colombia, un importante referente para la industria en Sudamérica, la situación es muy similar. Podemos afirmar que serían casi 10 años de crecimiento continuo con variaciones positivas de entre el 3% y el 10% en totales anuales de primas transadas, tomando como referencia el último año de cierre estudiado por la industria (2017)³.

El 2015 México presentó cifras de crecimiento históricas, las que casi triplicaron lo que avanzó el PIB del país en el mismo periodo⁴, y esto no es muy distinto en los demás países de la región.

Si uno quisiera buscar respuestas podríamos encontrar múltiples líneas de análisis, pero en nuestra opinión son dos los elementos que cobran especial relevancia desde el punto de vista de la explicación inmediata.

En primer término, la tecnología a disposición del análisis de riesgos y suscripción de seguros a impactado la forma en que la industria Aseguradora gestiona su modelo de negocios. Esto redundo en que hoy existan mecanismos de cuantificación económica de ocurrencias o siniestros mucho más sofisticados que antaño y, basado en esto, mecanismos de distribución y retención de primas mucho más ajustados a lo real, elemento que finalmente ha devenido en un aumento en la cantidad de transacciones, mayor volumen de potenciales tomadores de seguros y menor costo directo de prima a retener.

En segundo lugar, derivado de la nueva tecnología disponible, se han generado mejores herramientas de valoración de riesgos, lo que ha permitido profundizar y diversificar la oferta de productos en industrias tradicionales que, desde una perspectiva de análisis técnico, han demostrado poseer riesgos de diversa naturaleza y, por ende, de distinto interés desde el punto de vista del mecanismo de transferencia a seleccionar.

Evidentemente existen otros elementos que expliquen de manera más completa y suficiente el crecimiento continuo que la Industria Aseguradora ha presentado, particularmente desde el punto de vista de los macro-ciclos económicos o incluso desde la conceptualización de los Seguros como elemento

² COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2017)

³ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (2017)

⁴ Prensa especializada de la época cifraba en 7,4% el crecimiento real del sector asegurador, sobre el 2,5% de crecimiento del PIB para el mismo periodo. EL ECONOMISTA (2016).

relevante en las cadenas de valor de las industrias aseguradas. Sin embargo, es la tecnología y cómo ello a influido en la generación de nuevas herramientas de delimitación de riesgos transferibles lo que, en lo inmediato, se presenta como una justificación asociada al cambio en los paradigmas tradicionales del mercado Asegurador que muy probablemente tenga nexo causal directo con el crecimiento que esta industria mantiene.

En lo sucesivo, presentaremos líneas respecto de cómo esta evolución implica no sólo crecimiento, sino necesarias adaptaciones desde tres perspectivas funcionales del seguro (desde la fase de suscripción, desde la fase de administración o gestión de siniestros y desde la relación de consumo existente en la contratación de un seguro) y cómo la internalización de una noción dinámica de riesgo y la conceptualización precontractual de ciertos deberes operan como mecanismos relevantes para asegurar la eficiencia (legal, administrativa y regulatoria) que la industria reclama.

IV. NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DE RIESGO ASEGURABLE: UNA OPORTUNIDAD DINÁMICA PARA EL MERCADO ASEGURADOR.

Sabemos que los deberes esenciales sobre los que se estructura la base funcional de la industria aseguradora son los deberes de correcta individualización, delimitación y no agravación que circunscriben la noción de riesgo devienen naturalmente en generar estrategias que permitan una mejor aproximación al concepto. Desde esta aproximación existen múltiples conceptualizaciones de Riesgo Asegurable, aun cuando los elementos descriptivos esenciales son los siguientes: El hecho: i) Debe constituir un Peligro o amenaza; ii) En términos de ocurrencia, debe ser un riesgo *posible*; iii) Conocido o describible en su contenido o extensión; y, iv) No imputable a dolo del Asegurado: Es un elemento ex post, pero desde el punto de vista casuístico-profesional del suscriptor, debe ser un elemento analizable ex ante.

En base a lo anterior, encontramos clasificaciones de diverso origen, como por legales (fuente normativa en los Artículos 530, 549 y 551 del Código de Comercio de Chile, que nos permite distinguir entre aquellos riesgos que corresponden naturalmente al Asegurador, aquellos por los que responde sólo en caso de mención expresa y aquellos por los que derechamente no responde⁵), otras clasificaciones jurídicas (riesgos de naturaleza Personal, Real o Patrimonial, lo que sigue la distinción clásica asociada a la naturaleza del derecho que se busca proteger⁶), y otras clasificaciones más prácticas, como aquellas que distinguen por magnitud, probabilidad o grado de variación.

Sin embargo, existen una serie de nuevas ocurrencias, distintas de las tradicionales, a las que la industria aseguradora provee de respuesta comercial. Son estos nuevos riesgos los que calificamos como *Riesgos Atípicos* para distinguirlos de los típicos, es decir, aquellos ya conocidos y estudiados por la industria Aseguradora de manera acabada y que tienen procesos de suscripción y renovación más o menos mecánicos. En líneas generales, describimos los *Riesgos Atípicos* como aquellos desconocidos, normalmente con escaso o nulo precedente de suscripción, vinculados a mercados o industrias en desarrollo y constante innovación y que, dadas esas características, poseen condiciones técnicas y prácticas eminentemente desconocidas para los Aseguradores tradicionales del mercado⁷.

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

La noción propuesta involucra en su caracterización todos los elementos conocidos de los riesgos típicos (antes mencionados), pero agrega un elemento propio de la tecnología que es el *dinamismo*⁸. Tal como las industrias asociadas a la innovación, proponemos un concepto de riesgo *dinámico*, el que tendrá propiedades adaptables a la naturaleza del riesgo que estamos buscando transferir mediante un contrato

⁵ BAEZA PINTO (1994) pp. 63 y 64.

⁶ CONTRERAS (2002) p. 32.

⁷ Detalles respecto de la noción propuesta, su naturaleza, origen y extensión en: RÍOS URZÚA (2017).

⁸ Siguiendo a BAEZA OVALLE (2008) podríamos afirmar que la tecnología posee como características esenciales las siguientes: i. Acumulatividad; ii. Universalidad; iii. Dinamismo; iv. Carácter Social; v. Condición Ilimitada; y, vi. Transmisibilidad. pp. 1644 y ss.

de seguros⁹. Para entender qué implica en la práctica lo mencionado nos enfocaremos en dos procesos relevantes en la suscripción de un seguro: en primer término, la fase de descripción y delimitación del riesgo al momento de cotizar y suscribir una póliza, y luego desde la administración de siniestros. Sumado a lo anterior, incluiremos un análisis en contacto de la relación de consumo existente entre el Asegurado (contratante tomador) y Asegurador. En base a estas tres visiones prácticas fundamentaremos que para la Industria Aseguradora resulta relevante incorporar una visión dinámica de riesgo asegurable al momento de la contratación ya que aportará una herramienta de mejor administración de riesgos y posibilidades de desarrollar nuevos negocios en industrias emergentes, lo que permitirá sofisticar las actuales líneas de negocios no sólo desde lo comercial, sino también desde lo contractual, aportando un nuevo elemento en base al cual sustentar de manera eficaz y eficiente el sostenido crecimiento del sector.

a) Desde la suscripción de riesgos

Cuando el mercado Asegurador se enfrenta a un nuevo riesgo, sea que provenga de un industria tradicional o no tradicional, tiende naturalmente a actuar de manera proactiva, obviamente motivado por un elemento comercial. En este contexto, es común encontrar como solución de cobertura la aplicación extensiva de pólizas de Responsabilidad Civil, las que se adaptan mediante la incorporación de condicionados de aplicación a coberturas puramente financieras derivadas de la ocurrencia de aquel hecho nuevo, no conocido, pero calificado como Asegurable.

Comercialmente estas soluciones son aplicables y, desde la perspectiva del Asegurado que posee este riesgo atípico, probablemente sea una solución inmediata que cumpla con transferir a un tercero un riesgo que definitivamente no está dispuesto a tolerar autónomamente. Ahora bien, ¿Tiene esta decisión, basada inicialmente en aspectos comerciales o económicos, impacto a nivel del cumplimiento de las cargas o deberes del Asegurador y Asegurado?

A nivel del Declaración o Información oportuna, creemos que definir previo a la suscripción de un seguro si estamos o no frente a un riesgo atípico puede aportar, particularmente dado que las legislaciones contemporáneas de seguros incluyen deberes de sinceridad no sólo en la declaración de la naturaleza del riesgo sino también en la identificación de su potencial extensión¹⁰. Creemos que el vocablo “sinceridad”¹¹ hace referencia a un estándar de información mayor al habitualmente utilizando en la práctica y, particularmente respecto de los riesgos que hemos calificados como atípicos, se haría extensivo no sólo a aportar claridad respecto a la naturaleza del riesgo que se está buscando asegurar y/o la extensión o magnitud en caso de ocurrencia, sino también a la transmisión de herramientas de cuantificación, estudio o delimitación que permitan al potencial Asegurador identificar autónomamente si se trata de un riesgo asegurable o no.

Otro deber que cobra relevancia en esta perspectiva de análisis es el de “no agravación del riesgo”. En este sentido, generalmente los cuerpos normativos regionales incluyen una mención a que será deber del Asegurado “informar al Asegurador los hechos o circunstancias que graven sustancialmente el riesgo Asegurado”¹², pero conceptualizar en los hechos qué implica este deber no es fácil desde la perspectiva del Asegurador, menos cuando estamos frente a un riesgo del que conoce más el Asegurado.

En esta fase, creemos que el deber de “no agravación” no comienza con la ocurrencia del siniestro como tradicionalmente se entiende (y como el mismo inciso segundo del Art. 526 del Código de Comercio chileno proclama), sino que deviene de la delimitación que el Asegurado realice del riesgo

⁹ En esta línea de investigación ZORNOSA (2009).

¹⁰ En Chile, a través de la Ley 20.667 promulgada el 9 de mayo de 2013, se incluyó en el art. 524 número 1 expresamente lo mencionado, además de identificar como otros deberes del asegurador el de no agravación del riesgo y el de oportuna información respecto de otros seguros existentes que pudieren involucrar el mismo interés asegurable.

¹¹ En este sentido, en Chile, la Ley 20.667 vino a complementar la regulación existente en orden a incorporar nociones descriptivas derivadas del principio *Uberrima Bona Fides*, base sobre la cual se erige la confianza en la que se funda la transferencia de riesgos en el contrato de seguros. Detalles respecto de los aportes de esta Ley en CARVAJAL y MAYER (2015) pp. 280 y ss.

¹² Art. 526 del Código de Comercio de Chile, incorporado mediante la Ley 20.667 antes citada.

previo a la suscripción, particularmente porque es el Asegurado o futuro tomador quien debe ser capaz de exponer al Asegurador todas las potenciales agravaciones a las que el riesgo que se busca asegurar está expuesto. De otro modo, si el Asegurador está frente a un riesgo asegurable (a priori) pero no conocido, ¿cómo podría realizar una correcta valoración?

En Chile la legislación ha abordado esto. El actual artículo 514 del Código de Comercio indica que la “propuesta” del seguro se debe contener “los antecedentes y circunstancias necesarios para apreciar la extensión de los riesgos”. A partir de esto, la sana doctrina ha entendido que se da vida, de manera nítida, a la noción precontractual del Deber de Información que todo Asegurado diligente tiene. A su vez, mediante las leyes N° 20.555 y N° 20.667 se ha fomentado la delimitación de los deberes de otros auxiliares de la industria, lo que fue recogido por el actual artículo 529 número 1° del mismo Código, donde además de identificar como obligación del Asegurador la de indemnización oportuna, indica que en caso de ausencia de intermediador o corredor es responsable de “ofrecer las coberturas más convenientes” e incluso los hace responsable en caso de “errores y omisiones” que pudieren afectar al Asegurado¹³.

En nuestra perspectiva, creemos que el efecto precontractual no sólo es respecto del Deber de Información, sino también del de “no agravación”, particularmente si es que el foco de la revisión está centrado en las nuevas industrias y los Riesgos Atípicos. Y esto deviene natural no sólo por ser el Asegurado o potencial tomador el único que maneje todas las variables del riesgo y sus factores de agravación, sino además porque el Asegurador está en una evidente desventaja al no tratarse de riesgos masivos ampliamente estudiados o conocidos por la Industria, justamente por ser un nuevo tipo de ocurrencias.

Ahora bien, lo mencionado respecto del claro matiz precontractual de los Deberes de Información y “no agravación” respecto del Asegurado también tiene un efecto en los Deberes del Asegurador. Así las cosas, lo natural es que el Asegurador responda por los riesgos descritos en la póliza y la excepción vendrá dada justamente por aquello que expresamente se excluya. Por tanto, frente a un riesgo atípico el Asegurador también tendrá un interés por conocer acabadamente la extensión de un riesgo previo a su suscripción. De hecho, se entiende que uno de los deberes del Asegurador, además de indemnizar el siniestro cubierto de acuerdo a la póliza, es el de oportuna y profesional asesoría al Asegurado, particularmente respecto de las coberturas ofrecidas lo que tiene directa relación con la profundidad que el Asegurador haga del riesgo que se busca asegurar.

Se podría afirmar que cuando la suscripción de un riesgo está intermediada por un Corredor de Seguros la intensidad del deber de correcta asesoría decae respecto del Asegurador, pero esto es relativo dado que a nivel de responsabilidad de los Corredores de Seguros existen estatutos bastante limitados¹⁴. En nuestra opinión se debe distinguir entre la responsabilidad que le es imputable frente a la intermediación de un riesgo conocido y uno no conocido, la que debiese ser menor a la responsabilidad que le cabría de cara a la falta de los deberes de asesoría profesional y oportuna de cara a un riesgo más bien tradicional (así como los de información o delimitación de un Riesgo típico respecto del Asegurado), pudiendo incluso extenderse una solidaridad si lo que buscamos es justamente evitar circunstancias de aprovechamiento coordinado o actitudes de defraudación.

En este punto, respecto del Riesgo Atípico, creemos que el intermediario tiene un deber de diligencia que no se agota simplemente en informar al cotizante o tomador acerca de las implicaciones de comportamientos reticentes o desleales durante las etapas de formación y ejecución del seguro, sino que debe participar activamente, mediante una asesoría profesional en la conceptualización del Riesgo Atípico y en la formulación de la descripción al Asegurador, algo mucho más activo que el rol que en la práctica terminan ejecutando.

¹³ BARRIENTOS (2017) pp. 65-144.

¹⁴ Para todas las legislaciones que no cuentan con estatutos de responsabilidad expresa respecto de estos agentes, pareciera que la solución inmediata es asignarles factores de apreciación de culpa (responsabilidad subjetiva) similares a la que se aplica a los otros profesionales, como la responsabilidad del Abogado o la del Médico (quienes manejan una particular *lex artis*) respecto del cliente que es una persona no capacitada o informada. Esto, sin perjuicio que el origen de la responsabilidad pueda ser contractual o extracontractual, dependiendo de la naturaleza del vínculo jurídico existente.

