

oficina 1 -
libro 51



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS
SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

AÑO 2 N° 2 SANTIAGO DE CHILE ABRIL DE 2000

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 2 Nº 2. Santiago de Chile, Abril de 2000

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 sus asociados o por especialistas de otras partes del mundo y que selecciona el Comité Editorial, además de noticias de actualidad en relación con el Derecho de Seguros y la actividad aseguradora y reaseguradora. en que aquel se inserta.

Comité Editorial:

Juan José Vives Rojas
Sergio Arellano Iturriaga
Osvaldo Contreras Strauch

Es Director de la Revista el Señor Osvaldo Contreras Strauch.

La revista se imprime en los talleres de GRAFICA JORY, Cóndor 848 Santiago

Domicilio: Ahumada 341 Oficina 207 Telefonos 639 6175 633 6720 Fax 639 5072 , Sede del Colegio de Abogados (Atención Sra. Ana María Carbone)

Secretaría: Ximena Castillo Faura. Fono 699 0676



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

Año 2 Nº 2. Santiago de Chile Abril de 2000

EDITORIAL

Es motivo de orgullo para la directiva de la Sección Chilena de AIDA y para el Director que suscribe, presentar el segundo número de la "Revista Chilena de Derecho de Seguros", cuya publicación, en periodicidad cuatrimestral, iniciamos en diciembre de 1999.

Lo es en primer lugar, porque en la medida que se va cumpliendo con la publicación periódica programada, la revista se va consolidando como una institución permanente y pensamos que algún día, de sostenernos con firmeza en continuar adelante con ella, la revista pasará a formar parte de nuestra tradición y serán los propios lectores quienes velen por su permanencia.

También es motivo de complacencia para nosotros, publicar en este número, fuera de dos trabajos de gran calidad de los que son autores nuestros asociados Emilio Sahurie y Hugo Botto, el discurso pronunciado por el Presidente de la Excma. Corte Suprema don Roberto Dávila Díaz (Q.E.P.D.) en el acto de inauguración del Centro de Arbitrajes de AIDA.

En cuanto a los trabajos que se publican, Emilio Sahurié Luer escribe sobre el complejo tema de los conflictos de jurisdicción en los contratos de transportes marítimos, tema en el que se mezclan interdisciplinariamente, las normas y la doctrina que son propias del derecho marítimo y del derecho internacional privado; en tanto que Hugo Botto Oakley toca el tema de las retenciones en el contrato de seguro, materia de suyo interesantísima y siempre rica en controversias.

En lo que se refiere al discurso del prestigiado y prematuramente desaparecido ex Presidente de la Corte Suprema, queremos que sirva su publicación en esta Revista como un homenaje póstumo a quien fuera un

gran ministro del más alto tribunal de la República y de reconocimiento por el fuerte apoyo que brindó desde su nacimiento, al Centro de Arbitrajes de AIDA.

Ahora que ésta institución se ha ido consolidando, en la misma medida que la resolución de muchos conflictos en materia de seguros se han ido confiando a sus miembros, ha llegado el momento de pensar en nuevas y más ambiciosas iniciativas que tiendan a su asentamiento definitivo. Y al hacerlo, resulta clarificador exponer públicamente cual es el pensamiento de nuestras más altas autoridades judiciales sobre el papel que está llamado a cumplir el Centro de Arbitrajes.

Oswaldo Contreras Strauch
Director

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ANTE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS, SECCIÓN CHILENA (2 de Junio de 1998)

Por Roberto Dávila Díaz (Q.E.P.D.)

Con profundo agrado acepté la invitación que me formulara mi amigo y colega abogado don Osvaldo Contreras a nombre de la Sección Chilena de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, para dirigir algunas palabras en este acto en el cual se pone en marcha el funcionamiento del Centro de Arbitrajes creado por esta Institución.

En efecto, en la cuenta inicial del presente año, que el Código Orgánico de Tribunales obliga a rendir al Presidente de la Corte Suprema, tuve la oportunidad de referirme a la importancia que le atribuyo al tema que hoy nos convoca expresando: que un rubro significativo en orden a buscar una mayor agilización del trabajo judicial, es el de establecer con precisión, el ámbito respecto del universo de asuntos que constituyen conflicto ante la ley, mediante la desjudicialización de materias que no tengan este carácter.

En esa exposición, luego de señalar diversos procedimientos que recargan la labor de nuestros tribunales y que en el derecho comparado no están confiados a la jurisdicción ordinaria, expresé: "otro horizonte, en este orden de iniciativas, aunque no aceptado en la dimensión que se le ha visto propuesto, es la mayor amplitud de las materias que pueden derivar hacia el arbitraje"; como sucede en otros países de gran desarrollo y de intensa actividad económica, en los cuales el mundo de las relaciones contractuales de carácter económico-comercial, abarca todas las actividades que las personas pueden desarrollar.- Se establece el arbitraje, como medio de solución de las controversias que puedan suscitarse, y baste recordar su amplio campo de aplicación y su importancia en el Derecho Internacional Moderno.

En una rápida revisión de textos legales se pueden encontrar, en nuestro país, algunos ejemplos: los socios de la Cámara de comercio resuelven conflictos mediante dicha institución sin derivar a los tribunales de justicia; el Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 20 de Mayo de 1931, en su artículo 3° letra f), otorga a la Superintendencia de Valores y Seguros la facultad para resolver, en casos calificados, con carácter de árbitro arbitrador, las dificultades que puedan producirse en materia de seguros; la ley N° 18.046, de 22 de Octubre de 1981, sobre sociedades anónimas en sus artículos 4 N° 10 y 125 contempla también el arbitraje, como medio de solución a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación.- En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán él o los árbitros que conocerán de las materias antes enumeradas.- Como puede verse por estos ejemplos, ya tenemos disposiciones legales que reconocen la validez del arbitraje.

En el citado discurso de cuenta de este año, formulé una interrogante: ¿Será posible pensar que el sistema se amplíe más?

En este sentido es conveniente recordar palabras iniciales del prólogo del Profesor de Derecho Civil don Luis Barriga Errázuriz al libro sobre la materia del abogado, profesor y posteriormente Presidente de la República, don Patricio Aylwin: " el arbitraje desempeña un rol preponderante en la vida jurídica.- Cuando la ley lo hace obligatorio, subtrae diversas cuestiones del conocimiento de los tribunales comunes o bien elimina su intervención en las actuaciones necesarias para poner término a situaciones legales, generalmente de gran alcance patrimonial, como sucede con la liquidación de sociedades, herencias o comunidades.- En su aspecto voluntario, se traduce en la facultad otorgada a los particulares para que puedan someter los litigios a jueces de su confianza y, a veces, no sujetos al rigorismo de los preceptos substantivos o procesales".

Considero apropiado hablar de este tema, porque pienso que conviene a todos los miembros de nuestra comunidad buscar métodos alternativos para la solución de los conflictos jurídicos, y entre ellos, natural-

mente, está el arbitraje que en Chile, y particularmente en materia de seguros, se ha venido aplicando con éxito, desde el año 1927.- Por otra parte está en preparación un proyecto de ley sobre mediación cuya forma definitiva dependerá de las proposiciones que hagan los especialistas a quienes se ha encargado su redacción.

Pienso que esta alternativa de arbitraje no sólo es un método efectivo para descongestionar los tribunales ordinarios de justicia, sino que también servirá para asegurar que la justicia se pueda impartir, en primera instancia, por especialistas en las complejas causas mercantiles.- Deseo recordar a ustedes que los tribunales de comercio existían en la época en que se dictó el Código de Comercio.- Posteriormente fueron abolidos y las causas de su competencia se entregaron a los juzgados civiles.

A través del derecho comparado puede apreciarse que hay países en que, a lo menos, la primera instancia de los juicios mercantiles se confía a tribunales especializados, como sucede en Argentina y también en Francia donde los tribunales de comercio se integran con el concurso de los propios comerciantes.

No se piense que en mis palabras existe una crítica para nuestros jueces.- Por el contrario, su labor es de enorme calidad y eficiencia. Mi sugerencia busca una forma de facilitar su tarea excluyendo de su conocimiento algunas materias, dada la complejidad y cantidad de los negocios jurídicos que deben decidir.

Por lo demás, no olvidemos que los jueces árbitros están mencionados en el Código Orgánico de Tribunales en el inciso final del artículo 5° que expresa: "los jueces árbitros se regirán por el título IX de este Código".- El título IX comienza con el artículo 222 que dice "se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso".

En el Diccionario Escriche se define el árbitro en los siguientes términos "sujeto elegido y nombrado por las partes para que ajuste y decida sus respectivas pretensiones", o bien, "juez avenidor que es escogido y puesto por las partes para librar la contienda entre ellos."

En nuestro país, el arbitraje en materia comercial es una necesidad, que la exitosa experiencia del seguro, ramo en el que opera desde 1927, pone en evidencia.

Recordemos que en nuestra legislación la judicatura ordinaria ha ejercido, y naturalmente deberá seguir ejerciendo, el necesario control jurisdiccional sobre las decisiones de los árbitros, a través de los tribunales superiores de justicia, que conocen de los recursos que se interponen en contra de las resoluciones arbitrales según su naturaleza, de modo que nada se puede temer al respecto y, por el contrario, habrá mucho que aprovechar de la experiencia en el ramo de los árbitros que conozcan de dichas causas.

El problema quizás pueda surgir cuando se trate de determinar los requisitos que deba cumplir la persona que sea nombrada como árbitro, particularmente en materias especializadas que, por la naturaleza más técnica que jurídica de algunos conflictos, resulta conveniente entregar a profesionales no abogados.

Nos parece que la creación del Centro de Arbitrajes de la Sección Chilena de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, y la designación de los distinguidos profesionales que integren su nómina viene a llenar aquel vacío.

Finalmente, expreso mis más fervientes congratulaciones por la iniciativa que hoy nos ha reunido y espero que el Centro de Arbitraje hoy creado, pueda cumplir con las nuevas aspiraciones que surgirán como consecuencia de su formación.- Tengo también la esperanza que esa nómina, formada por distinguidos profesionales, será de gran auxilio para nuestros jueces al efectuar las nominaciones de árbitros, particularmente en aquellos casos que no se trate de árbitros de derecho.

Muchas gracias.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RETICENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

Por Hugo Botto Oakey

Abogado

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Adolfo Ibáñez

PALABRAS PRELIMINARES

El objetivo de esta ponencia, es intentar desentrañar el sentido y alcance legal que tiene el requisito o condición de validez del contrato de seguro denominado reticencia, como base para una adecuada interpretación y decisión de carácter jurisdiccional.

Intentaremos entonces, en primer término un análisis interpretativo de la norma jurídica pertinente. Advertimos, sin embargo, que dicho análisis no podrá ser completo, si no se introduce también la necesaria integración legal y razonamientos jurídicos, como complementos indispensables para el logro del objetivo anunciado, aspectos jurídicos que por la extensión de este trabajo, por ahora, quedarán para otra oportunidad.

Nada podría constituir un mejor objetivo, que lograr incentivar en el lector, un mejor y más profundo desarrollo sobre el tema propuesto que lleve a fundamentos y conclusiones diversas, que enriquezcan el análisis correspondiente sobre esta materia. Lejos estamos de pretender sentar bases o verdades absolutas. Estaremos plenamente satisfechos de existir discrepancias con lo que sometemos a vuestra consideración. No encontrarán un trabajo acabado de las disposiciones legales sobre reticencia, en el contrato de seguro. Pensamos en la preparación, de los lectores y oyentes de este trabajo y decidimos abarcar tópicos más adecuados, que una simple descripción generalista, a riesgo de equívocos o legítimas discrepancias.

La metodología propuesta, encuentra su sentido en las palabras de Peczenik, a las que adheridos, quien contradiciendo al filósofo del Derecho Ronald Dworkin, en su obra "Los Derechos en Serio", que estima que en los sistemas jurídicos contemporáneos, aun con sus complejidades, existen elementos de juicio para su debida interpretación y ponderación por parte del sentenciador para encontrar la respuesta más acertada para el caso concreto, Peczenik, por el contrario, con un análisis más empírico, estima que los casos jurídicos complejos no tienen una sola respuesta correcta que el Juez o intérprete (Abogado) puede encontrar por medios intelectuales, frente a un caso concreto. Fundamenta al respecto, señalando de que existen numerosas normas jurídicas que operan o están estructuradas con conceptos, indeterminados, confusos o difusos, que pueden tener o ser entendidos en diversos significados posibles, unos más favorables a una parte del conflicto jurídico, otros en favor de su contraparte, sin que sea fácil o una tarea menor para el juez o intérprete, determinar el sentido y alcance que debe darse a la norma jurídica para la solución de un caso concreto.

A continuación, nos centraremos en la metodología de la interpretación judicial respecto del concepto legal en análisis, no sin antes, intentar despejar una legítima interrogante ¿La reticencia en el contrato de seguro es un concepto confuso, oscuro, dudoso, que justifique y haga necesario, interpretar las normas jurídicas que lo contienen?

Acaso, ¿No nos bastará con concurrir al significado que expresa el Diccionario de la Real Academia, para lo que todos podamos entender lo mismo, asegurados, aseguradores, reaseguradores, liquidadores, corredores, jueces, abogados, etc. respecto del verdadero sentido y alcance legal de la reticencia.

Reticencia es, según tal Academia: "Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que debiera o pudiese decirse. Figura que consiste en dejar incompleta una frase o no acabar de aclarar una especie, dando, sin embargo, a entender el sentido de lo que no se dice, y a veces más de lo que se calla".

Ya, las dos primeras palabras de estas dos acepciones, efecto y figura, nos ponen frente a significados diversos, a lo menos, respecto de la oportunidad en que debe concurrir la reticencia como condición de validez del contrato de seguro. Efecto, es decir, consecuencia de tal cosa. Figura, es decir, concurrencia de tal cosa.

Esta simple reflexión, nos plantea un segundo desafío ineludible, cual es, ¿Cómo opera la reticencia, en el iter contractual? ¿Nace, como requisito de validez, al momento de perfeccionarse el contrato? ¿Se extiende a las tratativas y etapa precontractual? ¿Como opera en el transcurso de la vigencia del contrato, al momento del siniestro y luego, en la etapa post contrato?:

Dejando atrás, la doctrina tradicional en materia de interpretación de la ley, que la entiende como la simple subsunción de los hechos reales, en las hipótesis generales previstas en la norma, para así, llegar a una solución automática, lo cierto, es que la interpretación legal, requiere ir mucho más allá que aplicar un simple silogismo; requiere contribuir a la finalidad propia del Derecho: "Luchar, en vista de una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social". (Francois Géný).

Lo recientemente dicho, que pudiera aparecer alejado del ámbito de esta ponencia, veremos que tiene especial relevancia cuando analicemos la reticencia desde la perspectiva de las partes del contrato de seguro.

Una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (R.D.J.,T.56, Sentencia 1a., p.207), con singular claridad expone los elementos que deben concurrir copulativamente, en la labor de la interpretación jurídica de la norma, expresando:

"Pero para buscar el pensamiento y los móviles del legislador y , finalmente, la verdad jurídica, es menester que el intérprete use cuatro elementos; gramatical, lógico, histórico y sistemático".

"No sólo, entonces, el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las palabras del

articulado sobre el punto que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general de derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar”.

“Y estos cuatro elementos estudiados en conjunto, han de adaptarse a la práctica y a la realidad, para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador y encontrar en seguida la verdad jurídica”.

“Que este método de interpretación de la ley se halla perfectamente consagrado en el art. 19 del Código civil, si se recuerdan sus términos y sus conceptos. A su tenor literal, si el sentido es claro; es decir, cuando el pensamiento del legislador no ofrece dudas; pero si existe una expresión obscura, es necesario recurrir al pensamiento, sus fines, a través de la lógica, la historia del sistema legal reinante, de la práctica y de la realidad”.

“Y así, de este modo, se habrá logrado obtener los verdaderos principios del derecho aplicables a un caso en el cual la idea del legislador no aparece, por el uso de vocablos oscuros, suficientemente clara.” (R.D.J.t.56,s. 1a p.207).

ELEMENTO GRAMATICAL

El Art. 19 Inciso 1º del C.C. expresa:

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

La norma legal base de la reticencia, no está en los Arts. 556 Nº1 del C. de C., que describe conductas exigibles al asegurado, sino que está en el Art. 516 Nº 9 del C. de C., que establece como requisito de la póliza “La enunciación de todas las circunstancias que puedan suministrar al asegurador un conocimiento exacto y completo de los riesgos, y la de todas las demás estipulaciones que hicieren las partes.”