En la práctica, la concreción funcional de estos deberes debería materializarse en esfuerzos de levantamiento de información más exhaustivos, distintos de los tradicionales formularios, y muy probablemente asociados a la aplicación de nuevas tecnologías. La práctica en otros sectores del Derecho donde la necesidad de contar con flujos de información relevantes puede aportar estrategias de obtención que la industria Aseguradora puede adoptar.

Por ejemplo, el creciente interés por instaurar mecanismos eficientes de prevención de fraudes ha devenido en el diseño de estrategias que permitan obtener información periódica sobre cómo los agentes de instituciones públicas o privadas perciben los cambios a nivel de clima laboral y cómo evoluciona la aversión o propensión a que ocurran actos potencialmente corruptos. Un centro de investigación de Holanda, en un estudio de reciente publicación, demuestra empíricamente que es posible mediante el seguimiento de las variaciones en las respuestas inferir la mayor o menor propensión de una organización a que ocurra un acto no deseado¹⁵.

Lo anterior, extrapolado a la industria Aseguradora, implicaría que un Asegurador de un riesgo atípico debería ser necesariamente capaz de darle seguimiento periódico al desarrollo del nuevo riesgo Asegurado buscando, al menos, ir internalizando por ejemplo (1) qué nivel de propensión existe respecto de la ocurrencia del riesgo Asegurado; (2) qué fundamentos técnicos, operativos o funcionales podría explicar esa potencial propensión o no la dicha ocurrencia; (3) si existe relación entre factores exógenos a la industria que influyan en la frecuencia o gravedad de la ocurrencia; o (4) si existen factores que el Asegurado maneje exclusivamente que influyan en la materialización del riesgo.

Tradicionalmente estos elementos o puntos de estudio los maneja el Asegurador internamente, es decir, son aspectos de control que no necesariamente implican seguimiento periódico a través de la declaración del Asegurado que está contratando el seguro. La clave entonces está en lo siguiente: Cuando un Asegurador acepta asegurar un riesgo atípico debe transmitir al Asegurado la responsabilidad de continua información por un periodo de tiempo tal que permita internalizar todas las variables que involucre la ocurrencia de un siniestro. Esto implica que el nivel de cumplimiento del Deber de Información, desde la perspectiva del Asegurado, y de Asesoría Profesional, respecto del Asegurador o Intermediador, no sólo tiene una faz pre-contractual, sino que durante la misma vigencia contractual implica un nivel o grado de diligencia continuo y superior al tradicional.

b) Desde la administración de siniestros

En un escenario práctico, visto ex post la ocurrencia de un siniestro asociado a un Riesgo Atípico, también podemos visualizar efectos potencialmente negativos que debiésemos ser capaces de prever y mitigar a través de un uso preventivo de esta categoría y la noción precontractual de los deberes antes estudiados. Por ejemplo, se podría incluir expresamente como antecedente a solicitar por parte del liquidador nominado copia de aquellos antecedentes especialmente estudiados durante el proceso de suscripción de un Riesgo Atípico. Actualmente, en los hechos, muchas veces los Liquidadores o Ajustadores de pérdidas, particularmente los de Pólizas de Responsabilidad Civil, deben comenzar a recopilar antecedentes asociados a la operación del Asegurado como si el riesgo fuere completamente desconocido, tiempo que influye negativamente en los plazos de liquidación, y que obviamente se ven extendidos en desmedros de la gestión de este auxiliar del mercado. Por tanto, si el riesgo suscrito llegase al Liquidador calificado como Atípico, podría incluso incluir un nivel especial de información a solicitar, mitigando estas demoras, y aportando mayor contexto de cara a un siniestro.

Es evidente que lo mencionado puede tener un efecto aún de mayor relevancia, que es justamente la interpretación de la noción de riesgo asegurado que se incluye en la póliza¹⁶, labor que llega en múltiples oportunidades a manos del Liquidador sólo una vez ocurrido el siniestro, surgiendo en una etapa indeseada la necesidad de analizar la delimitación del Riesgo Asegurado.

c) El Asegurado con Consumidor: El caso chileno.

¹⁵ GORSIRA *et al* (2017).

¹⁶ En este sentido, VEIGA (2016) indica que interpretar un seguro implica clarificar una serie de documentos, agregando que si se debe interpretar es “porque la aseguradora ha faltado a su deber de hablar claro (*clare loqui*)” pp. 302 y ss., lo que, en nuestra opinión, es un deber que encuentra origen incluso en lo previo a la suscripción, tal como hemos sostenido.

En Chile, mediante la Ley 20.555 promulgada en diciembre de 2011, se estableció que los Seguros serán considerados como productos financieros y que todo contrato estandarizado, incluyendo los propios seguros, deben regirse también por la Ley 19.496 de Protección al Consumidor. Por tanto, existe norma expresa en la que encontramos la fuente de nuestro interés por revisar esta perspectiva de análisis.

En este mismo sentido, en 2013, se promulgó la Ley 20.667, norma que, tal como comentamos, vino a complementar lo anterior en orden a aportar una nueva regulación para el contrato de seguros, abandonando de manera definitiva las líneas de libertad contractual que el contrato de seguros tenía desde sus inicios, pasando a la noción activa de Deber de Información como elemento precontractual dados los actuales artículos 512, 527 N°1 y particularmente respecto del Art. 525 asociado a la declaración sobre el estado del riesgo, declaración que debe ser suficiente para “apreciar la extensión del riesgo”, lo que *contrario sensu* implica que el Asegurador es quien se debe ocupar de hacer preguntas precisas, lo que implica necesariamente reconocer que para la industria aseguradora también existe un deber precontractual de correcta valoración del riesgo y asesoría, lo que encuentra su fundamento práctico en esta norma y otras asociadas a deberes de declaración del Asegurado.

Desde una perspectiva del Derecho del Consumo podemos encontrar también efectos prácticos que derivarían de asumir ex ante una noción dinámica de riesgo y, por cierto, de asumir la noción precontractual de las cargas del Asegurado y Asegurador. En esta línea, debemos tener presente que la relación que existe entre un Asegurador y un Asegurado es la propia de un Proveedor y un Consumidor y, en ese sentido, existe la relación de consumo que Chile establece como requisito formal de análisis el art. 3 de la Ley de Protección al Consumidor N° 19.496.

En términos generales, se entiende como consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren o compran un bien o servicio mediante un acto jurídico oneroso o a quienes disfrutan o gozan de un producto, como el beneficiario de un contrato de seguros. Son consumidores, entonces, tanto personas naturales, como jurídicas, sean consumidores materiales o jurídicos propiamente tales¹⁷.

En la relación Asegurador-Asegurado no sólo tenemos una relación consumidor-proveedor, sino que además nos encontramos frente a una materialización de la relación contractual que muy normalmente se produce a través de la contratación por adhesión, es decir, mediante un contrato (póliza) que no es libremente redactado o discutido, sino que se circunscribe a condicionados generales y particulares redactados de acuerdo a intereses previos a los del mismo tomador, y que están relacionados con los de la industria y cada Asegurador en particular. Así las cosas, incorporar sanciones en caso de incumplimiento u otras protecciones, desde la perspectiva del adherente (Asegurado), resulta complejo¹⁸.

Es en el sentido expuesto que la regulación de consumo se presenta como un estatuto proteccionista que se establece en favor del consumidor. Sin embargo, en la Industria Aseguradora esto es relativo, y para entender el fondo de esta afirmación cobra valor definir qué nivel de profesionalismo posee el consumidor (en nuestro interés, Asegurado o contratante-tomador), lo que debe abordarse desde dos perspectivas: a) profesionalismo desde la perspectiva de la materia que maneja, es decir, desde el riesgo que administra (riesgo asegurable típico o atípico); y b) profesionalismo desde la perspectiva del entendimiento del seguro, desde una visión contractual y funcional.

Así las cosas, no basta definir en términos puros y simples al consumidor como aquel “no proveedor”, sino que necesariamente debe realizarse un ejercicio adicional dado que, considerando la cada vez más nítida relación entre seguros y derecho del consumidor, cobra sentido práctico al menos desde dos perspectivas funcionales que son relevantes de considerar:

En primer término, un consumidor profesional desde las dos perspectivas antes mencionadas (desde el riesgo que administra y desde el entendimiento del seguro en tanto producto) es un potencial

¹⁷ Nociones respecto de la evolución regulatoria y judicial del concepto de “Consumidor” y cómo ello impacta en la noción actual de la relación de consumo en: BARRIENTOS (2017).

¹⁸ La contratación por adhesión tiene un origen histórico que se funda no sólo en intereses corporativos, sino en fines funcionales y proteccionistas respecto del asegurado o tomador no profesional. Justamente en este sentido va el rol fiscalizador de organismos administrativos de supervisión. En este sentido, la Ley 19.496, en Chile, establece protecciones respecto a la redacción y contenido de este tipo de documentos (Art. 16 letra f y 17). TAPIA y VALDIVIA (2002).

Asegurado que rompe con la natural asimetría en el manejo de información que se asocia como intrínseca a las relaciones de consumo. Estos potenciales Asegurados necesariamente tendrán que convivir con una inversión en la carga de la prueba o, al menos con una visión probatoria dinámica, lo que implicará no sólo profesionalizar la toma de seguro por un interés de cumplimiento de los deberes precontractuales sino además porque en caso buscar utilizar la regulación de consumo como defensa o estatuto protector deberá compartir el rol probatorio que naturalmente (en este ámbito) corresponde al proveedor.

Desde este primer término creemos que se configura una excepción o límite al Deber del Asegurador o intermediado de seguros (Corredor) respecto de la correcta delimitación y oportuna asesoría, particularmente dado que, frente a un Asegurado (contratante tomador) profesional en las dos perspectivas descritas, el Asegurador deberá compartir necesariamente de manera equitativa con la carga de dar contenido a la suficiencia que la declaración del riesgo Asegurado reclama. Y decimos “necesariamente” porque el Asegurado-tomador responsable y profesional debe ser capaz de reaccionar proveyendo incluso más información de la natural y obviamente necesaria en caso de estar buscando transferir un riesgo atípico, a diferencia de lo que ocurre en un riesgo tradicional donde los estándares de declaración y suficiencia son conocidos. Así las cosas, desde esta perspectiva, encontramos una ventaja para el Asegurador en la incorporación y reconocimiento *expreso* en los condicionados de cobertura (y pólizas) de la noción dinámica de riesgo que proponemos.

En segundo término, desde la perspectiva de los Aseguradores, deben considerar que regulaciones como las de consumo están cada vez más relacionadas con la industria Aseguradora, no sólo por la natural asimetría de información que existe entre los Asegurados y Aseguradores, sino porque la diversificación de riesgos, la aparición de nuevos actores e industrias relevantes, y la innovación como motor del emprendimiento, ha robustecido un *target* de consumidores que, aun cuando son personas jurídicas, si son calificables como consumidores y, derivado directo de ello, el Asegurador se podrá encontrar ofreciendo coberturas a riesgos atípicos estableciendo garantías que pueden ser excesivamente onerosas, cláusulas abusivas, entre otras condiciones, todo lo que para industrias tradicionales era tolerado pero que en nuevos contextos amerita matices.

Así las cosas, internalizar la noción de riesgos dinámicos de cara a la gestión de riesgos atípicos o no tradicionales no sólo será una herramienta efectiva de suscripción, ni representa únicamente un elemento que permite fundamentar en términos prácticos la noción precontractual de ciertos deberes o cargas, sino que además permite prever variaciones en estatutos infraccionales conexos de eminente relevancia, como la regulación de consumo discutida, extendiendo efectos prácticos en campos o contextos que no guardan relación directa y regular con la Industria Asegurada, pero que con el devenir de los años y el fortalecimiento de los estatutos de protección para relaciones contractuales asimétricas irán cobrando vigor.

V. APROXIMACIÓN PRÁCTICA: LA AGROINDUSTRIA Y EL TRANSPORTE

Los agroseguros inicialmente se circunscribían a Seguros Agrícolas o de Cosecha que eran más bien mecanismos de asignación o distribución de subsidios de origen gubernamental dirigido a un sector productivo que al 1910-1920 era débil pero esencial para la sociedad: la Industria Agrícola. Así las cosas, podemos afirmar los orígenes del Seguro Agrícola datan del año 1917, cuando frente a múltiples problemas asociados a riesgos climáticos la industria Aseguradora europea comenzó a diseñar estructuras de cobertura. Formalmente, podemos datar el nacimiento de esta figura de transferencia en el año 1919, cuando se crea en España la Mutualidad Nacional del Seguro Agropecuario.¹⁹

En sus orígenes estos seguros no sólo eran de naturaleza asistencial, sino que se reducían exclusivamente a cubrir pérdidas financieras derivadas de un evento que dañara la cosecha, sea por clima y otros eventos, como incendio, inundación o sequía. Esta perspectiva fue en base a la cual la Industria Aseguradora comenzó a ofrecer programas de cobertura. Sin embargo, con el tiempo, la Agroindustria comenzó a implementar tecnologías a sus procesos productivos, lo que ha permitido profundizar el estudio de las casuísticas propias de los agro-riesgos. Hoy podemos afirmar que el riesgo agrícola (en

¹⁹ CALATAYUD y ESCRIBANO (2008) pp. 4 y ss.

tanto cosecha, siguiendo la original nomenclatura) tiene al menos 3 perspectivas de análisis, implicando 3 o más nociones de riesgos que originalmente se circunscribían a una sola cobertura.

En primer término, existen *riesgos de campo* asociados directamente a técnicas de cultivo y precosecha. En esta fase, los riesgos de suelo y técnicas de cultivo se han visto ampliamente desarrollados y estudiados por la industria de agroquímicos y los estudios genéticos que la agronomía ha desarrollado los últimos años. Así, podemos afirmar que es posible identificar, previo a la plantación, riesgos de pérdida incluso por factores extrínsecos al cultivo, tal como la composición salina del suelo o la contaminación potencial por adherencia de agentes patógenos ambientales al futuro fruto²⁰.

En segundo término, existen *riesgos de producción y almacenamiento*. Acá la fase temporal de análisis o revisión es distinta a la de la fase anterior, estamos en una fase que media entre la plantación o siembra y la guarda o almacenaje. Lo relevante es que la tecnología ha puesto a disposición de la agroindustria tecnologías de cultivo basadas no sólo en lo químico, sino también en términos de monitoreo metabólico, permitiendo incluso mitigar o corregir durante el crecimiento o desarrollo del fruto factores como color, sabor o resistencia. Esto se ve potenciado por técnicas de almacenaje basados en frío, lo que se desarrolló fuertemente durante los 70, y que se complementa actualmente con aplicación de atmósferas modificadas. En esta fase se desarrollaban gran parte de los riesgos que finalmente se indemnizaban por pólizas de Seguro Agrícola generándose una distorsión que finalmente llevó a limitar el acceso a esta forma de subsidio estatal en prácticamente todas las naciones donde existía²¹.