Sin embargo, esta norma legal limita la expresión de tales enunciaci-ones a la póliza misma, la cual, en debida correspondencia con las nor-mas de los Arts. 556 y 557, nos permite concluir la extensión y alcance de la reticencia a todo el iter contractual y no sólo al del cierre del contrato como aparentemente lo indica el Art. 516 Nº9.

Además evidentemente, no son claras sino sólo superficialmente las normas de los Arts. 556 Nº 1 y 557 del C. de C. en cuanto señalan que el asegurado está obligado “A declarar sinceramente todas las circunstan-cias necesaria para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos” y que el seguro se rescinde “Por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pu-dieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modifica-ción sustancial en sus condiciones”.

¿Cuándo concurre una declaración sincera sobre las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos?

¿Cómo puede concluirse que una circunstancia desconocida para el asegurador, de haberla conocido, podría haberse retraído de la celebra-ción del contrato o celebrarlo con modificaciones sustanciales?

La sola consideración de subjetividad que envuelven estas dos normas legales, permiten concluir primariamente que el tenor legal, es insuficiente para bastarse a si mismo y entregar una solución adecuada frente a un caso concreto.

Vocablos como “declarar sinceramente” todas las circunstancias” “pudieran retraerle” “producir modificación sustancial en sus condicio-nes”, nos demuestran lo pantanoso del terreno en que nos encontramos en este momento y necesariamente concluimos que este elemento de interpretación sólo nos permite, por el momento, considerarlo como ini-cio o base para el desentrañamiento del sentido y alcance de la reticencia en el contrato de seguro.

Por su parte, para establecer el tenor literal de norma, debemos establecer el significado de las palabras, conforme las disposiciones de los artículos 20 y 21 del Código Civil " Las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio, según su uso general, salvo las definidas expresamente por el legislador, a las cuales se dará su significado legal" y el segundo respecto de las palabras técnicas de toda ciencia o arte, que no corresponde al caso de la reticencia, por ser una palabra común y no técnica.

El Elemento Histórico:

¿Puede el intérprete, buscar la intención o espíritu de la ley, en la historia fidedigna de su establecimiento, sin perder de vista la posibilidad de considerar los naturales cambios que puede sufrir un concepto o significado de una palabra en el transcurso del tiempo?. Lo que hoy significa tal cosa, hace medio siglo pudo entenderse de manera distinta. ¿Cuál significado aplicaremos en la labor interpretativa?.

El Elemento Lógico:

Los incisos 2 del art.19 e inciso 1º del art.22 del C.C., expresan:

Art. 19, inciso 2: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Art. 22, inciso 1º: "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".

Implica buscar el sentido de la ley, recurriendo a tal intención o espíritu y a tal contexto, respectivamente.

Podemos coincidir sin mayor dificultad, en que las normas sobre reticencia, precisamente no denotan intención o espíritu, claramente ma-

nifestados en ellas, pero si debemos recurrir al contexto de la ley, para desentrañar un sentido de correspondencia y armonía que permita, frente a un caso concreto, definir su sentido y alcance.

Para seguir avanzando, necesariamente entonces, en el marco de los actos jurídicos y más específicamente de los contratos, debemos analizar la reticencia desde la perspectiva de la manifestación de la voluntad y sus requisitos de validez.

En nuestro derecho positivo, por regla general, la manifestación expresa y la manifestación tácita de la voluntad tienen el mismo valor jurídico.

Así, por ejemplo, el art. 1241 del C.C. previene la aceptación de una herencia en forma expresa o tácita.

A su vez, el art. 103 del Código de Comercio expresa que la aceptación tácita produce los mismos efectos que la aceptación expresa.

Sin embargo, existen casos en que la manifestación de voluntad no puede ser tácita; ej.: Testamento art. 1060 y 1023 del C.C.; en el caso de la solidaridad art. 1511 del C.C.

Pero además, puede concurrir, frente a un hecho determinado, que no exista manifestación de voluntad expresa o tácita, sino que se adopte una conducta omisiva, constituida por hechos negativos, llamada silencio.

Se trata de quien, teniendo la posibilidad de obrar en un determinado sentido, no lo hace, debiendo hacerlo.

No podemos confundir el silencio con la voluntad tácita, pues en esta, si hay acciones y hechos positivos que demuestran inequívocamente la manifestación de voluntad. El silencio, en cambio, es equívoco y no traduce o demuestra por sí, voluntad alguna.

Sin embargo, excepcionalmente el silencio sí produce efectos o tiene valor de manifestación de voluntad. En primer lugar cuando la ley así lo dispone. Ej. repudio de una herencia, art. 1233 C.C.; art.2125 en el mandato respecto de profesiones u oficios que se encargan de negocios ajenos, en que el silencio en aceptar o rechazar la gestión, transcurrido un término razonable, se mirará como aceptación del encargo.

En segundo lugar, cuando las partes así lo convienen y ello no está prohibido, ej.: renovación automática y tácita del contrato de arrendamiento.

Finalmente, no es lo mismo jurídicamente el silencio del cual puede extraerse una manifestación de voluntad, que aquel silencio de la persona que tenía la carga, obligación o responsabilidad de manifestar explícitamente algo por mandato de la ley. Ej.: silencio del vendedor respecto de los vicios redhibitorios de la cosa vendida, Art. 1858 y siguientes del C.C.

PROYECTO DE LEY

El Nº 9 del Art. 523 del proyecto de Ley, exige al asegurado declarar sinceramente y sin reticencias, las circunstancias y consecuencias del siniestro.

El Art. 525, por su parte, exige, en materia de agravación del riesgo, la notificación por escrito del asegurador de los hechos y circunstancias que lo determinen, cuando sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato, agregando el inciso tercero, que la agravación del riesgo no conocida por el asegurador producirá la terminación del contrato, si a juicio del juez competente, fuese razonable concluir que el nuevo riesgo no hubiese sido asegurado.

El Art. 524, respecto de las reticencias e inexactitudes en la información de los riesgos, dispone la rescisión del contrato si las circunstancias constitutivas de tales reticencias o inexactitudes "lo hubieren retrasado

de la celebración del contrato" estableciendo en su inciso segundo, que tales circunstancias, sólo hubiesen provocado en el asegurador, la estipulación de condiciones más gravosas, el contrato será válido, con reducción a prorrata entre la prima estipulada y la que habría correspondido de la indemnización en caso de siniestro, salvo que tales reticencias o inexactitudes del asegurado sean inexcusables, caso en el cual habrá lugar a la rescisión del contrato.

EL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La Doctrina tradicional define el dolo como la maquinación fraudulenta destinada a que una persona preste su consentimiento, para la celebración de un acto o contrato.

De las distintas clasificaciones del dolo, en relación a la reticencia, la que nos interesa es la de dolo positivo y dolo negativo.

El primero, supone y exige engaño activo y consecuencia de actos específicos, reales y apreciables por los sentidos.

En el segundo, en cambio, el engaño consiste en ocultar sagazmente hechos verdaderos o conocidos, se incurre en una omisión de actividad o no se suministran los informes o datos, estando en el deber legal de hacerlo.

DOLO DETERMINANTE Y DOLO INCIDENTAL

Existe una segunda clasificación de dolo que nos interesa, respecto del dolo negativo como vicio del consentimiento. El dolo debe ser determinante y no meramente incidental, pues este, no obstante su concurrencia, igual y en las mismas condiciones se habría celebrado el contrato, elemento o consideración fundamental para definir el sentido y alcance de la reticencia, frente a un caso concreto a resolver.

LA RETICENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro, por regla general, es típicamente de adhesión, con cláusulas predefinidas y respecto de las cuales el asegurado sólo tiene libertad para contratar o no contratar, pero no para modificar o cambiar las condiciones o cláusulas del contrato. Ello nada impide, sobre todo en riesgos complejos y en coberturas específicas, desarrollar una negociación del condicionado en miras de obtener cláusulas consensuadas y previamente discutidas por asegurado y asegurador en cuanto a sus alcances y efectos; una manifestación de ello, es la posibilidad de pactar una cláusula de indemnización convenida.