Finalmente, existen *riesgos de distribución* asociados a la comercialización y logística. En esta fase el riesgo agrícola ha implicado múltiples desafíos para la Industria del Transporte, particularmente por tratarse muchas veces de productos altamente sensibles no sólo a factores como la temperatura, sino a las condiciones estiba, los tiempos de tránsito y las atmósferas a las que se somete la carga durante el transporte. Acá el riesgo, desde la perspectiva del transporte, también ha variado aceleradamente los últimos años, incorporando nuevos elementos de potencial agravación y nuevos actores a una cadena logística que, con la incorporación de conceptos como el de transporte multimodal. Lo anterior, sumado a nuevas tecnologías en contenedores *reefer* o refrigerados producidos por empresas distintas de las navieras o transportistas terrestres en base a tecnologías que integran control de temperatura y atmósfera, y nuevas técnicas de recubrimiento de pallets en base a bolsas de poliuretano que permiten intercambio gaseoso, hacen del transporte de fruta una fase técnica relevante en el mantenimiento de condiciones óptimas para la carga, lo que por cierto complejiza la cadena de pesquisa de responsabilidades.

Estas tres fases de visualización de un riesgo permiten soslayar dificultades con las que la industria Aseguradora vivió por años, particularmente respecto de (i) lo problemático de cuantificar y/o valorizar las pérdidas financieras asociadas a una producción dañada; (ii) la ausencia de estudios que permitan ofrecer soluciones a riesgos de siembra no conocidos y que aportan con segregar riesgos de campo de riesgos de cosecha; y (iii) la ausencia de estudios instrumentales respecto de riesgos climáticos no estacionales.

Hoy estas fases de análisis de riesgo permiten ofrecer programas de cobertura diferidos y generar una correcta asignación de costos, lo que no sólo es atractivo desde el punto de vista económico y los intereses del tomador, sino que es eficiente desde lo retributivo en perspectivas de la industria Aseguradora, incorporando nuevos riesgos que a su vez implica aceptar e internalizar la responsabilidad de terceros proveedores que han surgido sólo en los últimos años como consecuencia de los desarrollos tecnológicos propios de una industria distinta de la Aseguradora. Por tanto, conceptualizar correctamente un riesgo, aplicando en el análisis nuevas tecnologías, se traduce directamente en beneficios de suscripción y transferencia de riesgos para el Asegurado, y mayores oportunidades de negocios para la Industria Aseguradora. Esto hoy se traduce en Seguros Agrícolas que cubren rendimientos óptimos anuales, Seguros Multiriesgos Agropecuarios o Agroseguros Integrales, todos distintos de los Seguros Generales

²⁰ CISNEROS-ZEBALLOS (2017).

²¹ En este mismo sentido, ya el año 1989 la FAO (*Food and Agriculture Organization of the United Nations*) reconocía como necesario realizar una “clara distinción de objetivos para evitar la confusión que se produce cuando se atribuye metas (al seguro agrícola) que no puede alcanzar”, lo que justamente hacía referencia a que la naturaleza indemnizatoria que se le buscaba asignar al seguro agrícola difería de su inicial objetivo. AVALOS (1989) p. 8.

de Responsabilidad que la industria Aseguradora ha diseñado para fases de cosecha, acopio, almacenaje, selección y packing, distribución, estiba y transporte.

Lo expuesto es una muestra práctica respecto de cómo a evolucionado en los últimos 80 años una industria tradicional (y aceleradamente los últimos 20), presentando hoy, gracias a la tecnología e innovación, nuevas configuraciones de riesgos asegurables en base a distintas formas de aproximación. Lo clave viene dado por el dinamismo que dijimos toda industria posee. Frente a esa realidad, no es insensato pensar que las mencionadas industrias continúen incorporando nuevos riesgos y nuevas industrias asegurables conexas a las principales. Sólo a modo de ejemplo: hoy existen investigaciones en torno al Ozono como elemento incorporable a las atmosferas al momento de almacenar o transportar fruta, además de técnicas del desarrollo de composiciones químicas de manejo y control de nuevas enfermedades o patologías no conocidas antes, esto sin mencionar la aplicación de nanopartículas de cobre en la epidermis de diversas variedades frutales en fase de selección en packing, entre otros.

Es a este acelerado desarrollo de las Industrias Aseguradas tradicionales (y asegurables no tradicionales) a lo que los Aseguradores deben hacer frente sofisticando sus técnicas de estudio y valoración de riesgos. En este orden de ideas, creemos que incorporar una noción dinámica de Riesgo Asegurable, definiendo márgenes de transformación tolerable, permite aportar una herramienta contractual eficiente a la hora de aceptar incorporar riesgos no conocidos como asegurables, permitiendo así ir internalizando en la industria información que permita, ex ante, aportar mayores elementos descriptivos de valoración y, finalmente, adoptar mejores medidas de aprehensión de técnicas de suscripción y mayores posibilidades de negocios, teniendo como efecto jurídico la extensión de los deberes y cargas a una perspectiva precontractual, según se estudió en el acápite anterior.

VI. PERSPECTIVAS REGULATORIAS PARA OBTENER VENTAJAS DE LAS OPORTUNIDADES

Lo regulatorio y las nuevas tecnologías deben verse apoyadas por una visión dinámica de riesgo que permita mayores libertades contractuales. Un esfuerzo normativo, en términos de incorporar a nivel legislativo la noción de riesgo asegurable tradicional y no tradicional (o atípico) claramente implicaría años de debate respecto del fundamento jurídico y funcional de dicha disquisición. Sin embargo, desde lo comercial, creemos que sí hay fuertes beneficios, sin considerar que desde lo jurídico tiene implicancias relevantes, particularmente dado que la noción de riesgo atípico constituye una prueba fáctica o empírica de la relevancia de aceptar nociones precontractuales de los deberes o cargas del Asegurador y el Asegurado.

Así las cosas, creemos que la Industria Aseguradora tiene posibilidades de aprovechar las ventajas de una noción dinámica de riesgo si es que incorpora su utilidad funcional desde lo regulatorio. En general, los Seguros se regulan mediante organismos públicos desconcentrados y descentralizados, es decir, dependientes indirectamente de la administración central del Estado. Esto se traduce, por ejemplo, en que la Comisión para el Mercado Financiero, ex Superintendencia de Valores y Seguros en Chile²², pueda emitir NCG (Normas de Carácter General) mediante las cuales incluya instrucciones o modificaciones generales respecto de la industria Aseguradora, además de poder fiscalizar y controlar el cumplimiento de las directrices que emite para todo el mercado.

Desde nuestra perspectiva, estos Organismos Reguladores deben propender naturalmente a fomentar la existencia de todas condiciones técnicas y profesionales que aseguren mayor inversión en el

²² No es objeto de la presente investigación determinar la naturaleza de este tipo de instituciones, sin embargo, hacemos presente la existencia de contingentes debates respecto de la justificación de su existencia y del ejercicio de un Poder Público que pareciera excesivo a la luz de las facultades y atribuciones que poseen. En nuestra opinión, las Superintendencias u Organismos Reguladores no transgreden principios constitucionales como el de la Libertad Económica, sino que materializa una faz de control que siempre y en todo caso debe encontrar como límite la Moral, el Orden Público y la Seguridad Nacional, tal como lo establece el art. 19 N°21 de la Constitución Política de Chile. Sin perjuicio de lo dicho, distintos han sido los autores que han analizado en detalle, desde la perspectiva crítica, la existencia de este tipo de instituciones en el contexto regulatorio, en esa línea: CORDERO (2012), DÍAZ DE VALDÉS (2010) y GARCÍA, (2009).

sector en base a mayores certezas. Así las cosas, creemos que la fase de control regulatorio de la Industria Aseguradora, en tanto Industria Regulada, es la llave que permite incorporar a las eficiencias de mercado conceptos modernos como los de Riesgo Atípico u otros que permitan poner a disposición de los Aseguradores herramientas efectivas de delimitación y transferencia de nuevos riesgos. Por tanto, en nuestra opinión, la primera y esencial fase de internalización de estos nuevos elementos descriptivos debe venir necesariamente dado por el reconocimiento expreso, desde lo regulatorio, de la necesidad de distinguir entre riesgos tradicionales y no tradicionales, aceptando expresamente la existencia de una fase precontractual de los deberes conocidos, incorporando así un eslabón regulatorio que fomente el profesionalismo y estudio técnico-casuístico de los riesgos no sólo en los Aseguradores y Asegurados sino también en otros agentes involucrados en la transferencia y gestión de riesgos, tales como los Corredores de Seguros y los Ajustadores de Pérdidas.

VII. CONCLUSIONES

Los efectos prácticos que derivan de una conceptualización dinámica del riesgo asegurable aportan matices funcionales que muy probablemente inyecten dinamismo a la industria Aseguradora. Así las cosas, serían al menos 4 las fases de gestión en las que una correcta aprehensión del riesgo Asegurado nos podrá dar las certezas que la industria reclama día a día.

En primer término, durante la fase de delimitación del riesgo para efectos de suscripción, cobrará sentido tener sentada las bases no sólo respecto de la frecuencia con la que ocurre aquel riesgo que se quiere transferir, si no, además, la naturaleza de la ocurrencia, puesto que de ello deviene si estamos frente a un riesgo conocido o a un riesgo calificable como *atípico*, con las particularidades que indicamos ello tenía. Es justamente en esta etapa donde los deberes de información veraz y oportuna, la no agravación y asesoramiento independiente, profesional e integral, cobran especial valor en la figura del Asegurador y, extensivamente, del Corredor de Seguros como intermediario y auxiliar del mercado Asegurador.

Enseguida, luego de identificado el riesgo asegurable y delimitada su extensión, se podrá salir al mercado en búsqueda de uno o más productos diseñados para la transferencia de dicha ocurrencia. Lo vital es identificar que cuando estamos frente a un riesgo asegurable conocido o típico, sabremos ex ante que muy probablemente el mercado ya cuenta con diseños de cobertura operando.

Sin embargo, cuando notemos que estamos frente a un riesgo *atípico*, en tanto riesgo asegurable pero desconocido, tendremos luces respecto a que muy probablemente el mercado hará múltiples esfuerzos por generar soluciones *taylor made*, y es en ese escenario donde la naturaleza precontractual de los deberes del Asegurado cobran capital relevancia, dado que muchas veces, como en la agroindustria planteada en ejemplo, tendremos Asegurados que no sólo sean conocedores de sus riesgos, sino además únicos agentes que capturen esa naturaleza de contingencia en sus operaciones. Pensamos naturalmente en industrias vinculadas a la ciencia y tecnología, mercados donde la innovación acelerada y absoluta confidencialidad, se contraponen a las ideas de conocimiento suficiente e información completa que el mercado Asegurador pretende. Por tanto, aquí la noción dinámica de riesgo analizada será una solución práctica (pero no necesariamente económica en términos de prima) a la hora de limitar la extensión del riesgo transferido y limitar la responsabilidad del tomador (futuro Asegurado) ante problemas de cobertura derivadas de ausencia de suficiencia en la información provista al estudiar el riesgo.

En tercer lugar, y como consecuencia directa de lo planteado, frente a una hipótesis de ocurrencia asociado a un riesgo poco frecuente los ajustadores de pérdidas o liquidadores también necesitarán disponer de aquella información recabada al momento de suscribir el riesgo. Lo importante es que las minutas o certificados de coberturas de riesgos abiertamente declarados como atípicos deberían, como recomendación, incluir un análisis técnico de las potenciales ocurrencias, sus hipotéticas extensiones en términos de daños y, evidentemente, ejemplos o pruebas de manifestaciones que permitan al ajustador tomar esa información y contrastarla con la realidad del siniestro en estudio. Es aquí donde la claridad de la información obtenida y la suficiencia en la delimitación del riesgo atípico podrán ser la clave entre un seguro que responda eficiente y eficazmente frente a la ocurrencia, y uno que simplemente funciona mientras no se le reclama cobertura.

Finalmente, tener claridad respecto a reglas de modificación o transformación de riesgos ayuda a internalizar ex ante costos económicos asociados a dichos cambios, lo que permite generar programas

de cobertura de renovación automática con márgenes de primas autoajustables en función de la valoración de cambio que las partes hayan acordado del riesgo. Como se demostró respecto de los riesgos agrícolas, esto hoy es posible, y las nuevas tecnologías son la clave en estos futuros desarrollos, por lo que los futuros análisis de continuidad frente a este tipo de riesgos (los atípicos) debiesen tender a ser tan automáticos como ocurre hoy con riesgos masivos o *affinity*. Esta será una de las claves que permita poner a disposición del mercado Asegurador una herramienta efectiva a la hora de buscar sostener el crecimiento que al día de hoy a experimentado.

BIBLIOGRAFIA

- AVALOS, L., ALIDE (1989) “*Riesgos en la Agricultura y agroindustria, y modalidades de seguro*”. IICA, San José (Costa Rica). Programa de Análisis y Panificación de la política Agraria (México, D.F., CEMLA
- BAEZA O., GONZALO (2008) “Tratado de Derecho Comercial”, Tomo III. Legal Publishing, Santiago, Chile. Pp. 1644 y ss.
- BAEZA P., SERGIO (1994) *El Seguro*, Santiago, Editorial Jurídica, Tercera Edición.
- BARRIENTOS, FRANCISCA (2017) “La Evolución judicial del concepto de consumidor”, artículo académico de iniciación proyecto FONDECYT N°11140516. Documento académico, curso Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
- BARRIENTOS C., FRANCISCA (2013) “Una Mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso Cencosud”, *Cuadernos de análisis jurídico*, Colección de Derecho Privado VIII, Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.
- BARRIENTOS Z. 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 N°2, pp. 423 – 451. Santiago, Chile.
- BARRIENTOS Z., MARCELO (2017) “Nuevos Deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 22, N°1, 2015, pp. 65-144. (La Serena, Chile).
- CALATAYUD P., ENDINA Y ESCRIBANO P., SANTIAGO (2008) “La Importancia de los Seguros Agrarios como motor del desarrollo rural y su necesidad de adaptación a los cultivos sociales”. Estudio disponible en Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España, Biblioteca on-line: www.mapama.gob.es/es/.../Calatayud_Seguros_tcm30-103390.pdf pp. 4 y ss.
- CARVAJAL A., LORENA Y MAYER L., LAURA (2015) “El Nuevo Fraude de Seguros”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, pp. 280 y ss.
- CISNEROS-ZEBALLOS, LUIS (2017) *La Nanotecnología para la prevención y descontaminación de patógenos en productos frescos*. Ponencia, IX Congreso Iberoamericano de tecnología, postcosecha y agroexportaciones. Santiago, Chile. Diciembre, 2017. Facultad de Ciencias Agronómicas de la Universidad de Chile en conjunto a INIA (Centro de Investigaciones Agropecuarias).
- COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2017): Informe financiero del mercado asegurador. Santiago, Chile.
- CONTRERAS S., OSVALDO (2005) *Derecho de Seguros*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- CONTRERAS S., OSVALDO (2002) *El Contrato de Seguro*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO V. LUIS; GARCÍA J. F. (2012) “Elementos para la discusión de agencias independientes en Chile. El caso de las Superintendencias”, Documento presentado en el tercer encuentro anual de la *Sociedad de Políticas Públicas*.
- DÍAZ DE VALDÉS, J. (2010) “Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico”, en *Estudios Constitucionales* Universidad de Talca, Año 8, N°1, p. 249 - 282
- EL ECONOMISTA (2016) 23/2/2016.