La necesidad impuesta en orden a descomplicar el cierre de los negocios de seguros, unido a un privilegio del factor económico involucrado en las ventas de contratos masivos, justifica la existencia de condiciones legales de resguardo o protección como lo es, entre otros, el vicio del consentimiento en materia de seguro, denominado reticencia del asegurado, expresada como una de las principales manifestaciones del principio de máxima buena fe aplicable y exigible en este tipo de contratos.

Pocos campos del derecho pueden ser más fértiles para el intento de fraude. La transferencia de las consecuencias patrimoniales del riesgo propio, sobre todo a un precio o prima baja, permite el desarrollo de conductas abusivas e ilícitas, no sólo positivas en orden al engaño, sino también de simple omisión, lo que siempre será más fácil de justificar y más difícil de probar, en un caso concreto.

El punto central entonces, es intentar definir ¿Cuándo una omisión del asegurado puede o debe ser considerada, una forma de dolo y por lo tanto vicio del consentimiento y causal de rescisión del contrato?

Dejando de lado la tentación de intentar una solución simplista, que abarque un amplio espectro posible, desde un criterio restringido a un criterio amplio para definir una omisión como reticencia, estimamos que la respuesta adecuada, más que en un análisis de la norma a la luz del

caso en concreto que se analice, se encuentra en un análisis profundo de las actuaciones, conductas y conocimiento que, asegurado y asegurador tengan o puedan haber tenido, mediando respectivamente buena fe y necesaria prudencia respecto de la omisión de que se trata.

No cualquier omisión del asegurado puede ser considerada una reticencia capaz de viciar el consentimiento y por tanto constituir una causal de nulidad del contrato de seguro.

Tal omisión a lo menos, debe ser específica y determinante, conocida a lo menos, imposible de aceptar su desconocimiento existiendo mediana diligencia y prudencia y que por cierto, influya en la apreciación de la extensión del riesgo o modifique negativamente el interés asegurable.

EXTENSIÓN DE LA RETICENCIA EN EL ITER CONTRACTUAL

Consideramos que la reticencia se extiende a todo el iter contractual, desde la etapa precontractual, hasta la etapa post-contrato, y nada obsta que se pueda excepcionar un pago indemnizatorio, si el asegurado incurrió en reticencia en las tratativas, o bien incluso, demandarse judicialmente la restitución de una suma pagada, por vía de reclamación de pago de lo no debido si se comprueba reticencia suficiente para considerar vicio de consentimiento. Operará en contra el correspondiente finiquito que se celebra tras cada pago, pero frente a la comprobación de dolo y reticencia lo es, en su expresión negativa o por omisión, perfectamente puede demandarse la devolución, constituyendo su natural límite, la prescripción de la acción.

La reticencia en el Derecho Anglosajón.-

El derecho de seguros y la interpretación de los contratos en el sistema jurídico anglosajón está uniformado en materia de reticencia.

Distinguen dos conceptos básicos:

Misrepresentation = afirmar algo que no es verdad
Non-disclosure = reticencia

En ambos casos, el peso de la prueba recae en quien alega la excepción. Típicamente es una obligación del asegurado, aunque existen casos en que la concurrencia de una afirmación falsa o la reticencia perjudica al asegurador. El caso más conocido era la denominación "all Risk" que antiguamente se empleaba para definir la póliza de carga de más amplia cobertura. La simulación u ocultamiento estaba en el concepto "riesgo" (risk), que para el asegurador era y es bastante más restrictivo que el concepto lego o de uso común.

Esta materia fue resuelta como "misrepresentation" en el litigio "Davies v/National Fire & Marine Insurance Co." (1971), en que el asegurador rechazó la reclamación alegando vicio propio como causa próxima de la pérdida.

La cuestión de la afirmación que en definitiva no resulta verdadera "misrepresentation" tiene infinitas complicaciones para su correcta interpretación. Así por ejemplo, el asegurado puede afirmar hoy algo que en el tiempo no resulta verdadero. Ej. describir un inmueble como aislado de cualquier otra edificación, para encontrar al momento del siniestro que durante la vigencia del seguro se levantó una edificación contigua y que el fuego se inició en ésta y se comunicó a aquella asegurada.

La jurisprudencia anglosajona ha entendido que es obligación del asegurado modificar su primitiva declaración o descripción del riesgo y dar a conocer el nuevo hecho que contradecía la primitiva declaración (Hubbard vs/Glover Insurance synd-1927).

Según vimos precedentemente, el Art. 525 del proyecto, recoge legalmente esta exigencia.

Se acostumbra también a diferenciar la afirmación falsa de la simple opinión, entendiéndose ésta última como la información entregada por quien no puede aceptar responsabilidad de la misma (ej.: capacidad de una nave para superar adversas condiciones de navegación - "The Dora" (1989 Lloy Report 69,90). Igual cosa ocurre con la cita equivocada de

disposiciones legales o afirmaciones imposibles y que cualquier persona en sano juicio distinga como equivocada.

Los fallos que constituyen la doctrina para resolver nuevas disputas, han llegado a distinguir el concepto de "verdad substancial" o verdad "tres cuartos"

A contar del fallo recaído en Anderson v/s Fitzgerald (1853-4HLC 484,503 por Lord Cranworth) los aseguradores ingleses insertaron en sus pólizas una cláusula que reconoce a las declaraciones del asegurado el carácter de garantía respecto de la cobertura concedida. Luego, basta constatar la falsedad de la declaración hecha por el asegurado (no terceros) para excepcionar responsabilidad por "misrepresentation".

La reticencia en Estados Unidos.

La judicatura de EE.UU. introdujo un elemento que balancea el grado de "misrepresentation". La doctrina emanada de fallos coincidentes establece que el asegurador negligente en la constatación de declaraciones materialmente falsas o inexactas y cuando esa negligencia deriva de la omisión de comprobaciones materiales, no puede oponer la excepción de inducción en contra del reclamante.

(Columbian National Life Co. V/S Rodgens (10 Circuito 1940 - Vida); Variety Homes Inc. v/s Postal Life Ins.Co./2 Circuito - 1961 -vida) Apperam v/s Unites States Fidelity & Guarentee Co. (5 Circuito, 1963 - Vehículos motorizados).

Non - disclosure, entendida como reticencia, tiene muchos elementos comunes con la afirmación de algo que no es cierto. En ambos casos existe malicia y el deseo de inducir al asegurador a aceptar un contrato, que de saber todas las circunstancias, habría rechazado o aceptado en diferentes condiciones.

La corriente actual de la jurisprudencia anglosajona considera la

reticencia como ocultamiento de la verdad por omisión y al igual que la afirmación de hechos falsos, una infracción a la obligación de buena fe, da lugar a la rescisión del contrato de seguro. De hecho los arts. 557 y 558 del Código de Comercio siguen exactamente esa opinión y constituyen el complemento preciso de la norma base de los contratos del Art. 1546 del C.C. que expresa: " Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ello se expresan, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

Non - disclosure, entendido como ocultamiento o reticencia tiene considerable importancia en materia de reaseguro, con sentencias que así lo resuelven desde 1883 (Sun Mutual vs Ocean) hasta nuestros días.

Esta coincidencia de reglas permite perfectamente asimilar a los casos chilenos los cinco principios que gobiernan la rescisión del contrato de seguro por reticencia entendida como sinónimo de ocultamiento.

El asegurador debe probar ocultamiento de hechos que son conocidos del proponente y que de ser conocidos influenciarían el juicio de un asegurador prudente.

La alegación de ocultamiento por parte del proponente fallará en los siguiente casos :

a) La información no fue revelada porque el asegurador liberó al proponente de esa obligación. Es bastante común pactar cláusulas en las que el asegurador declara conocer todos los términos y circunstancias del riesgo propuesto.

b) La información no fue revelada porque era una materia que se presume conocida del asegurador.

Ej.: No señalar que existirá trasbordo de las mercancías transportadas por mar, cuando es de conocimiento público que ese tráfico marítimo se cumple siempre con traspaso de las mercancías a otra nave.

c) La información no fue revelada porque es una materia que no interesa al asegurador, pues en vez de agravar el riesgo, lo disminuye.

d) La información fue develada; pero el asegurador cometió un error de juzgamiento, no apreciando el significado de la misma. En suma, no fue un asegurador prudente.

e) La información es puesta a disposición del asegurador y es de aquel tipo e importancia que un asegurador prudente investigaría con atención; pero por error del asegurador o por evitarse el costo de la investigación, renuncia a esa diligencia.