- GARCÍA, J.F. (2009) “Inflación de las Superintendencias: un diagnóstico crítico”, *Actualidad Jurídica UDD*, N°19, pp. 327 - 372.
- GARCÍA J. F.; VERDUGO, S. (2010) “De las Superintendencias a las Agencias reguladoras independientes en Chile: aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, *Actualidad Jurídica UDD*, Año XI, n°22
- GORSIRA, MADELIJNE; STEG, LINDA; DENKERS, ADRIAAN; HUISMAN, WIM (2017) en *Administrative Sciences Journal*, N°8, año 2018. Mdpi.
- CLARK, MALCOM (1994) *The law of insurance contracts*, London, Lloyd’s of London Press, Second Edition.
- RÍOS URZÚA, VICENTE (2017) “Noción de Riesgo Asegurable: la importancia de identificar un riesgo atípico”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, AIDA. Año 2017, N°26, Santiago, pp. 99 –112.
- TAPIA R., MAURICIO Y VALDIVIA O., JOSE MIGUEL (2002) *Contrato por Adhesión: Ley 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 59 y ss.
- VEIGA COPO, ABEL (2016) *Tratado del Contrato de Seguros*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas. España.
- ZORNOSA P., HILDA (2009) “El Riesgo Asegurable y los riesgos Emergentes de las nuevas tecnologías”, en *Revista de Derecho Privado. Universidad del Externado de Colombia*. N° 17, año 2009, pp. 141 a 173.

RIESGOS Y SEGUROS DE CAUCIÓN PARA GRANDES PROYECTOS*

Francisco Javier Artigas Celis**

RESUMEN: En este trabajo se analiza el contrato de seguro de caución en el marco de grandes proyectos (grandes riesgos), con especial, pero no exclusiva, mirada a Chile. A fin de distinguir el riesgo propio de su objeto, se le compara con el seguro de crédito bajo dos propuestas: riesgo de insolvencia versus riesgo de incumplimiento de obligaciones –caso de España –, o bien riesgos de incumplimiento de obligaciones en ambos contratos de seguro, y entonces diferenciando las obligaciones que son objeto de cobertura de cada uno de ellos, el caso chileno: las obligaciones de dinero (dar dinero) son cubiertas por el seguro de crédito, y las demás (dar algo que no es dinero, hacer y no hacer) pertenecen al ámbito del seguro de caución. Luego se tipifica el seguro de caución mediante características principales: contrato tripartito y especiales obligaciones de pago de la prima (del tomador) y de reembolso (tanto del tomador como del asegurado). Finalmente, se analiza su principal clasificación –condicional e incondicional– con especial atención al seguro de caución a primer requerimiento, dejando planteado el desafío de considerarlo, o no, una excepción al principio indemnizatorio.

Palabras Clave: A Primer Requerimiento; Obligaciones; Insolvencia; Seguro de Caución; Seguro de Crédito.

ABSTRACT: In this paper we analyze the Surety Bond contract in the framework of large projects (large risks), with special, but not exclusive, look at Chile. In order to distinguish the own risk from its object, it is compared with credit insurance under two proposals: risk of insolvency versus risk of breach of obligations –case of Spain– or risk of default of obligations in both insurances contracts, and then differentiating the obligations that are covered from each of them, the Chilean case: money obligations (give money) are covered by credit insurance, and the rest (giving something that is not money, doing and not doing) fall within the scope of surety. Then, surety bond is characterized by the following main features: tripartite contract and special obligations of payment of the premium (of the principal) and of reimbursement (of both the principal as well as the obligee). Finally, it analyzes its main classification, conditional and unconditional, with special attention to on-demand surety, leaving open the challenge of considering it, or not, an exception to the principle of indemnification.

Keywords: Obligations; Credit Insurance; Insolvency; On Demand; Surety Bond.

INTRODUCCIÓN

La denominación de seguro de caución tiene en diversos países alternativas como seguro de garantía, de cumplimiento (especialmente en Colombia), y hasta hay quien ha llamado a este contrato seguro de fianza¹. Convengamos que los nombres más universalmente utilizados para denominarlo son los de caución y de garantía. Los utilizaremos a continuación indistintamente, con el mismo significado.

¿Qué clase de obligaciones cubre el seguro de caución? ¿Todas? Si no todas, ¿cómo distinguimos las que son objeto de su cobertura de las que no lo son? ¿Cuáles son las partes de este contrato y cuáles sus obligaciones? Por otra parte, ¿en qué consisten las garantías “a primer requerimiento”?

* Corresponde a la Ponencia asignada a AIDA-Chile en el XVI Congreso de CILA, Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA, Asociación Internacional de Derecho de Seguros, realizado en Lima en agosto de 2019.

¹ GALINDO (2005)

Intentaremos dar una respuesta a estas preguntas, en el marco de los grandes proyectos. Un análisis de la aplicación del seguro de caución a los grandes proyectos será el foco de la segunda parte de esta ponencia.

1. GRANDES PROYECTOS – GRANDES RIESGOS

El concepto de grandes proyectos, en el ámbito del seguro de caución, podría definirse a partir de variables como el tamaño, el impacto social o la dificultad de ejecución de una obra, contrato u obligación.

También podríamos considerar como grandes proyectos aquellos que tuvieran cabida en el concepto general de “grandes riesgos”, aceptando, sí, que habría grandes riesgos que no consistirían necesariamente en grandes proyectos.

Diversas legislaciones sobre contrato de seguro definen los grandes riesgos para efectos de exceptuarlos –en distinto grado– del carácter imperativo de sus normas. La regla de la imperatividad, como sabemos, se establece en beneficio de la que se considera parte débil en la contratación de seguros, el asegurado, en general; y se exceptúa de ella a quienes la legislación considera, por diversos motivos, que no requieren de esa protección.

Las excepciones a la aplicación del carácter imperativo de sus normas se establecen en las leyes de diverso modo. Por ejemplo, la ley española dispone que en los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable, y considera explícitamente tales, por ejemplo, a los seguros de caución *cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad*². A su vez, la ley chilena exceptúa del principio de imperatividad a *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 (menos de US\$ 10.000), y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo*³.

En ambos casos, chileno y español, la excepción es general, sin distinción de sus diversas normas; contrariamente, por ejemplo, a la solución de Portugal⁴, que señala taxativamente las normas de su ley cuya imperatividad general no es aplicable a los seguros de grandes riesgos (manteniendo así claridad sobre las normas de imperatividad “absoluta”, aplicable por tanto también –aunque con un par de excepciones– a los grandes riesgos)⁵.

La función social de la caución en los grandes proyectos, podríamos decir, es equivalente a la función social del crédito en el comercio, por tanto, del seguro de crédito; esto es, instrumentos ambos, el seguro de caución y el seguro de crédito, en conjunto esenciales para el desarrollo del comercio, la industria y la economía en general.

La estrecha relación entre el seguro de caución y el de crédito no se limita a este aspecto, digamos, socioeconómico, como veremos más adelante.

Los grandes proyectos consisten habitualmente en (a) construcción de autopistas, rutas, puentes (en general obras públicas) o en concesiones (privadas); proyectos inmobiliarios (edificios, complejos comerciales, generalmente privados), y de procesos, tales como centrales eléctricas y plantas industriales, en particular para la minería. Estas últimas, las plantas, serían las más riesgosas, debido principalmente a su diseño único y los requerimientos de complejos mecanismos de operación.

En términos de grandes proyectos debemos destacar hoy una modalidad de relativo reciente surgimiento (últimos 30 años), cual es la de los contratos de ingeniería, adquisición y construcción, EPC (por sus siglas en inglés). Corresponden estos contratos, justamente, a proyectos de ingeniería, adquisición y construcción, esto es, que suman en un único proyecto, luego un único contrato, y entonces una única entidad contratista (la entidad EPC), la realización integral de un proyecto, que se entrega al mandante “llave en mano”.

² Art. 11.b, de la Ley 20/2015, en relación con el Art. 107.2 de la Ley N° 50/1980 (LCS).

³ Art. 542 del Código de Comercio (CCMCL).

⁴ El régimen jurídico del contrato de seguro fue aprobado y se contiene en anexo del Decreto-Lei N° 72/2008.

⁵ Véase más sobre grandes riesgos en IFRAN; y SIGNORINO(2017), pp. 360 y ss.

Un ejemplo encontramos en el seguro de caución llamado “finalización de obra” o *Completion Bond*, suscrito en 2001 en Brasil, en favor del BNDES, para cubrir el proyecto de líneas de transmisión eléctrica en los estados de Amazonas y Pará (se reconoce en el mercado internacional de seguros como una de las primeras, si no la primera póliza de esta especie en Brasil).

Con el sistema tradicional, el mandante o propietario contrata primero el diseño a una empresa y luego encarga la construcción directamente a otra (sistema llamado diseño-licitación-construcción). Con este mecanismo, los tiempos requeridos para la totalidad del proyecto son mayores debido a la secuencia con que, separadamente, deben desarrollarse sus diversas partes, y subsisten potencialmente los conflictos y litigios derivados de las asignaciones de los riesgos y responsabilidades entre partes ejecutantes diferentes (una empresa del diseño, otra de la construcción).

Al unir todas esas funciones, y consecuentemente sus riesgos y responsabilidades en una sola entidad, disminuyen tanto el tiempo total del proyecto como los eventuales conflictos por la asignación de los riesgos y su consecuente responsabilidad, ya que recaen todos ellos en una misma entidad, el contratista EPC. Esta entidad EPC puede ser una única empresa con capacidad para la ingeniería (diseño) y la construcción; o bien un consorcio formado por un contratista general con una o más empresas constructoras y, o, de ingeniería (diseño); o bien un contratista general que subcontrata los servicios de ingeniería o, a la inversa, una empresa de ingeniería (diseño) que subcontrata los servicios de construcción.

En suma, una única empresa, sin división de riesgos y responsabilidades entre sus partes ante el mandante.

2. OBJETO DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE CAUCIÓN. DIFERENCIA CON EL SEGURO DE CRÉDITO

2.1. Introducción

Concordaremos en que el seguro de caución es una garantía personal, tal como la fianza, en contraposición a las garantías reales (prenda, hipoteca)⁶.

Nos limitaremos en esta ponencia a señalar coincidencias y diferencias con el seguro de crédito. Principalmente, porque ambos contratos comparten el especializado espacio del derecho de seguros y, entonces, la dificultad para distinguir el seguro de caución del seguro de crédito puede producir serias consecuencias en el ámbito del mercado de seguros, en la contratación de uno u otro. Piénsese solamente en la habilitación exclusiva que suelen tener las aseguradoras de crédito para la suscripción de ese ramo, en forma excluyente respecto de las aseguradoras de ramos generales que sí pueden suscribir seguros de caución⁷.

No existe una distinción clara y universalmente aceptada entre los riesgos que cubren, respectivamente, el seguro de crédito y el de caución⁸. Las legislaciones nacionales no colaboran en este propósito; por el contrario, son muy disímiles al respecto. Numerosas legislaciones no hacen una distinción, algunas las hacen de un modo, otras de forma diferente. Incluso hay el caso, como el de la legislación chilena, que aun habiendo definido ambos ramos de seguro no ha permitido una distinción pacífica, sino más bien controvertida, entre estas dos especies de seguro, como veremos más adelante.

No obstante, es claro y dejamos constancia de que el seguro de caución, formando parte del universo de las cauciones o garantías, esto es, de las obligaciones que se constituyen para seguridad de

⁶ BASTIN (1999) apunta a una curiosidad producida en el origen de la fianza (de cuyo concepto en sentido amplio forman parte tanto el seguro de crédito como el de caución), y es que el puente que nos ha conducido a la fianza sea el hecho de que la prenda, en épocas muy remotas, podía consistir en la toma de rehén; sin embargo, a pesar de estar constituida por una persona, esta garantía no es personal sino real.

⁷ Es el caso de la legislación chilena, Art. 11 del DFL 251, de 1931, Ley de Seguros: “*Los riesgos de crédito deberán ser asegurados sólo por compañías del primer grupo que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgo, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad*”.

⁸ FONTAINE (1966) afirma que después de más de un siglo de controversias aún no ha recibido una solución decisiva la cuestión sobre la distinción entre el seguro de crédito y la caución, a pesar de los numerosos criterios propuestos. Medio siglo después podemos ratificar esa conclusión.

otras obligaciones⁹, tiene también, y en especial, similitudes y diferencias con la fianza, en primer lugar, y también con las demás garantías personales. Entre estas destacamos la Boleta de Garantía Bancaria¹⁰ y el Certificado de Fianza¹¹.

Señalaremos en este corto espacio las dos clasificaciones más comunes y relevantes que se utilizan, sea en la legislación, sea en la doctrina, para distinguir el riesgo que es objeto de la cobertura de cada uno de estos dos tipos de contratos, el seguro de caución y el de crédito¹².

¿Cubre el seguro de crédito el riesgo llamado “la insolvencia del deudor” (una situación compleja), dejando en consecuencia el simple incumplimiento de obligaciones –todas ellas– como campo abierto a la cobertura del seguro de caución? ¿O, en cambio, cubren ambos seguros el riesgo de incumplimiento de obligaciones y, entonces, debemos clasificar las obligaciones, distinguiendo las que pertenecen al ámbito del seguro de crédito de aquéllas que son materia de cobertura del seguro de caución?

2.2. *Insolvencia vs. incumplimiento de obligaciones*

Relata BASTIN¹³ cómo las primeras aseguradoras de crédito en Europa, a mediados del siglo XIX, “pagaban por cada siniestro desde el mismo momento en que se producía (el impago o incumplimiento de la obligación garantizada), pero desaparecieron rápidamente”, y agrega “probablemente por esa misma razón”¹⁴.

Varios aseguradores sobrevivientes y otros noveles aprendieron la lección y (además del ajuste de diversas otras variables no atinentes a la materia que aquí tratamos) en lugar del simple impago la cobertura se extendió a la insolvencia definitiva del deudor, esto es, su quiebra liquidada. En efecto, disminuyeron los siniestros; pero, lo hicieron a la par de la demanda por estos seguros que indemnizaban años después del impago del crédito cubierto.

En relación con la cobertura, entre indemnizar al asegurador ante el simple impago del crédito a su vencimiento (incumplimiento de la obligación, lo que BASTIN llama “seguro-protesto”), o, por el contrario, indemnizar al concluirse la liquidación de la quiebra del deudor (“seguro-insolvencia definitiva”), encontraron finalmente los aseguradores una especie de término medio, cual es la hoy famosa insolvencia presunta¹⁵, también llamada “mora prolongada”. Un paso intermedio fue la llamada insolvencia declarada, es decir, el siniestro se produce al ser declarada la quiebra, sin exigir su liquidación (que a su vez constituía la insolvencia definitiva)¹⁶.

Consiste la insolvencia presunta o “mora prolongada” en considerar producido el siniestro cuando el impago del crédito se extiende por un período de tiempo relevante (que excluye los simples “atrasos comerciales” o situaciones de falta temporal de flujo financiero) pero sin la exigencia de haberse producido la quiebra (ni menos su liquidación) u otra situación de insolvencia “definitiva”. Ese lapso es hoy de alrededor de seis meses, contado desde la fecha de vencimiento de la obligación.

⁹ Código Civil chileno: Art. 46. *Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.*

¹⁰ Ver GONZÁLEZ CASTILLO (2002), pp. 155 y ss. Nótese que su comparación con la boleta bancaria la hace este autor (con anterioridad a la modificación de las normas sobre contrato de seguro en el Código de Comercio chileno), sólo respecto del seguro de caución “condicional”, esto es, no aquel “a primer requerimiento” (recién definido por ley en 2013).

¹¹ Ver ROMÁN (2011). La comparación del certificado de fianza con la boleta bancaria, en pp. 101 y ss.

¹² Existen también clasificaciones que buscan diferenciar a ambos tipos de seguro sin referencia al riesgo que es el objeto de cada contrato, por lo que, para efectos de esta ponencia, enfocada en los riesgos y el seguro de caución (de grandes proyectos), las omitiremos. Sólo a modo ilustrativo señalamos, como ejemplo, la opinión de BASTIN (1980), p. 76: “*El seguro de crédito es contratado siempre por el acreedor; el seguro de caución es contratado siempre por el deudor o eventual deudor en favor de un acreedor, y esto es lo que constituye la diferencia fundamental*”.

¹³ A su doctorado en derecho, suma BASTIN una licenciatura en historia, aparte de otra en ciencias políticas y diplomáticas.

¹⁴ BASTIN (1980), p. 8.

¹⁵ BASTIN (1980), pp. 34 y ss.

¹⁶ BASTIN (1980), p. 90

Esta primera distinción, entonces, sería la de radicar el riesgo de insolvencia en el seguro de crédito, dejando el campo libre al seguro de caución para cubrir el riesgo de incumplimiento de obligaciones, todas, sin exclusión de ningún tipo de obligaciones.

Así, el seguro de crédito cubriría el riesgo de pérdida en el patrimonio del asegurado producto del incumplimiento de una obligación (generalmente el pago del precio de la compraventa) en circunstancias que el deudor se encuentra en insolvencia, sea definitiva o presunta. Esto es, una situación compleja, que en general aleja temporalmente el siniestro de la fecha de vencimiento de la obligación.

La Ley de Contrato de Seguro española (en adelante LCS), N° 50 de 1980, se inscribe plenamente en esta clasificación:

Art. 78. Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

Art. 79. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores.

El concepto de la LCS sobre seguro de caución no hace distinción sobre el objeto de las obligaciones cuyo riesgo de incumplimiento es materia de este seguro, ni asigna a otro tipo de seguro (como pudiera haber sido el de crédito) la cobertura de cierto tipo de obligaciones. Y donde la ley no distingue...

ACHURRA adhiere al concepto de seguro de crédito de la LCS y consecuentemente critica la norma legal chilena que, con anterioridad al actual concepto del Código de Comercio de Chile (en adelante CCMCL), ya definía el seguro de crédito como aquél que *cubre los riesgos de pérdidas o deterioro en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de una obligación en dinero o de crédito de dinero*¹⁷, por omitir, a su juicio, el elemento básico de la insolvencia¹⁸.

Consecuentemente, pero a nuestro parecer *contra legem*¹⁹, opina ACHURRA que *cualquier obligación, sea de dar, hacer o no hacer, puede ser amparada por un seguro de garantía*. Y explicita: *es necesario insistir. No existe impedimento legal* (en Chile y mediante el seguro de caución, entendemos por el contexto) *para asegurar obligaciones que consistan en pagar una suma de dinero*²⁰.

En esta misma línea, y comentando la actual legislación chilena sobre contrato de seguro, se inscribe ARELLANO, para quien el seguro de caución se diferencia del seguro de crédito en que el primero puede amparar cualquier obligación, sea de dar, hacer o no hacer²¹, a la vez que opera frente al mero incumplimiento de la obligación, en tanto que el segundo supone la pérdida del crédito por insolvencia definitiva del deudor²².

Por su parte, RÍOS, sin emitir opinión explícita sobre el objeto del riesgo del seguro de caución, estima que al definir el seguro de crédito el Art. 579 del CCMCL incorpora como criterio de delimitación cualitativa del riesgo asegurable el “incumplimiento de una obligación de dinero” y no un estado de insolvencia o cesación de pagos²³.

2.3. Incumplimiento de unas obligaciones vs. Incumplimiento de otras

Una segunda clasificación del objeto de cada uno de estos seguros consiste en distinguir el tipo de obligación cuyo riesgo de incumplimiento cubre el respectivo contrato. En lugar de radicar la

¹⁷ Art. 11, inciso final, de la Ley chilena sobre compañías de seguro (contenida en el DFL 251, de 1931), antecedente directo de la actual definición del CCMCL sobre seguro de crédito.

¹⁸ ACHURRA (2005), p. 95.

¹⁹ La cobertura de las obligaciones de dinero ya había sido asignada por ley al seguro de crédito cuando Achurra emite esta opinión (de hecho, cita la norma), y se confirmaría la norma en términos casi idénticos en 2013 en la reforma al CCMCL.

²⁰ ACHURRA (2005), p. 88.

²¹ ARELLANO (2013), p. 257.

²² ARELLANO (2013), p. 264.

²³ RÍOS (2015), p. 23.

insolvencia como riesgo del seguro de crédito y el incumplimiento de cualquier obligación (sea de dar, de hacer o de no hacer) en el riesgo del seguro de caución, esta segunda clasificación considera que ambos contratos cubren siempre el riesgo de incumplimiento de una obligación, y sería secundario distinguir, eventualmente, si ese incumplimiento se produce a causa de la insolvencia del deudor o no. Entonces, la tarea es ahora distinguir esas obligaciones, definir cuáles de ellas son materia de uno de esos tipos de contrato de seguro y cuáles del otro.

La moderna ley del contrato de seguro del Perú²⁴ establece que mediante el seguro de caución el asegurador cubre el riesgo de incumplimiento por parte del tomador de sus obligaciones legales o contractuales garantizadas. No menciona esta ley al seguro de crédito, ni distingue las obligaciones que pueden ser garantizadas por el seguro de caución, por lo que se podría entender que las comprende todas, incluidas las de dar y entre estas las de dinero. No obstante, tanto en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, como en el Reglamento de Pólizas de Caución²⁵, se acota el concepto del seguro de caución restringiendo su objeto a garantizar el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer²⁶.

Entonces, *a contrario sensu*, debemos entender que las obligaciones de dar, y entre estas las de dinero, no son materia del seguro de caución en Perú. De lo cual no se deduce, necesariamente, que todas las obligaciones de dar pertenezcan al objeto del riesgo del seguro de crédito. Es sabido que en el mercado de seguros peruano se suscriben pólizas de seguro de crédito que cubren el riesgo de insolvencia de los clientes del asegurado (clientes deudores de obligaciones de pagar el precio de compraventas, esto es, obligaciones de dinero). También encontramos pólizas “de seguro de crédito” que cubren el simple impago de una obligación de dinero²⁷.

Al parecer, el riesgo de incumplimiento de obligaciones de dar algo diferente de dinero, implícitamente excluidas de la cobertura del seguro de caución por su Reglamento de Pólizas de Caución, en teoría no tendrían cobertura en Perú.

En Chile, precisa CONTRERAS que el seguro de caución no cubre el pago de obligaciones de dinero²⁸; pero, limita su cobertura a las obligaciones de hacer y de no hacer, *de modo que las obligaciones que consisten en el pago de una suma de dinero no son materia de pólizas de seguro de garantía, sino de una póliza de seguro de crédito*. Nada dice sobre las obligaciones de dar algo diferente de dinero²⁹.

Por su parte, MOLINA, citando a ACHURRA y compartiendo su concepto de seguro de crédito (al modo de la LCS), pero desviándose de su opinión sobre el objeto del riesgo de los seguros de crédito y caución en la ley chilena, esto es, con base en los artículos 579 y 582 del CCMCL concluye, acertadamente a nuestro entender, que las obligaciones de dinero deben ser amparadas por un seguro de crédito, correspondiendo en consecuencia que *las demás obligaciones* sean garantizadas mediante un seguro de caución³⁰.

Para la profesora VÁSQUEZ, tanto el seguro de garantía como el seguro de crédito tienen por objeto cubrir el riesgo de una obligación incumplida, pero en el primero lo que se garantiza son obligaciones de hacer o no hacer mientras que el seguro de crédito protege el incumplimiento de obligaciones de dinero³¹.

²⁴ Ley N° 29.946, de 2012.

²⁵ Aprobado por Resolución S.B.S. N° 3028-2010.

²⁶ Numeral 2 del Reglamento y Art. 318, N° 1, de la citada Ley 26.702.

²⁷ La póliza de RIMAC denominada “Seguro para Valientes” y registrada como seguro de crédito interno, protege al asegurado ante el simple retraso de un cliente suyo en el pago de un comprobante de pago (factura, boleta o recibo por honorarios). Las diversas pólizas pueden revisarse en: <<http://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/informacion-sobre-supervisadas/sistema-de-seguros-supervisadas/relacion-de-productos-de-seguros-que-se-ofrecen-en-el-mercado-peruano>>.

²⁸ CONTRERAS (2014), p. 480.

²⁹ CONTRERAS (2014), p. 487.

³⁰ MOLINA (2015), p. 718.

³¹ VÁSQUEZ (2019), p. 540, y también pp. 537 y 538.

El problema con la distinción que hacen tanto CONTRERAS como VÁSQUEZ es que dejan fuera de cobertura, de ambos seguros, el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de dar cosas diferentes del dinero.

Parece atinente, entonces, recurrir en detalle a la más básica y tradicional clasificación de las obligaciones, aquella que las distingue en razón de su objeto: las obligaciones pueden ser de dar, de hacer y de no hacer alguna cosa³². O, en palabras de CASTRO NEVES, *em relação à forma como a prestação pode ser oferecida, há três tipos de obrigação: de dar, de fazer e de não fazer*³³.

Hemos visto cómo la doctrina asigna el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer al seguro de caución, pero se divide respecto de las obligaciones de dar.

A nuestro parecer, en el marco de la ley chilena sobre contrato de seguro, las obligaciones de dar dinero (“obligaciones de dinero”) son el objeto de la cobertura del seguro de crédito, mientras que mediante el seguro de caución pueden ser cubiertos los riesgos de incumplimiento de las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar algo que no sea dinero. Todas las obligaciones forman parte, de este modo, del objeto del riesgo de uno u otro de estos dos seguros; el incumplimiento de unas, las de dar dinero, como riesgo del seguro de crédito, y el incumplimiento de las otras, todas las demás, esto es, las de hacer, de no hacer y de dar algo diferente de dinero, como riesgo del seguro de caución.

Nos parece que esta clasificación es la que mejor distingue el objeto del riesgo de ambos seguros, comprendiendo a todas las obligaciones y estableciendo una línea de frontera clara, de aplicación universal, eliminando así los conflictos de interpretación y las incertidumbres de los demás modos de formular la distinción.

Entendemos que esta clasificación es la que se deduce de la ley chilena sobre contrato de seguro, es la elegida por el legislador. En efecto, el CCMCL, en relación con la cobertura de los riesgos de incumplimiento de obligaciones, establece lo siguiente:

☞ 7. *Del seguro de crédito*

Art. 579. *Concepto. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el **incumplimiento de una obligación de dinero**.*

☞ 8. *Del seguro de caución*

Art. 582. *Concepto. Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de **incumplimiento** por el tomador del seguro o afianzado, **de sus obligaciones legales o contractuales**.*

(Los destacados en negrita son nuestros).

Si bien la ley no distingue las obligaciones cuyo riesgo de incumplimiento es materia de cobertura del seguro de caución y, por tal motivo, interpretada esa norma aisladamente, podría dar lugar a entender que comprende todas las obligaciones, incluidas las de dar dinero, nos parece claro que la definición legal del seguro de crédito delimita el concepto del seguro de caución. Si el seguro de crédito cubre el riesgo referido a las obligaciones de dinero, debemos concluir, *a contrario sensu*, que el de caución no tiene, no puede tener, idéntico objeto. Es la conclusión a que se llega aplicando el criterio de interpretación sistemática de la ley³⁴.

A la misma conclusión llegamos al aplicar el elemento histórico en la interpretación de las definiciones legales de los conceptos de seguro de crédito y seguro de caución. Al presentar el proyecto de ley que modifica las normas sobre contrato de seguro, los parlamentarios autores de la moción informan que el seguro de caución se distingue del seguro de crédito en que este cubre el incumplimiento de una obligación de dinero, en tanto que el seguro de caución, las obligaciones de hacer, no hacer o de dar algo que no sea una suma de dinero³⁵.

³² Así, el Código Civil chileno, Art. 1438: *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.*

³³ CASTRO NEVES (2012), p. 81.

³⁴ Código Civil chileno: Art. 22. *El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*

³⁵ Historia de la Ley N° 20.667, p. 16 y 66: *“El párrafo 8 se refiere al Seguro de Caución, que se distingue del Seguro de Crédito, porque éste cubre el incumplimiento de una obligación de dinero, en tanto que el seguro de caución constituye, como su nombre lo indica,*

Al concluir este capítulo conviene explicitar la importancia de las obligaciones de dar algo que no sea dinero, porque, como hemos visto, suele ser olvidada en algunas clasificaciones de las obligaciones. Habitualmente son estas objeto del riesgo de seguros de caución. Consisten, en general, en la obligación del vendedor de transferir en dominio un bien, una cosa que no es dinero, o del promitente vendedor de celebrar el contrato prometido y transferir en dominio la cosa materia del contrato (en suma, obligación de hacer más obligación de dar algo diferente de dinero). Tal obligación de “dar algo que no sea una suma de dinero” es el objeto típico del seguro de caución llamado de “venta en verde” o “venta en blanco”. Insistiremos sobre esta particular especie de obligación más adelante.

3. RIESGOS Y COBERTURAS (ESPECÍFICAS)

3.1. *Diversidad de obligaciones*

Los riesgos objeto del seguro de caución pueden ser divididos en riesgos de incumplimiento de obligaciones de hacer, de no hacer y de dar algo que no es dinero. Es nuestra conclusión en el capítulo anterior.