La jurisprudencia moderna resuelve caso a caso siguiendo los principios arriba indicados y algunas circunstancias analizadas por distintos fallos, son las siguientes:

Comprensión de las comunicaciones.

Comunicar, develar, implica por la contraparte comprensión de lo que se le comunica. En "Lonides vs Pender" el juez Blackburn resolvió... "en la ausencia de algún engaño específico, el asegurado tenía el derecho a suponer que el asegurador leía y entendía los documentos facilitados, y que si no los entendía, debió haber pedido asesoría en la materia".

Oportunidad para informar.

El deber de informar se mantiene en cada oportunidad en que el asegurador debe juzgar los términos en que acepta el riesgo o bien si lo rechaza; sea que se trate de un nuevo seguro, renovación o modificación. La procedencia de la cláusula que obliga al asegurado a notificar al asegurador oportunamente y durante la vigencia del contrato, todas las circunstancias que implican una modificación del riesgo ha sido resuelta como obligación válida cuando las nuevas circunstancias agravan el riesgo; más no, cuando carecen de influencia en su evaluación.

En un fallo de 1984, el 2º Circuito de los Tribunales de EE.UU. resolvió en primera instancia, confirmada por la instancia de apelación, que el asegurador carecía de título para rechazar una reclamación bajo la alegación de ocultamiento referente a circunstancias que no modificaban el riesgo. En primera instancia, confirmada por el tribunal revisor, se condenó a la compañía a pagar las pérdidas emergentes, costas y una gruesa suma como indemnización punitiva.

Esa misma sentencia es alegada hoy, en distintos juicios pendientes tras los últimos desastres de la naturaleza, en el Estado de Florida.

Se debe informar hechos.

Con ello se quiere distinguir gruesamente que el no revelar opiniones, en ningún caso constituye causal de rechazo al siniestro.

¿Que es un asegurador prudente?

La definición de la cualidad "prudencia" es asimilada con el concepto "razonable", esto es, se interpreta el grado de efecto que la reticencia o ocultamiento tendría en términos razonables. Así, por ejemplo en el fallo de "Associated Oil Carriers vs Unión of Canton" (1914) se resolvió una reclamación respecto de un seguro sobre flete marítimo que se esperaba ejecutar. La expectativa del flete a ganar se frustró por la declaración de la guerra entre Alemania e Inglaterra, hecho ocurrido después de suscribir la póliza. El asegurador rechazó indemnizar el flete no ganado y asegurado, alegando que el asegurado no había revelado el hecho que el contratante del flete era una empresa alemana. La excepción del asegurador fue rechazada sobre la base de que la nacionalidad del charateador- a la fecha de contratación del seguro- no era relevante para un asegurador prudente.

La resolución de estos litigios en EE.UU. es más práctica. Se define por la línea divisoria del fraude por omisión.

1.- Cuando el asegurado, en poder de la información, intencionalmente la oculta o bien la deforma.

2.- Cuando el asegurado, aún cuando no tiene conocimiento de la información material, intencionalmente y de mala fe, retrasa tomar contacto con esa información. Esta especial forma de fraude por omisión es bastante común en los seguros de vida en que, sospechando una condición médica que sería rechazada, intencionalmente se evita pasar por los exámenes médicos.

Así, podemos apreciar que el concepto anglosajón no se refiere a la interpretación de una ley en los términos e intenciones del legislador, sino que apunta directamente a resolver cada caso concreto con las reglas de la sana lógica y el mérito probatorio, objetivo y subjetivo, provistos por las partes.

CONCLUSIONES

1.- En el contrato de seguro, la reticencia es un vicio del consentimiento en su manifestación de dolo negativo.

2.- No cualquier omisión es reticencia o no cualquier reticencia constituye un vicio del consentimiento; debe ser posible, determinante y capaz de afectar o influir en un asegurador prudente, tanto en lo relativo a la apreciación de la extensión del riesgo, como cuando es capaz de alterar el interés asegurable.

3.- La determinación de los efectos y alcances de la reticencia, no puede obtenerse en forma abstracta aplicando la metodología tradicional de interpretación de la ley.

4.- La determinación de que una omisión es constitutiva de reticencia y por lo tanto vicio del consentimiento pasa por el análisis concreto de los hechos controvertidos, de las pruebas que se rindan por las partes y del adecuado análisis del sentenciador, armonizando así, las normas legales de interpretación de la ley, con las de interpretación de los contratos, a fin de respetar y cumplir con la exigencia legal básica del Art. 160 del C.P.C., esto es, que las sentencias deben dictarse conforme al mérito del proceso.

5.- La existencia de reticencia como vicio del consentimiento en el contrato de seguro, constituye un respaldo al principio de máxima buena fe que debe regir en los contratos de seguros.

6.- La reticencia se extiende a todo el iter contractual, desde las tratativas preliminares y precontractuales, hasta el periodo posterior a la vigencia del contrato pasando por el cierre y duración del mismo, con el límite propio y que fija el plazo de prescripción de la acción correspondiente.

7.- La reticencia como vicio del consentimiento, es típicamente una excepción perentoria que excusa el pago de la indemnización demandada. Sin embargo, al igual que la prescripción adquisitiva su alegación por parte del asegurador debe plantearse judicialmente como acción directa o reconventionalmente, para obtener la rescisión del contrato.

8.- Los contratantes, pueden modificar los efectos y alcances de la reticencia, mediante declaraciones y acuerdo expresos, salvo que ello constituya condonación del dolo futuro.

9.- La formación del consentimiento en el contrato de seguro es diferente a la de otros contratos civiles o incluso mercantiles, en que se acepta algún grado de "mala fe".

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Por Emilio Sahurié Luer
Abogado

En 1988 el libro III del Código de Comercio fue sustituido íntegramente. El Título V de dicho libro regula los "Contratos para la Explotación Comercial de las Naves" y considera, en lo que se refiere al transporte de mercancías como forma de explotación comercial de las naves, dos tipos básicos de contratos. el fletamento, y el contrato de transporte marítimo.

En lo que respecta al contrato de fletamento, el Código ha seguido la costumbre generalizada y virtualmente universal de establecer normas supletorias, que se aplican en ausencia del ejercicio de plena autonomía contractual de las partes.² En ejercicio de esta libertad contractual es usual estipular ven los contratos de fletamento una cláusula mediante la cual las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales arbitrales o comerciales de Londres.³

En lo que respecta a los contratos de transporte marítimo, el Libro III del Código de Comercio ha introducido las llamadas "Reglas de Hamburgo", contenidas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías suscrita en Hamburgo en 1978. Las

¹ Artículo 1 de la Ley N° 18.680, de 11 de Enero de 1988.

² Ver, v.gr., Paul Todd, *CONTRACTS FOR THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA* (1988) p. 10 y ss.; José Luis García, *El Marco Jurídico del Fletamento: principios Generales*, Ponencias presentada en UNCTAD/BIMCO COLOQUIO SOBRE POLIZAS DE FLETAMENTO, UNCTAD/SDD/LEG/6, Octubre 10, 1996, p. 208 y ss.

³ Es también usual incorporar en los contratos de fletamento una cláusula de arbitraje en Nueva York. En el presente trabajo, sin embargo, nos referiremos principalmente a los conflictos de jurisdicción que se han originado con los Tribunales Ingleses.

Reglas de Hamburgo han sido ratificadas por Chile,⁴ y empezaron a regir internacionalmente cuando se alcanzó el número de 20 ratificaciones de Estados prevista en el Convenio.

A diferencia del fletamento, las normas sobre el Contrato de Transporte Marítimo son imperativas, de manera que se imponen a la voluntad de las partes. Históricamente, la absoluta libertad contractual permitió ciertas prácticas por parte de la industria naviera consideradas abusivas, y que se manifestaron en la inserción de cláusulas exonerativas de su responsabilidad en sus contratos de transporte marítimo.

Como reacción a esta situación, desde fines del siglo XIX se inició con la Ley Harter una tendencia legislativa destinada a proteger a los usuarios en los transportes de línea,⁵ caracterizado por una multiplicidad de pequeños cargadores del buque que carecían del poder de negociación propio de embarcaderos de cargas masivas. Estos últimos, por usar todos o gran parte de los espacios del buque, tienen un poder negociador que permite un razonable equilibrio. En consecuencia, transportan sus cargas al amparo de contratos de fletamento, a diferencia de los pequeños usuarios, que encomiendan el transporte marítimo al amparo de un conocimiento de embarque.