3.2. *Riesgo de incumplimiento de obligaciones de hacer*

Los riesgos que más comúnmente se cubren mediante seguros de caución son los de obligaciones de hacer. Se comprenden entre éstas las obligaciones de servicios profesionales (corredores y agentes de bolsa de valores, de corredores de seguros, agentes de aduana, entre otros) y las de diseñar (ingeniería), construir, urbanizar, en general, obligaciones del constructor.

Especialmente en los grandes proyectos, podrán presentarse todos o la mayoría de los riesgos y coberturas que mencionaremos brevemente a continuación³⁶:

1. Riesgo: Que el oferente no celebre el contrato una vez adjudicado en su favor, en las condiciones que las bases de licitación contemplen.

Cobertura: Seriedad de oferta (o de presentación de propuesta).

Monto habitual: Monto fijo o porcentaje bajo del “precio” del contrato.

Asegurado: Mandante o dueño de la obra.

2. Riesgo: Que el contratista no cumpla de modo fiel, correcto y oportuno las obligaciones que le genera el contrato.

Cobertura: Fiel cumplimiento del contrato.

Monto habitual: Entre 3% y 20% del “precio” del contrato (salvo EE.UU. con 100%).

Asegurado: Mandante o dueño de la obra.

3. Riesgo: Mismo anterior: Que el contratista no cumpla de modo fiel, correcto y oportuno las obligaciones que le genera el contrato.

Cobertura: Adicional de fiel cumplimiento de contrato (exigida en grandes contratos cuando el contratista se lo ha adjudicado por un precio inferior –o relevantemente inferior– al costo estimado o presupuesto del propietario, lo que hace presumir un aumento del riesgo de cumplimiento).

Monto habitual: Variable (se establece en las bases de licitación).

Asegurado: Mandante o dueño de la obra (en general, ente público).

4. Riesgo: Que el contratista, una vez celebrado el contrato, no invierta en la obra materia del contrato los anticipos que reciba.

Cobertura: Correcta inversión de anticipos.

Monto habitual: 100% de los anticipos (que habitualmente corresponde al 10% del precio del contrato).

una garantía que otorga la compañía aseguradora, de que el tomador del seguro cumplirá obligaciones de hacer, no hacer o de dar algo que no sea una suma de dinero, emanadas de un contrato que ha suscrito con el asegurado, de suerte que en caso de incumplimiento, se indemnizarán los daños patrimoniales sufridos por éste. Atendida su naturaleza, a diferencia del seguro de crédito, en el seguro de caución todo pago hecho por el asegurador, le da derecho a éste a cobrar su reembolso del tomador del seguro, que es el afianzado”.

³⁶ Una descripción detallada sobre contratos de construcción, sus riesgos y las garantías correspondientes, véase en: MOLINA y RÍOS (2016).

Asegurado: Mandante o dueño de la obra.

5. Riesgo: Que la falta de descuentos en los estados de pago dificulten financiar las correcciones o atrasos debidos a incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Cobertura: Canje de retenciones (en reemplazo de los descuentos que se habrían podido retener).

Monto habitual: 10% de cada estado de pago hasta completar 5% del precio del contrato.

Asegurado: Mandante o dueño de la obra.

6. Riesgo: Que la obra presente defectos –atribuibles al contratista– una vez terminada, no aviniéndose el deudor a repararlos.

Cobertura: Correcta ejecución de la obra

Monto habitual: Variable (se establece en las bases de licitación).

Asegurado: Mandante o dueño de la obra.

7. Riesgo: Finalización de la obra en tiempo y forma, que permita la generación de los ingresos esperados del proyecto una vez concluido.

Cobertura: Finalización de la obra (“*Completion Bond*”)

Monto: 100% del financiamiento recibido por el contratista.

Asegurado: Instituciones financieras.

BASTIN incluye en su nómina la que llama “Fianza de buena calidad”, que tendría un uso generalizado en “Norteamérica”, consistente no solo en cubrir los riesgos de ejecución defectuosa o incumplimiento de realización de la obra por el contratista, sino que, además, garantiza su compromiso de terminar la obra y reparar los defectos que pudieren aparecer (después de terminada)³⁷. Sería esta una especie de caución combinada de dos de las mencionadas antes: la de fiel cumplimiento de contrato y la de correcta ejecución de la obra.

3.3. Riesgo de incumplimiento de obligaciones de no hacer

En realidad, son excepcionales: Se tratan “caso a caso”; no conocemos pólizas o condicionados registrados ante la autoridad regulatoria que cubran riesgos de obligaciones de no hacer. Podría interpretarse que algunas coberturas relacionadas con aduanas comprenden ciertas obligaciones de no hacer.

3.4. Riesgo de incumplimiento de obligaciones de dar algo diferente de dinero

Es esta la categoría menos tratada por la doctrina. Sin embargo, resulta muy relevante para distinguir el seguro de caución del de crédito. Si se sostiene que el seguro de caución cubre las obligaciones de hacer y de no hacer, entonces las de dar, sea dinero o algo diferente de dinero, serán materia del seguro de crédito. En nuestra opinión, como hemos expuesto, las obligaciones de dar algo diferente de dinero corresponden al seguro de caución, lo mismo que las de hacer y de no hacer.

El riesgo de no transferir el vendedor (o remotamente el promitente vendedor) la cosa vendida (o prometida vender con la consecuente obligación de transferir) es propio de una obligación de dar algo diferente de dinero, y por tanto resulta objeto de la cobertura del seguro de caución. Es el caso, muy habitual, del contrato de promesa de compraventa de la llamada “venta en verde” y relativamente más recientemente “venta en blanco”. En estas operaciones, el promitente vendedor de un inmueble cuya construcción no ha concluido o ni siquiera se ha iniciado, se obliga, finalmente, a transferir en dominio al promitente comprador el inmueble materia del contrato (una vez construido y obtenida de la autoridad la correspondiente recepción definitiva o habilitaciones del caso y celebrado el contrato prometido, a todo lo cual se obliga de modo preliminar)³⁸. En el contrato de seguro de caución, el promitente vendedor

³⁷ BASTIN (1990), p. 264.

³⁸ Un ejemplo (póliza depositada en el registro de la Comisión para el Mercado Financiero de Chile –CMF– bajo código POL120160214) del modo de establecerse la cobertura en una póliza: “La presente póliza tiene por objeto garantizar única y exclusivamente la obligación de restituir al Asegurado las sumas de dinero que, efectivamente éste hubiera pagado por anticipo o a cuenta del precio de la compraventa prometida, en todos los casos en que el Tomador esté obligado a restituir tales sumas como consecuencia de no haberse otorgado el contrato prometido dentro del plazo convenido o del incumplimiento de la condición establecida por el promitente vendedor en el contrato de promesa de compraventa”. Cabe observar que el contrato de promesa no se celebra con el objeto de restituir el promitente vendedor el precio anticipado. Tal es una obligación pecuniaria sustitutiva

es el tomador mientras que el promitente comprador es el asegurado. La póliza es formalmente llamada “Seguro de caución para contratos de promesa de compraventa”, “Póliza de garantía para venta de inmuebles”, o de modo similar.

3.5. Riesgo de incumplimiento de obligaciones de diversa especie. El caso del arrendatario

En general, las obligaciones de una parte serán de una especie. La obligación del vendedor es dar algo que no es dinero, mientras al comprador le cabe la de dar dinero; al mandante o propietario de una obra le corresponde la obligación de dar dinero (pagar el “precio” del contrato), a la vez que al contratista una de hacer (construir). De hacer también son las obligaciones de agentes de bolsa o corredores de seguro.

Un caso especial es el del contrato de arrendamiento. Le corresponde al arrendatario una obligación de dar dinero: pagar la renta de arrendamiento; y también obligaciones de hacer: mantener en buen estado la cosa arrendada y restituirla al término del contrato. ¿Qué tipo de seguro puede cubrir sus obligaciones? Podríamos responder que el seguro de crédito la de pagar la renta (dar dinero), y el de caución las demás (obligaciones de hacer: mantener y restituir). Eso es correcto, pero poco práctico. Menos práctico aun si ambos seguros fueren suscritos por aseguradores diferentes. Por otra parte, para resolver la situación podemos considerar cuál es la obligación principal.

Sin duda, la obligación principal del arrendatario, el motivo o causa para contratar del arrendador, es el pago de la renta.

A nuestro parecer, si se cubre mediante una única póliza de seguro, esta debe ser de crédito, ya que la obligación principal del arrendatario es la de dar dinero, una obligación de dinero. Mejor aún, si es posible, que la póliza única contuviere coberturas de las dos especies: de crédito para el pago de la renta y de caución para las demás (diferenciando para efectos contables, de reservas y de reaseguro la prima y el monto de las eventuales indemnizaciones).

En consecuencia, para cubrir el riesgo de impago de la renta de arrendamiento una aseguradora debería tener entre sus competencias la suscripción de seguros de crédito; y para suscribir la póliza única que cubriera los riesgos de incumplimiento de todas las obligaciones del arrendatario, la aseguradora debería estar habilitada para suscribir ambos tipos de seguros, de crédito y de caución.

4. PARTES DEL CONTRATO. OBLIGACIONES DEL TOMADOR Y DEL ASEGURADO

4.1. Una relación tripartita

En todo contrato de seguro existen dos partes, asegurador y asegurado³⁹. En los contratos de seguro de caución también: siempre habrá asegurador y asegurado; pero, además existirá un tomador, contratante o afianzado (para estos efectos los consideramos sinónimos).

En el contrato de seguro de caución hablamos, entonces, de una relación tripartita. La parte “extraña” a la generalidad de los contratos de seguro es justamente la del tomador en cuanto persona distinta y “contrapuesta” –en interés– al asegurado.

El tomador es quien contrata el seguro de caución. Asume obligaciones en este contrato. Es de su cargo nada menos que la obligación del pago de la prima.

No podemos descartar que el seguro de caución, en la diversidad de legislaciones nacionales, pueda ser contratado por el asegurado, pero es esa una situación excepcional. Si la ley no lo prohíbe, es jurídicamente aceptable que el propio asegurado contrate el seguro de caución. Será de todos modos

en el caso eventual de incumplimiento de la obligación principal, que será la de transferir en dominio la cosa prometida vender, para lo cual deberá el tomador cumplir obligaciones previas (concluir la construcción, obtener de la autoridad las habilitaciones necesarias para vender, celebrar la compraventa). También cabe observar que el cumplimiento de las obligaciones que señala esta póliza no es suficiente; de nada servirá al promitente comprador, el asegurado, que el contrato prometido se celebre, si no obtiene la transferencia en dominio de la cosa que ha comprado (y antes prometido comprar).

³⁹ Además, puede haber un contratante diferente al asegurado y un beneficiario, pero los necesarios, los que no pueden faltar, son asegurador y asegurado.

excepcional, por motivos de suscripción del seguro, porque el objeto de evaluación de riesgo será el deudor de la obligación a ser garantizada, el contratista en el contrato de construcción, y no el mandante o dueño de la obra, que es el acreedor de la obligación a ser garantizada.

Entonces, el asegurador querrá conocer en detalle a ese deudor, ese contratista en el ejemplo del contrato de construcción. Le solicitará diversa documentación (legal, financiera, de su experiencia y pericia o *expertise*). Le pedirá la constitución de una contrafianza o contragarantía, eventualmente la constitución de una prenda o hipoteca o de fiadores.

4.2. Obligación de pago de la prima

Si el pago de la prima es una obligación del tomador (quien no es a la vez el asegurado), la consecuencia es que el impago de la prima no debe empecer al asegurado, que no es tomador, no contrata el seguro ni se obliga al pago de la prima. Así se establece en todos los condicionados de seguro de caución en Chile hoy. Por lo tanto, sería contrario no sólo a sus condiciones, sino también a la buena fe con que debe celebrarse el contrato, que el asegurador pretendiera la resolución del contrato o el rechazo del pago de una eventual indemnización con base en el impago de la prima, en circunstancias que no pertenecen al asegurado la obligación de pagarla.

Es necesario poner acento en este efecto, porque ha ocurrido que alguna compañía no especializada (multirrama) ha impetrado la terminación del contrato por el no pago de la prima, utilizando condicionados de pólizas de caución que no establecían explícitamente, en favor del asegurado, la inoponibilidad del impago de la prima (siendo ésta una obligación del tomador). Ha perjudicado así al asegurado, que cuando ha denunciado el siniestro se ha encontrado con una póliza vencida, sin siquiera haber sido notificado del impago de la prima ni de la gestión de terminación del contrato.

Como es natural, si el tomador del seguro es a la vez el asegurado, le empecerá a él un eventual no pago de la prima, como es la regla en los contratos de seguro de daño.

¿Es posible que el acreedor de la obligación garantizada por el seguro de caución sea quien contrate este seguro en Chile, concentrando en su persona las posiciones tanto de tomador como de asegurado?

Una respuesta negativa surge de las disposiciones de la ley chilena sobre el contrato de seguro (Título VIII del Libro II del Código de Comercio). El mismo concepto de seguro de caución, contenido en el Art. 582, establece que las obligaciones que el seguro de caución garantizan son las del tomador:

*“Por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el **tomador del seguro o afianzado**, de sus obligaciones legales o contractuales”.* (El destacado en negrita es nuestro).

En el mismo sentido, agrega la citada disposición legal, en su inciso segundo y final, lo siguiente:

*“Las excepciones o defensas **que el tomador oponga al asegurado**, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada”.* (El destacado en negrita es nuestro).

Esto es, mientras que tomador y asegurado son personas distintas, las obligaciones cubiertas son las del tomador (como ha sido dicho).

Finalmente, y en la misma línea, el asegurado tiene una obligación, cual es la de tomar las medidas pertinentes para impedir que la obligación del tomador (no la del “tercero”, por ejemplo) se haga más gravosa. Es decir, se trata de dos personas diferentes, y las obligaciones garantizadas son las del tomador. Textualmente:

*“Art. 583. Obligaciones del asegurado. Tan pronto **el tomador o afianzado incurra en una acción u omisión** que pueda dar lugar a una obligación que deba ser cubierta por el asegurador, **el asegurado deberá** tomar todas las medidas pertinentes para impedir que dicha obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes”.*

(El destacado en negrita es nuestro).

En consecuencia, existen sólo dos artículos del Código de Comercio chileno que regulan el seguro de caución en forma especial, y en ambos se hacen tres referencias claras en el mismo sentido, esto es, que tomador y asegurado son personas o partes distintas, y que las obligaciones del primero son

las que se garantizan mediante este contrato. Así, parece difícil justificar, atendida la ley aplicable, que pueda el asegurado tomar o contratar el seguro de caución en Chile.

4.3. Otras obligaciones del tomador

Además de la obligación de pagar la prima, asume el tomador, (por expresa disposición de la ley en el caso de Chile) la obligación de reembolsar a la aseguradora el monto de la indemnización que esta hubiere pagado al asegurado⁴⁰. Es esta la simple consecuencia de no ser el tomador la persona asegurada en este contrato. Por el contrario, en relación con este aspecto del contrato, el tomador es el “tercero” causante del daño o perjuicio que la aseguradora se ve en la necesidad de indemnizar al asegurado.

Como además de tercero causante del daño es también el tomador, resulta entonces que en la relación contractual con la aseguradora es probable que, en su calidad de tomador, se obligue formalmente a efectuar ese reembolso. Es habitual que esa obligación de reembolso, además de encontrarse establecida en la ley, la asuma explícitamente el tomador, con detalles relativos a plazos, reajustes y eventualmente otorgando garantías, en el documento llamado “Contragarantía” o “Contrafianza”.

4.4. ¿asume obligaciones el asegurado?

Desde la perspectiva de las normas comunes a los seguros de daños, rama a la que pertenece el seguro de caución, parece absurdo preguntarse si el asegurado asume alguna obligación en este contrato, pues el asegurado en los seguros de daño asume obligaciones⁴¹.

No obstante, como hemos visto, no es el asegurado quien celebra el contrato de seguro de caución. Ya hemos descartado que el pago de la prima le corresponda al asegurado, al menos por regla general (y sin excepción si no es a su vez el contratante o tomador), obligación que, en cambio, le corresponde al tomador, siendo persona distinta de aquel.

Además, si, como trataremos más adelante, el seguro de caución fuese de aquellos que por sus estipulaciones se considerase una caución abstracta, contrato autónomo e independiente del contrato (u obligación legal) “subyacente” en el que se establecen las obligaciones cuyo riesgo de incumplimiento “asume” el asegurador de cauciones, entonces podríamos aceptar que el asegurado pudiera no encontrarse obligado de ningún modo en el contrato de seguro de caución. Pero esta realidad es discutible, como veremos.

Mientras tanto, asumamos que la ley puede establecer obligaciones para el asegurado. Es el caso de la legislación chilena, que somete al asegurado a la obligación de adoptar las medidas a su alcance para evitar el agravamiento de los riesgos y a salvaguardar su derecho a reembolso⁴². A juicio de BAEZA, producido el siniestro de un seguro de caución, esto es, el incumplimiento del deudor, el deber genérico de no agravar los riesgos sujetaría al acreedor asegurado a tomar todas las providencias extrajudiciales y judiciales tendientes a preservar los derechos, protestando oportunamente los documentos, si fuere el caso, para evitar un perjuicio; solicitando medidas precautorias, etc.⁴³

Establece la ley chilena estas obligaciones para el asegurado, incluso si el contrato es celebrado con el carácter de “a primer requerimiento” (“de ejecución inmediata”, “a primera demanda”), modalidad

⁴⁰ CCMCL, Art. 582: *Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.*

⁴¹ Señalemos que al menos deberá el asegurado no agravar los riesgos y, también en el caso de la garantía autónoma, dar pronta noticia al asegurador sobre la constitución del siniestro y acreditar su ocurrencia. Véase artículos 524 a 526 del CCMCL.

⁴² Art. 583 CCMCL, inc. 1° y 2°:

Obligaciones del asegurado. Tan pronto el tomador o afianzado incurra en una acción u omisión que pueda dar lugar a una obligación que deba ser cubierta por el asegurador, el asegurado deberá tomar todas las medidas pertinentes para impedir que dicha obligación se haga más gravosa y para salvaguardar su derecho a reembolso, en especial, interponer las acciones judiciales correspondientes.

El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar, según su gravedad, a la reducción de la indemnización o la resolución del contrato.

⁴³ BAEZA (1994), p. 112.

bajo la cual el asegurador debería pagar la indemnización al asegurado a su simple demanda, dentro del plazo convenido, sin aceptar excepciones del tomador⁴⁴.

Visto así, se trataría de una garantía abstracta. No obstante, a pesar de no haber contratado el seguro, y no obstante que el seguro de caución sea “a primer requerimiento”, el asegurado queda obligado en la forma enunciada.

¿Cómo se compatibiliza el carácter de autonomía del contrato, esto es, la obligación del asegurador de pagar la indemnización al asegurado a su simple requerimiento, sin aceptar excepciones opuestas por el tomador, por una parte, con la existencia de obligaciones del asegurado (adoptar las medidas pertinentes para evitar el agravamiento de los riesgos y salvaguardar el derecho a reembolso del asegurador)? ¿Qué eficacia puede tener el derecho del asegurador a exigir el cumplimiento de esas obligaciones del asegurado (sabido que no existen obligaciones de una parte sin el correspondiente derecho y la consecuente acción de su contraparte para exigir su cumplimiento, salvedad hecha de las obligaciones naturales), si debe pagarle a ese mismo asegurado la indemnización que requiere, sin aceptar excepciones del tomador? (Descartemos en este análisis la eventualidad, rarísima, de contar el asegurador con excepciones propias, como la de compensación, por ejemplo).

Pues, una solución, compatible con el establecimiento por ley tanto del seguro de caución “a primer requerimiento” como de obligaciones del asegurado, es entender que el pago de la indemnización del seguro debe efectuarse, en ese caso, sin que pueda el asegurador hacer previamente exigible las obligaciones del asegurado como condición para ese pago; pero, manteniendo el asegurador su derecho para demandar al asegurado eventualmente incumplidor, con posterioridad al pago de la indemnización, la devolución de todo o parte del pago recibido, según el caso. Es decir, al asegurador de la caución a primer requerimiento se le aplica en plenitud el principio *solve et repete*, o, en términos más actuales, *pay now, argue later*.

4.5. Obligación de reembolso y subrogación

El asegurador de cauciones, aún con derecho a hacerlo, no ejercerá necesariamente contra el asegurado el derecho al reembolso de lo pagado. De hecho, es probable que en general no lo ejerza, principalmente por razones comerciales. Le interesa al asegurador que los asegurados o potenciales asegurados sean receptivos al seguro de caución, y no lo posterguen o rechacen en beneficio de aceptar otras garantías profesionales ofrecidas por diversas instituciones, como bancos y SGR. Todo lo cual no implica que el asegurador simplemente “haga la pérdida”, esto es, renuncie a obtener un reembolso del pago efectuado.

En efecto, cuenta el asegurador con derechos que puede ejercer en contra de quien provocó el perjuicio al asegurado y por lo cual debió indemnizarlo, que no es otro que el tomador del seguro. En su contra posee el asegurador el derecho de quien paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente (en su caso, por la suscripción del seguro de caución), en cuyo favor se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley⁴⁵; como asimismo los derechos que adquiere todo asegurador que indemniza a un asegurado por los perjuicios provocados por una tercera persona⁴⁶. En ambos casos hablamos de la subrogación de los derechos del asegurado (acreedor) que opera en favor del asegurador que le paga la “deuda” del tomador. Es decir, el asegurador, mediante la subrogación, adquiere los derechos que poseía el asegurado en contra del tomador, no más que tales derechos.

Puede además ejercer un derecho especialmente dispuesto en favor del asegurador de cauciones. Las leyes española y chilena, por ejemplo, lo establecen en forma indubitada, en términos absolutos (y del mismo tenor, aquélla el origen de ésta): *Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el*

⁴⁴ CCMCL, Art. 583, inc. final: “Este tipo de seguro podrá ser a primer requerimiento, en cuyo caso la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”.

⁴⁵ Art. 1610, N° 3, del Código Civil chileno.

⁴⁶ CCMCL: Art. 534. Subrogación. Por el pago de la indemnización, el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado tenga en contra de terceros en razón del siniestro.

*tomador del seguro*⁴⁷. Es el derecho de reembolso, que no dependerá, en su extensión, de los derechos del asegurado que el asegurador ha podido obtener mediante la subrogación.

La acción de reembolso contra el tomador puede la aseguradora fundarla también en el convenio llamado “Contragarantía” o “Contrafianza”, en virtud del cual el tomador se obliga al reembolso dentro de un corto plazo y a pagar los costos que esa gestión le genere al asegurador, y habitualmente le otorga mandato para suscribir en su nombre pagarés que facilitarán ese cobro. En cierta proporción de casos, el tomador (generalmente una persona jurídica), además, habrá constituido garantías en favor del asegurador, habitualmente fianza de empresas relacionadas o de socios principales de la empresa contratante.

El tomador tiene, entonces, una obligación de reembolsar al asegurador todo pago hecho por éste.

5. CAUCIÓN ACCESORIA VS. CAUCIÓN AUTÓNOMA

5.1. *El principio indemnizatorio*

Como es bien sabido, los seguros de daños cubren al asegurado del riesgo de sufrir perjuicios patrimoniales. Así, mediante la indemnización del seguro se trata de restituir en el patrimonio del asegurado la pérdida que le implica el siniestro acaecido. En tal sentido, repugna a la institución del seguro, como asimismo al concepto de indemnización, un eventual enriquecimiento del asegurado, consistente en obtener a través de la liquidación del seguro un valor mayor que el de su perjuicio patrimonial causado por el siniestro cubierto. Es el llamado principio indemnizatorio, en virtud del cual el seguro no puede representar para el asegurado la ocasión de una ganancia⁴⁸. En especial respecto de los seguros de daños patrimoniales –entre los que se encuentra el de caución– la ley chilena dispone que *la indemnización no podrá exceder, dentro de los límites de la convención, del menoscabo que sufra el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro*⁴⁹.

Hemos señalado ya algunos elementos del seguro de caución que pudieran tensionar al principio indemnizatorio. Profundizaremos en esta variante a continuación.

5.2. *Seguro de caución “a primer requerimiento”*

El seguro de caución forma parte de las cauciones o garantías que podemos llamar “profesionales”⁵⁰, como hemos anticipado.

⁴⁷ LCS, Art. 68, y CCMCL, Art. 583.

⁴⁸ La LCS lo expresa así: Art. 26. *El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado*. En términos similares las leyes de contrato de seguro de Chile (CCMCL, Art. 550) y de Uruguay (Ley N° 19.678, Art. 54), pero ambas omitiendo el adjetivo de “injusto” con que la ley española califica al enriquecimiento (lo que da lugar a preguntarse por el contenido de un “enriquecimiento justo”). En la ley uruguaya, una curiosidad: la prohibición del enriquecimiento afecta a “*tomador o beneficiario*”, en lugar del asegurado.

La ley peruana, N° 29.946, no establece el principio sino directamente su consecuencia y su complemento: Art. 83: (...) *El asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato, el daño patrimonial causado por el siniestro* (...).

La obligación tiene como límite el monto de la suma asegurada, salvo que la ley o el contrato establezcan algo distinto.

⁴⁹ CCMCL, Art. 552, inc. final.

⁵⁰ La clasificación de las cauciones en reales y personales podría admitir, si se nos permite el atrevimiento, una tercera clase, esta de “profesionales”, constituida por las cauciones otorgadas por aseguradores, bancos, sociedades de garantía recíproca. Porque si bien es personal en el sentido que es una institución (asegurador, banco, sociedad de garantía recíproca) la que suscribe el instrumento (seguro, boleta bancaria, certificado de fianza), esta institución se ha constituido con el objeto –entre otros– precisamente para otorgarlo, recibe un pago o prima por ello, y, principalmente, se obliga (por ley) a mantener un patrimonio, reservas, inversiones, que constituye con bienes destinados a responder por las obligaciones que le genera el instrumento de garantía que emite, bienes que de este modo “se afectan” (su objeto es servir de respaldo de las obligaciones que asume la institución) en favor del asegurado o beneficiario.

El género de las cauciones “profesionales”⁵¹, del que forma parte el seguro de caución, admite universalmente la clasificación de accesorias (las tradicionales, al igual que la fianza⁵²) y autónomas (o independientes o abstractas). La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha hecho un valioso trabajo en orden a intentar uniformar en el ámbito internacional los conceptos y normas aplicables a ambas especies de garantías⁵³.

En diversos países, entre ellos Chile, la boleta bancaria de garantía tiene una larga historia como garantía autónoma o independiente⁵⁴, y el certificado de fianza que otorgan las sociedades de garantía recíproca (SGR), de más reciente creación, nacen con este carácter⁵⁵.

Acierta el Profesor Sánchez Calero al hacer notar que ha sido justamente esta profesionalización de las cauciones la que ha conducido a la generación de los contratos autónomos⁵⁶.

El seguro de caución, que participa de la industria de las “garantías profesionales”, ha tenido y mantiene una evolución más compleja, porque subsiste hasta hoy el seguro de caución tradicional, que es un contrato accesorio, concurriendo –conviviendo y compitiendo– con el seguro de caución autónomo. La evolución del seguro de caución hasta adquirir el carácter de contrato independiente ha tenido numerosos detractores. Esto se debe, principalmente, a la resistencia a admitirse que la indemnización de un seguro de daños pueda pagarse sin exigirse la acreditación de la ocurrencia del siniestro y del monto del perjuicio sufrido por el asegurado, esto es, sin afectar el principio indemnizatorio.

Como se viene deduciendo, la distinción en dos clases de los seguros de caución deriva de si el asegurado debe cumplir obligaciones o condiciones para el pago de la indemnización o no. Los tradicionales, contratos accesorios (vinculan el seguro al contrato subyacente), exigen al asegurado demostrar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas y el monto que ese incumplimiento le representa en perjuicio patrimonial. A su vez, en el procedimiento de la liquidación del siniestro, le cabe al tomador la oportunidad de demostrar lo contrario: que ha cumplido sus obligaciones garantizadas o que el incumplimiento no es de la entidad que alega el asegurado, y que el perjuicio sufrido por este no existe o es menor al reclamado.

Por otra parte, los seguros de caución (como toda caución, en general, sean éstas suscritas por bancos, aseguradores, SGR u otros “garantizadores profesionales”), pueden tener el carácter de abstractos (o autónomos o independientes). El elemento principal que le otorga este carácter es la desvinculación con el contrato subyacente, que implica inexigibilidad al asegurado que reclama la indemnización de tener que demostrar el incumplimiento de las obligaciones caucionadas, y de los perjuicios patrimoniales sufridos por esa causa.

En el sentido expuesto, el seguro de caución a primer requerimiento participa de lo que en derecho comparado se denominan garantías autónomas, independientes o abstractas (por desvincularse del contrato “subyacente” y en consecuencia pagarse sin condiciones). Garantía autónoma es justamente la denominación que Perú da al seguro de caución cuya indemnización debe pagarse sin condiciones, y lo describe con detalle:

4. Garantías autónomas

Las empresas, en ejercicio de su libertad contractual, podrán emitir pólizas de caución bajo las características de incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática a sólo requerimiento del asegurado, u otras cláusulas similares; tales pólizas serán consideradas como garantías independientes y autónomas,

⁵¹ SANCHEZ CALERO utiliza la expresión “profesionalización de los contratos de garantía”, en SANCHEZ CALERO (1996), p. 31.

⁵² Código Civil chileno, Art. 2335: “La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.

⁵³ Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglas Uniformes de la CCI para Fianzas Contractuales, Guía y Formulario para las, Barcelona, 1997 (Publicación -URDG- 524) y Reglas Uniformes de la CCI Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, Revisión 2010 (Publicación -URDG- 758).