La tendencia iniciada con la Ley Harter se consagró internacionalmente con la adopción, mediante un Convenio Internacional, de las llamadas Reglas de La Haya de 1924,⁶ que aún rigen en más de 70 Estados. Las Reglas de Hamburgo, de 1978, han ido más lejos en la protección del usuario de transporte, al eliminar causales de exención de responsabilidad del

⁴ Las Reglas de Hamburgo se publicaron en el Diario Oficial de 11 de Julio de 1988.

⁵ Harter Act de 1983, Estados Unidos de América. Su objetivo fue lograr un compromiso entre los intereses en conflicto. Ello se logró prohibiendo a los armadores exonerarse de responsabilidad si la pérdida o el daño a la mercancía proviene del estado de innavegabilidad de la nave.

⁶ Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento, suscrito en Bruselas en 1924. Chile nunca ratificó este convenio internacional.

transportador marítimo contempladas por las Reglas de La Haya, y establecer nuevas bases de responsabilidad.⁷

Ahora bien, las normas imperativas contenidas en las Reglas de Hamburgo se extienden no sólo a establecer las bases de responsabilidad del transportador marítimo, sino que también a la determinación de la jurisdicción aplicable. Esta era la única manera de asegurar la real aplicación de las Reglas de Hamburgo, pues de otra manera el transportador podía eludir su aplicación insertando una cláusula por la cual las partes se sometían a la jurisdicción de un Estado que no es parte del Convenio Internacional que contiene las Reglas de Hamburgo. Estas normas imperativas establecen, entre otras bases de competencia, la del Tribunal del puerto de carga y del puerto de descarga, a elección del demandante.⁸ Por consiguiente todo el comercio exterior Chileno, de importación y de exportación, en la medida que se realice bajo contratos de transporte marítimo, se encuentra potencialmente sometido a la jurisdicción de los Tribunales Chilenos.

Identificación de las Fuentes de Conflictos de Jurisdicción.

En una actividad como el transporte marítimo, que en su esencia es básicamente transnacional, la existencia de distintos regímenes regulatorios produce naturales conflictos jurisdiccionales. Estos pueden disminuir considerablemente mediante la uniformidad legislativa, que ha sido uno de los propósitos de las convenciones internacionales que regulan el transporte marítimo.⁹

⁷ Por ejemplo, el artículo 4 de las Reglas de la Haya permiten al transportador eximirse de responsabilidad por las faltas náuticas de la tripulación. Por el contrario, el artículo 5 de las Reglas de Hamburgo establece la responsabilidad del transportador "a menos que pruebe que él, sus dependientes o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podrían eximirse para evitar el hecho y sus consecuencias. También establecen las Reglas de Hamburgo la responsabilidad del transportador por la demora en la entrega; las Reglas de La Haya nada establecen al respecto.

⁸ Artículo 21 N° 1, Reglas de Hamburgo; artículo 1032, Código de Comercio.

⁹ En todo caso, la uniformidad legislativa no asegura una interpretación uniforme. Una Convención puede ser interpretada en forma diversa por los Tribunales de los distintos Estados partes de ella. Ver, v.gr., G. Gilmore y C. Black, THE LAW OF ADMIRALTY (1975) p. 52.

En el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico en materia de transporte marítimo, es posible identificar tres fuentes singulares de conflictos de jurisdicción entre Chile y otros Estados, particularmente Inglaterra:

1. En primer lugar, la existencia de dos Convenciones Internacionales con regímenes distintos que tienen vigencia simultáneamente es una fuente permanente de conflictos: a) las Reglas de La Haya de 1924 (cuyo régimen, con alguna sutilezas, se aplica en USA ¹⁰ e Inglaterra ¹¹); y b) las Reglas de Hamburgo de 1978, que rigen en Chile. El potencial conflicto de jurisdicción es manifiesto cuando el transporte marítimo se realiza entre Estados que son parte de éstos distintos regímenes.

2. Una segunda situación se refiere a los Conocimientos de Embarque que se emiten al amparo de un contrato de fletamento. En este caso, las Reglas de Hamburgo establecen que ellas no se aplican a los contratos de fletamento, a menos que se emita un conocimiento de embarque a su amparo, y que dicho conocimiento de embarque regula la relación entre el transportador y el tenedor del conocimiento de embarque, que no sea el fletador. ¹² En estos casos, determinar si la relación jurídica entre el transportador y el tenedor del conocimiento de embarque, ha presentado soluciones muchas veces contradictorias entre lo resuelto por tribunales chilenos y por tribunales ingleses. En efecto, cuando en un Conocimiento de Embarque que recibe un consignatario de la carga, se hace un referencia genérica a que sus términos y condiciones se encuentran sometidos a un Contrato de Fletamento, los Tribunales Ingleses son proclives a concluir que dicha relación se encuentra regulada por el contrato de fletamento, y que en consecuencia, la cláusula de jurisdicción inglesa debe ser aplicada. En cambio, los Tribunales Chilenos tienden a concluir que, no siendo el consignatario parte del contrato de fletamento,

¹⁰ En Estados Unidos de América rige la llamada "Carriage of Goods by Sea Act de 1936" (COGSA).

¹¹ En Inglaterra se adoptaron las Reglas de La Haya modificadas por el Protocolo de Bruselas de 1968 mediante la "Carriage of Goods by Sea Act 1971".

¹² Artículo 2 N° 3 de las Reglas de Hamburgo, artículo 981 del Código de Comercio.

sus términos no le son oponibles, y que en consecuencia, la cláusula de jurisdicción inglesa es nula o inaplicable. ¹³

3. Una tercera fuente de conflicto son las cláusulas usualmente insertas en los conocimientos de embarque disponiendo que "la avería gruesa será ajustada en Londres de acuerdo a las Reglas de York y Amberes, y en lo no previsto, por las leyes y usos del puerto de Londres..." Esta cláusula con frecuencia ha sido invocada por los tribunales ingleses para determinar que las relaciones entre los intereses de la nave y la carga en lo relativo a la avería gruesa debe ser regidas por la ley inglesa, y que por ello, los tribunales ingleses son el foro adecuado para conocer las disputas que se originen al respecto. Estas disputas incluyen por cierto la oposición de los intereses de la carga a pagar su contribución en la avería gruesa por existir falta o negligencia del naviero. En cambio, las Reglas de Hamburgo establecen el derecho de los intereses de la carga para rehusar al pago de la contribución en la avería gruesa, o a recuperar las sumas pagadas, aplicándose las normas generales sobre jurisdicción, según las cuales son competentes los tribunales del puerto de carga o de descarga, a elección del titular de la carga.

Intereses subyacentes en los Conflictos de Jurisdicción

Los conflictos jurisdiccionales que se suscitan entre particulares no responden por cierto al interés de preservar principios o la soberanía jurisdiccional de sus respectivos Estados. Por el contrario, con frecuencia el resultado de un litigio estará determinado por la jurisdicción que resuelva la disputa, en la medida que ello también condiciona la ley substantiva aplicable. Por ejemplo, bajo el régimen de las Reglas de La Haya, el naviero puede eximirse de responsabilidad por los errores de navegación del Capitán, de manera que si una nave vara a consecuencia de ello, causando daños a la carga y ocasionando una situación de avería gruesa, el naviero podrá no sólo rehusar el pago de cualquier indemnización por daños a la

¹³ De acuerdo a las Reglas de Hamburgo, para que la cláusula sobre arbitraje (que usualmente contiene además la elección del foro) contenida en el contrato de fletamento sea oponible al tenedor del conocimiento de embarque, es necesario que dicha cláusula de arbitraje del fletamento sea mencionada expresamente como obligatoria en el conocimiento de embarque. Artículo 22 N° 2.

carga, sino que además tendrá derecho a exigir, de los titulares de la carga, el pago de la contribución en la avería gruesa.¹⁴ Por el contrario, de acuerdo a las Reglas de Hamburgo, el naviero responde por los hechos negligentes del Capitán.¹⁵ Por consiguiente, en el ejemplo mencionado, el titular de la carga tendrá derecho a ser indemnizado por el naviero por las averías particulares de la carga, y además, podrá rehusar a pagar la contribución en la avería gruesa.

Manifestación del Conflicto Jurisdiccional en la Práctica Reciente de los Tribunales Ingleses.

Desde mediados de la década de 1990 se ha notado un significativo cambio en la actitud de los Tribunales Ingleses. Hasta entonces eran renuentes a inmiscuirse en el ejercicio de jurisdicción de los Tribunales de otros Estados. Sin embargo, en particular desde el caso **Continental Bank v. Aeakos Compañía Naviera**¹⁶ y en el caso de la nave **The Angelic Grace**¹⁷ han sido abiertamente proclives a dictar medidas precautorias ordenando a quienes han iniciado acciones en una jurisdicción diferente, a ponerles término y comparecer ante los tribunales ingleses.¹⁸ Desde entonces, los Tribunales Ingleses ordenan con frecuencia estas medidas precautorias para hacer cumplir cláusulas de arbitraje o jurisdicción en Inglaterra, a menos que se demuestre que existe una causa que constituya razón suficiente para justificar su inaplicabilidad.¹⁹

Estas medidas precautorias se han dictado también en varios casos que afectan a compañías aseguradoras chilenas que, en su calidad de subrogados

¹⁴ Ver nota 7 y su texto.

¹⁵ Id.

¹⁶ Lloyd's Law Reports (Parte 1) (1992) p. 505.

¹⁷ Id., (Parte 1) (1995) p. 87.

¹⁸ N. Hamblen y S. Masters, Injunctions to Restrain Proceedings Brought in Breach of English Jurisdiction, en THE INTERNATIONAL JOURNAL OF SHIPPING LAW (Septiembre 1996) p. 247 y ss.

¹⁹ Id., p. 248.

de los consignatarios de la carga, han comenzado acciones legales de recuperación en los tribunales chilenos.

El caso de la nave ESPOIR²⁰ dice relación con acciones judiciales iniciadas por un asegurador de la carga en Chile contra el transportador marítimo para recuperar indemnizaciones pagadas por averías particulares de la carga, y para rehusar el pago de contribución de avería gruesa. A su vez, el transportador solicitó una medida prejudicial en Londres, de acuerdo al contrato de fletamento que no fue suscrito por el consignatario Chileno pero al cual se hacía referencia en el conocimiento de embarque. El tribunal inglés dictó dicha medida precautoria, ordenando al consignatario chileno abandonar el juicio en Chile y someterse a los tribunales ingleses. En definitiva el caso se solucionó mediante una transacción.

El caso de la nave SIMARA EXPRESS se refiere a acciones judiciales iniciadas por un naviero en Londres contra diversos aseguradores chilenos, con el objeto de cobrar las contribuciones de avería gruesa reclamadas de los consignatarios de la carga, de acuerdo al ajuste de la avería gruesa.²¹ En Chile la acción para cobrar la contribución de avería gruesa es de corto tiempo²² y estaba prescrita en dicho caso. Además, de acuerdo a las reglas de Hamburgo, la eventual existencia de negligencia por parte de los dependientes o agentes del transportador habría permitido rehusar el pago de la contribución. En cambio, bajo la ley inglesa no podía oponerse la prescripción, y era considerablemente más difícil rehusar el pago de la contribución reclamada. Este caso también terminó por transacción.

Finalmente, en el caso de la nave LADY ANAIS los aseguradores de la carga demandaron en el puerto de descarga al naviero para ser reembolsados por las indemnizaciones pagadas al consignatario por la avería particular experimentada por la mercancía transportada.

²⁰ Aetna Chile Seguros Generales y Shell Chile S.A.C.I. con B/T ESPOIR, 2º Juzgado Civil de Valparaíso.

²¹ Mauland Navigation Inc. vs Aetna Chile Seguros Generales et al, Writ of Summons, Commercial Court, Queen's Bench Division, High Court of Justice, 1998 Folio Nº 1250.

²² La acción para el cobro de la contribución de avería gruesa prescribe en seis meses. Artículo 1247, Código de Comercio.

El armador de la nave opuso la excepción de incompetencia, que fue rechazada por el Tribunal de Primera Instancia y por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.²³ Posteriormente, inició acciones en Londres, obteniendo una medida precautoria mediante la cual se conminaba al asegurador chileno a no proseguir el juicio en Chile, y a someterse a los tribunales ingleses. Con fecha reciente el naviero ha presentado a la Corte Suprema una solicitud de exequátur para que se ordene el cumplimiento de dicha sentencia inglesa que contiene la medida precautoria.²⁴

Las decisiones de los tribunales ingleses en sentido de hacer cumplir las cláusulas de arbitraje o jurisdicción inglesa se fundan en los siguientes principios:²⁵

a) La parte que inicia acciones en otra jurisdicción infringe la cláusula de arbitraje o jurisdicción inglesa, no siendo la indemnización de perjuicios un remedio adecuado;

b) Los tribunales no deben ser renuentes a otorgar medidas precautorias sobre la base de que ello puede ser considerado una interferencia indebida con una jurisdicción extranjera;

c) La jurisdicción es discrecional, por lo que es posible no ejercerla cuando existen razones que lo justifiquen.

Resolución de Conflictos de jurisdicción de acuerdo al derecho Internacional.

Las reclamaciones por parte de los Estados de competencia jurisdiccional para regular y juzgar conductas que se realizan fuera de sus fronteras ha sido fuente de controversia frecuente entre los Estados, por cuanto

²³ Euroamérica Seguros Generales con Armadores M/N LADY ANAIS, 3º Juzgado Civil de Valparaíso (rol N° 2143-98).

²⁴ Solicitud de Exequátur de Transpacific Steamship Ltd., Exma. Corte Suprema, ingreso rol N°2087-99.

²⁵ Hamblen y Masters, nota 18, p. 248-49.

vulneran el principio tradicional de la soberanía territorial. De acuerdo al principio de la territorialidad, todos los actos, hechos y contratos que se efectúan dentro del territorio de un Estado se encuentran sometidos a su jurisdicción.²⁶

Si bien en materia criminal el principio territorial sigue teniendo un rol preponderante, la naturaleza de las operaciones comerciales transnacionales resulta en una aceptación cada vez mayor a aceptar bases de jurisdicción extraterritorial.

Curiosamente, la decisión judicial que comenzó con la desintegración del principio de la territorialidad no tiene relación con el comercio transnacional. En efecto, en fallo dividido la CPJI en el **caso Lotus**, entre Turquía y Francia, decidió en 1929 que la muerte de ciudadanos turcos en alta mar a consecuencia de una colisión le entregaba jurisdicción a los tribunales de Turquía.²⁷

Dentro de los principios de extraterritorialidad aceptados se encuentra el de la nacionalidad, que se aplica principalmente en materias penales por delitos contra soberanía, seguridad exterior, falsificación de moneda, y otros similares.

Otro principio que se ha cristalizado en la práctica internacional es el Principio de la Protección o Efectos,²⁸ que se aplica especialmente en materia económica y legislación antimonopolios.

²⁶ Ver, en general, M. McDougal y M. Reisman, INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY PERSPECTIVE, 1981, p. 1275M y ss.; C. Rousseau, DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO 1966 p. 223 y ss.; I. Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1983, p. 300; F. Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, I RECUEIL DES COURS 1964 p. 1; L. Chen, AN INTRODUCTION TO CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW 1989 p. 117 y ss.; Ross, A TEXTBOOK OF INTERNATIONAL LAW 1947, p. 137.

²⁷ Esta disputa se originó entre Francia y Turquía por la colisión de dos naves que ocasionó pérdidas de vida. Las normas de derecho interno de Turquía le atribuían competencia a sus Tribunales para juzgar a extranjeros por delitos cometidos fuera de su territorio en perjuicio de súbditos turcos. Francia negó validez a dicha norma de conformidad al derecho internacional, pero la Corte Internacional de Justicia decidió que el derecho internacional no prohibía a Turquía dicho ejercicio de jurisdicción criminal extraterritorial. The SS. Lotus, (1927) Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A. N° 10.

²⁸ Hugo Llanos Mansilla, TEORIA Y PRACTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO, T. II (1980) p. 344; H. Steiner y D. Vagts, TRANSNATIONAL LEGAL PROBLEMS (1976) p. 932 y ss.