⁵⁴ GONZÁLEZ CASTILLO (2002), p. 47.

⁵⁵ ROMÁN (2011), en especial en p. 91.

⁵⁶ SANCHEZ CALERO (1996), p. 32.

*en cuyo caso no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago, debiéndose precisar expresamente dichas características en la respectiva póliza de caución y en el certificado de garantía*⁵⁷.

Hemos hecho notar ya cómo la ley chilena sobre contrato de seguro regula (desde 2013) los seguros de caución a primer requerimiento disponiendo que “la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”⁵⁸.

A su vez, la Superintendencia chilena, mediante Oficio 972 de 2017⁵⁹, precisando el alcance de la citada norma, estableció que en las pólizas de seguros de caución a primer requerimiento no podrá exigirse o condicionarse el pago de la suma reclamada a la presentación de antecedentes adicionales a la identificación de la póliza, del asegurado y el monto reclamado.

Es decir, ni siquiera puede el asegurador en estos casos exigir que el asegurado haya notificado al afianzado en forma fehaciente requiriéndole para que cumpla el contrato o pague los perjuicios causados por el incumplimiento, como algunas pólizas establecían. De hecho, prohibió la Superintendencia de Valores y Seguros el uso de diversos modelos de pólizas (condicionados generales), que, incluyendo en su denominación las expresiones “a primer requerimiento” u otras de similar significado, contenían obligaciones como la mencionada.

Al suscribirse con carácter de autonomía, recibe la denominación de seguro de caución “a primer requerimiento”, “a primera demanda”, “de ejecución inmediata”, “de pronto pago” o “a la vista” (esta última denominación alude al deber del asegurador de pagar la indemnización en el acto de su cobro; en las anteriores, el pago debe efectuarse en el plazo establecido en sus cláusulas).

Tengamos presente que los seguros de caución para grandes proyectos siempre serán “a primer requerimiento” en los mercados donde este instrumento esté disponible, debido al poder de negociación que tienen quienes desarrollan esos proyectos y quienes los ejecutan, mandantes y contratistas, luego asegurados y tomadores.

Ya hemos concluido, a propósito de tratar sobre las obligaciones del asegurado⁶⁰, que en el seguro de caución a primer requerimiento el asegurador debe “pagar y luego reclamar” si estima que hubo un cobro “indebido”. No tiene derecho a exigirle al asegurado que previamente demuestre el incumplimiento de las obligaciones del tomador y el monto del perjuicio patrimonial que le afecta.

Una sentencia de 1930 de la Superintendencia de Valores y Seguros actuando como árbitro, estableció que, tratándose de una póliza de seguro de garantía a solo requerimiento del asegurado, procede el pago sin más trámite, sin que obsten a este pago los motivos de incumplimiento del afianzado, sin perjuicio de los derechos del asegurador en contra de éste o de terceros. Nuevas sentencias del mismo árbitro, en 1938, mantienen la señalada doctrina, aunque con una salvedad muy relevante, sobre el carácter del pago: se entrega al asegurado la suma requerida, pero “en garantía”; se aplicará al pago del seguro sólo si se acredita posteriormente la ocurrencia del siniestro y el monto de los perjuicios⁶¹. Hubo entonces un retroceso en la aplicación del carácter de “a primer requerimiento”.

Veamos un ejemplo actual de definición del carácter incondicional de la póliza de caución, tomado del modelo de póliza (condiciones generales) depositada en 2017 ante el órgano supervisor chileno bajo el código POL12017018562. Establece esta póliza que el pago de la indemnización se efectúa sin condiciones. Textualmente (Art. 7º):

Tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento del incumplimiento de una obligación cubierta por la presente póliza, el Asegurado, para obtener la indemnización, deberá ejercer su derecho informando por escrito a la compañía el monto de la indemnización que solicita, identificándose e individualizando la póliza reclamada.

⁵⁷ Reglamento de Pólizas de Caución, aprobado por Resolución S.B.S. N° 3028-2010.

⁵⁸ Art. 583 del CCMCL.

⁵⁹ Véase en: <http://www.cmfcchile.cl/normativa/ofc_972_2017.pdf>.

⁶⁰ Ver 4.4.

⁶¹ CONTRERAS (1999), pp. 363 y ss., 564 y ss., 566 y ss. y 578 y ss.

⁶² Véase el sitio web

<http://www.cmfcchile.cl/sitio/seil/pagina/rgpol/muestra_documento.php?ABH89548=37G70IE7IX10663J35MN4ABCIV864AJ35MN6BERYV864AJ35MN64IBMISQAK>.

Cumplido lo anterior, el Asegurador deberá pagar dentro de treinta días la suma requerida, sin que corresponda exigir mayores antecedentes respecto de la procedencia y el monto del siniestro.

No obstante, la misma póliza establece las siguientes obligaciones del asegurado (Art. 5°):

Quinto: Obligaciones del Asegurado. Son obligaciones del Asegurado en caso de verificarse un incumplimiento de una obligación garantizada por la presente póliza:

1. Presentar todo reclamo tan pronto se haya constatado un incumplimiento de la Ley o Contrato que autorice para hacer efectivo el amparo contenido en esta póliza.

2. No agravar los riesgos asegurados en caso de incumplimiento del Afianzado, tolerando o permitiendo que éste aumente el monto de la pérdida indemnizable.

3. Tomar todas las medidas necesarias para evitar el aumento de tal pérdida.

4.- Informar por escrito, a solicitud del Asegurador, los incumplimientos en que ha incurrido el Afianzado, en virtud de los cuales ha hecho efectiva la póliza.

Como anticipamos, el asegurador debe pagar la indemnización reclamada sin exigir previamente el cumplimiento de estas obligaciones del asegurado. La póliza en cita, en el inciso final del citado Art. 5°, establece:

La Compañía no podrá condicionar el pago de la indemnización de la póliza, al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente cláusula.

Como un efecto del carácter autónomo del seguro de caución a primer requerimiento, el siniestro debe pagarse sin ser sometido al procedimiento de liquidación o ajuste. Naturalmente, si el ajuste tiene por objeto determinar si el siniestro está cubierto y cuantificar el monto de la pérdida⁶³, y el asegurador debe pagarlo sin exigir al asegurado que demuestre el incumplimiento del tomador (es decir, la ocurrencia del siniestro) ni el monto de su perjuicio por esa causa (esto es, el monto de la pérdida), carece de “objeto lícito” el ajuste de ese siniestro.

En consecuencia, sólo una vez pagada la indemnización podría el asegurador exigir al asegurado el cumplimiento de esas obligaciones suyas del contrato de seguro (y entonces reclamarle el reembolso del pago efectuado).

5.3. “A primer requerimiento” y el principio indemnizatorio

A la luz de lo expuesto, volvemos a la pregunta del efecto de los seguros de caución a primer requerimiento sobre el principio indemnizatorio. ¿Lo afectan? Recordemos cómo se expresa este principio, en el ámbito de los seguros de daños patrimoniales: *la indemnización no podrá exceder, dentro de los límites de la convención, del menoscabo que sufra el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro*⁶⁴.

Se podría responder que al tener que pagar el asegurador la indemnización sin poder oponer excepciones, sin poder exigir demostración del incumplimiento de las obligaciones garantizadas ni el monto del perjuicio que ese incumplimiento produce en el patrimonio del asegurado, resulta entonces inaplicable la regla consistente en que la indemnización no pueda exceder del menoscabo que haya sufrido el patrimonio del asegurado como consecuencia del siniestro. Porque si no podemos comprobar si hubo menoscabo patrimonial, tampoco podemos saber si la indemnización excede su valor; y si no se ha verificado que el tomador hubiere incumplido una obligación garantizada, tampoco podría determinarse que la causa de un supuesto deterioro en el patrimonio del asegurado haya sido tal eventual incumplimiento.

Sin embargo, ya antes dos aparentes excepciones al principio de indemnización o a su aplicación han resultado destruidas o al menos afectadas por las primeras interpretaciones.

Nos referimos a la valoración convenida de la cosa o el interés asegurado, por una parte, y por otra a la cobertura de multas o cláusulas penales de un contrato, precisamente mediante el seguro de caución.

⁶³ Art. 19 del Reglamento de los auxiliares del comercio de seguros y procedimiento de liquidación de siniestros, D.S. de Hacienda N° 1050 de 2012 (Chile). Véase en: <http://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/articles-14717_doc_pdf.pdf>.

⁶⁴ CCMCL, Art. 552, inc. final.

La doctrina en general ha considerado la valoración pactada –o póliza estimada– como una excepción al principio indemnizatorio, entendiendo que la existencia de un acuerdo sobre el valor de la cosa o interés asegurado se opondría a la aplicación de este principio. Sin embargo, también es razonable interpretar la valoración convenida o póliza estimada como una manifestación del principio indemnizatorio, una modalidad de su aplicación al caso concreto, con base en la consideración no sólo del elemento objetivo (real) en la valoración, sino también del elemento subjetivo en la apreciación del valor del bien o interés asegurado, concordado explícitamente entre asegurado y asegurador, al modo de los seguros de personas⁶⁵.

A su vez, se ha sostenido que las multas y cláusulas penales, en cuanto exceden del daño que comprobadamente sufre el acreedor asegurado, no podrían ser cubiertas por el seguro de caución, justamente debido al límite impuesto por el principio indemnizatorio. No obstante, siendo el de caución un seguro de daños patrimoniales, y consistiendo el daño patrimonial en aquello por lo cual el acreedor tiene derecho a exigir reparación del deudor, esto es, reclamarle una indemnización, entonces, consistiendo aquello en un derecho (que forma parte de su patrimonio), puede ser cubierto por el seguro de caución, que amparará al asegurado justamente en ese derecho, lo que le permite mantener incólume su patrimonio. No se afecta así el principio indemnizatorio⁶⁶. La cláusula penal, además de importar un derecho, es simplemente la avaluación convencional y anticipada de los perjuicios, lo que desde el punto de vista del derecho de seguros equivale también a la valoración convenida del interés asegurado⁶⁷.

Aun existiendo esos dos casos de aparente excepción al principio indemnizatorio que, podemos concluir, no son tales (o al menos con buenos argumentos se puede discutir que sean excepciones al principio), pensamos que efectivamente el carácter autónomo del seguro de caución a primer requerimiento sí es una excepción al momento de tener que pagar el asegurado la indemnización reclamada, porque no podrá exigir demostración de la ocurrencia del siniestro –incumplimiento de obligaciones garantizadas– ni del monto del perjuicio patrimonial del asegurado; pero, no lo es en cuanto puede el asegurador ejercer con posterioridad acciones de reembolso en contra el propio asegurado. En este caso, el principio indemnizatorio recupera su aplicabilidad.

Lo dejamos planteado como un desafío para su estudio más que como respuesta definitiva, atendido el propósito de esta ponencia.

BIBLIOGRAFÍA

ACHURRA, Juan (2005): *Derecho de Seguros. Escritos de Juan Achurra Larraín, Tomo III* (Universidad de los Andes, Colección Jurídica N° 7).

ARELLANO, Sergio (2013): *La Ley del Seguro* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).

BASTIN, Jean (1999), *El Pago de la Deuda Ajena*, Asociación Panamericana de Fianzas APF-PASA.

BASTIN, Jean (1980), *El Seguro de Crédito*, Editorial Mapfre S.A., España.

BAEZA, Sergio (1994), *El Seguro*, Tercera Edición, edición actualizada por Juan Achurra Larraín, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

CONTRERAS, Osvaldo (2014), *Derecho de Seguros*, Legal Publishing-Thomson Reuters-La Ley, Chile

CONTRERAS, Osvaldo (1999), *Jurisprudencia de Seguros, Recopilación y Análisis, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile.

FONTAINE, Marcel (1966), *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruselas, citado por: BASTIN (1980) .

⁶⁵ GIRGADO (2015), pp. 24 y 27.

⁶⁶ ACHURRA (2005), p. 89.

⁶⁷ Prevista en la ley chilena –Art. 554 del CCMCL– respecto de los seguros reales, tiene su origen en la LCS, Art. 28, Ley 50/1980, cuyo texto da lugar a la denominación de “póliza estimada”.

GALINDO, Hernando (2005), *El Seguro de Fianza. Garantía Única*, Legis Editores, Colombia.

GIRGADO, Pablo (2015), *La Póliza Estimada*, Marcial Pons, Madrid.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2002), *La Boleta Bancaria de Garantía*, Lexis Nexis, Santiago.

IFRAN, Geraldine; y SIGNORINO, Andrea (2007), *El Seguro de Grandes Riesgos*, en: CONTRERAS, Osvaldo (Coordinador Académico), *Temas Relevantes del Derecho de Seguros Contemporáneo* (anales del X Congreso de CILA, Viña del Mar), Chile.

MOLINA, Carlos y RÍOS, Víctor (2016), *Derecho de la Construcción*, Chile.

MOLINA, Carlos (2015), “Artículo 582. Concepto de seguro de caución. Riesgo cubierto”, en: RÍOS, Roberto, (Director): *El Contrato de Seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Thomson Reuters, La Ley, Santiago.

RÍOS, Roberto (Director) (2015): *El Contrato de Seguro. Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio*, Thomson Reuters, La Ley, Santiago.

ROMÁN, Juan Pablo (2011), *El Certificado de Fianza. Una Nueva Garantía*, Abeledo Perrot-Legal Publishing-Thomson Reuters, Chile.

SANCHEZ CALERO, Fernando (Ponente General) (1996), *Las Garantías a Primer Requerimiento*, Editorial Civitas, Madrid.

VÁSQUEZ, María Fernanda (2019), *Contrato de Seguro*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

DOCUMENTOS

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI), *Reglas Uniformes de la CCI para Fianzas Contractuales, Guía y Formulario para las*, Barcelona, 1997 (Publicación -URDG- 524)

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI), *Reglas Uniformes de la CCI Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, Revisión 2010* (Publicación -URDG- 758)

HISTORIA DE LA LEY 20.667, en: www.bcn.cl.

NORMAS CITADAS

De Chile

Código Civil

Código de Comercio (CCMCL)

Ley N° 20.667

DFL 251, de 1931, Ley de Seguros

D.S. de Hacienda N° 1055, de 2012 (contiene procedimiento de ajuste de siniestros)

Oficio Circular N° 972, de 2017, de Superintendencia de Valores y Seguros, SVS (hoy, Comisión para el Mercado Financiero, CMF)

De España

Ley N° 50/1980 (LCS)

Ley N° 20/2015

De Perú

Ley N° 29.946 de 2012, sobre contrato de seguro

Ley 26.702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Resolución N° S.B.S. 3028-2010. Reglamento de Pólizas de Caución

De Portugal

Decreto-Lei N° 72/2008 (aprueba el régimen jurídico del contrato de seguro, que se contiene en anexo)

De Uruguay

Ley N° 19.678, sobre contratos de seguros