Bajo este principio los Estados asumen jurisdicción sobre extranjeros por actos que ejecutan fuera del territorio del Estado y que afectan el orden público económico del Estado.²⁹

También la práctica y legislación de algunos Estados se ha extendido incluso a la legislación laboral de la Gente de Mar. Específicamente, con frecuencia se ha planteado la aplicación de la "Seamen's Act" de Estados Unidos de América a naves con tripulación extranjera que recalcan en puertos de dicho Estado.³⁰

En ésta perspectiva de los principios reconocidos sobre la jurisdicción, las normas contenidas en las Reglas de Hamburgo se ajustan en gran medida al Principio de Territorialidad, aceptado por el derecho Internacional, y al Principio de los Efectos, que si bien constituye una práctica incipiente, de alguna manera se ha ido cristalizando como un principio reconocido por la práctica de los Estados.

En efecto, al establecer las Reglas de Hamburgo jurisdicción para los Tribunales del Puerto de Carga o Descarga, de alguna manera se incorpora el Principio de Territorialidad, en la medida que los hechos se originan en el correspondiente puerto de carga o descarga. Si los hechos que originan el conflicto no ocurren dentro del territorio del Estado (puerto de carga o descarga), entonces tendría cabida el Principio de los Efectos, toda vez que el transporte involucrado en el hecho que origina el conflicto afecta al comercio exterior del Estado que reclama jurisdicción sobre la base de normas que, por ser inderogables, deben considerarse de orden público.

²⁹ Ver D. Gerber, *Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, 10 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (1984) p. 185. Estados Unidos de América ha reclamado con frecuencia el derecho a aplicar su legislación antimonopolios incluso respecto de hechos realizados por extranjeros fuera de su territorio, cuando tales hechos tenían trascendencia fue *United States v Aluminum Co. of América (1945)*, pero muchos otros han seguido. Hoy la extraterritorialidad se extiende en la práctica a muchas otras materias, incluyendo, por ejemplo, las Regulaciones sobre Acciones y Emisiones Públicas de Valores (ADR).

³⁰ Steiner y Vagts, nota 28, p. 947 y Ss.

Por otra parte, existen ciertos principios de Derecho Internacional Privado que son generalmente aceptados por la práctica internacional como elementos que deben considerarse en la determinación de la jurisdicción. Estos principios están básicamente constituidos por elementos de conexión del conflicto con el órgano jurisdiccional:³¹ lugar del acto (*locus regit actum*) o del contrato (*locus regit contractum*), nacionalidad y domicilio de las partes, entre otros.

Ahora bien, la aplicación de los principios de jurisdicción del Derecho Internacional supone necesariamente que se plantee un conflicto entre Estados. Para ello es indispensable que el nacional de un Estado afectado por un ejercicio de jurisdicción extranjera que considere impropio, solicite amparo a su Estado, y este acepte ejercer la protección diplomática, planteando una reclamación internacional que deberá solucionarse de conformidad a los métodos de solución de controversias que se acuerde entre los Estados.³²

Naturalmente, la necesaria celeridad en la resolución de controversias comerciales impide que ésta alternativa constituya una solución realista para los particulares involucrados en este tipo de conflictos jurisdiccionales. Una alternativa más concreta consistirá en buscar la resolución del conflicto a través de los órganos jurisdiccionales internos de los Estados.

Discrecionalidad de los Tribunales Ingleses.

A diferencia de la legislación chilena, el sistema legal inglés permite, a sus Tribunales ejercer discrecionalidad y no imponer la jurisdicción inglesa cuando exista razón suficiente para ello. En esto, la práctica inglesa sigue de alguna manera los principios generales de derecho internacional privado antes esbozados, que buscan elementos objetivos de conexión entre el conflicto y el órgano jurisdiccional, tales como:

³¹ Ver, en general, Marco Monroy Cabra, *TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO* (1995) p. 171 y Ss.

³² Ver, en general, Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (1977) p. 478 y Ss.

- Lugar donde se encuentran las pruebas
- Cual Estado se encuentra conectado más cercanamente con los hechos y sus efectos
- Si las partes van a experimentar algún perjuicio efectivo en la jurisdicción extranjera (prescripción, pérdida de garantías, imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, o dudas sobre la posibilidad de un debido y justo proceso).³³

Cuando realmente existe un elemento de conexión más cercano con la jurisdicción extranjera, y no se va a producir un perjuicio substancial para las partes, los tribunales ingleses tienden a aceptar la jurisdicción extranjera.³⁴

Cumplimiento en Chile de Sentencias Judiciales Extranjeras que ordenen trasladar el caso a Inglaterra.

En el caso de la nave LADY ANAIS ³⁵, la compañía aseguradora chilena se opuso a la solicitud de exequatur presentada por el armador de la nave para el cumplimiento en Chile de la sentencia extranjera que le ordena terminar el juicio en Chile, y a someterse a la jurisdicción Inglesa. Dicha oposición se fundó en que, a falta de tratado al respecto con Inglaterra, debía aplicarse el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, sin que se cumpliesen los siguientes requisitos exigidos por dicha norma:

a) Que la sentencia extranjera no contenga nada contrario a las leyes de la República. En la oposición a la solicitud de exequatur se sostuvo que la sentencia extranjera era contraria al Código de Comercio y a las Reglas de Hamburgo, tratado ratificado por Chile que tiene el valor de ley. Es también contraria al Código de Comercio. Ambos textos legales establecen de manera imperativa la competencia de los Tribunales de Chile, por haberse efectuado la descarga en un puerto chileno.

³³ Hamblen y Masters, nota 18, p. 248.

³⁴ Id.

³⁵ Ver nota 24

b) Que la sentencia no se oponga a la jurisdicción nacional. En la oposición a la solicitud de exequatur se sostuvo que el armador había impetrado la excepción de incompetencia de los tribunales chilenos, la cual fue rechazada por el tribunal de primera instancia, y luego por la Corte de Apelaciones, ³⁶ de manera que la sentencia extranjera sería contraria a la jurisdicción nacional.

Ejecución de las Sentencias.

En caso que el conflicto de jurisdicción no sea resuelto sea en el plano internacional entre los Estados, o por los tribunales internos de Chile o Inglaterra, teóricamente podrían dictarse dos sentencias diametralmente opuestas en cada una de las jurisdicciones en conflicto. En tal caso, el valor real de la sentencia va a depender de la posibilidad de obtener medidas cautelares o embargos sobre bienes del deudor situados en la jurisdicción del Estado correspondiente, o ejecutar garantías que se encuentran sujetas a su jurisdicción. Las Cartas de garantía que otorgan los Clubes de Protección e Indemnización como aseguradores de responsabilidad civil de los armadores difícilmente podrán hacerse efectivas frente a sentencias contradictorias dictadas en Inglaterra y en Chile, a menos que se establezca expresamente la obligación de satisfacer por las sumas que ordenen pagar los tribunales chilenos.

También debemos mencionar la norma contenida en el artículo 1040 del Código de Comercio. Esta norma permite al titular de la carga reclamar indemnización de los perjuicios que experimente en virtud de una cláusula que infringe las normas imperativas del contrato de transporte marítimo, y que en consecuencia debe tenerse por no escrita. Este sería precisamente el caso de una cláusula de jurisdicción que vulnere el derecho del titular de perjuicios indemnizables que se extienden no sólo a la pérdida o daño de las mercancías, o al retraso en su entrega, si no que además a los gastos incurridos para hacer valer este derecho. Naturalmente, esta disposición tendrá eficacia en la medida que la sentencia del tribunal chileno pueda ser ejecutada.

³⁶ Ver nota 23

Finalmente, debemos señalar que, no obstante que tanto Chile como Inglaterra son partes de la Convención de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ésta parece ser inaplicable a las fuentes de conflicto que hemos identificado, por cuanto dicha convención sólo se aplica cuando existe un acuerdo escrito de someter a la controversia a arbitraje.³⁷

³⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, publicada en el Diario Oficial del 30 de 1975. El artículo II requiere de un "acuerdo por escrito" el cual debe ser "firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas". Este requisito no se cumple cuando el Conocimiento de Embarque se remite a un contrato de fletamento, puesto que el Conocimiento usualmente no es firmado por un tenedor.

INDICE

Editorial	Pag. 3
Discurso del Pdte. de la Excma. Corte Suprema, Sr. Roberto Dávila Díaz, (Q.E.P.D.)	Pag. 5
Algunas reflexiones sobre la reticencia en el contrato de seguro por Hugo Botto Oakey	Pag. 9
Conflictos de jurisdicción en contratos de transporte marítimo por Emilio Sahurié Luer	Pag. 27